

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

Dipartimento di Giurisprudenza



Dottorato di ricerca in Sistema penale integrato e processo

XXV Ciclo

Tesi di dottorato in diritto penale

**Il principio di legalità tra ordinamento interno
ed Unione europea**

RELATORE

Ch.mo Prof. Antonio Cavaliere

DOTTORANDO

Dott. Antonio Vergara

INDICE

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI	III
PREMESSA.....	IV

CAPITOLO PRIMO

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

1. Origine ed evoluzione storica.	1
2. Il principio di legalità in senso formale e sostanziale.	5
3. La concezione costituzionale del principio di legalità.	7
4. La riserva di legge.	9
4.1. Riserva di legge e decreto legislativo.....	11
4.2. Riserva di legge e decreto legge.	14
4.3. Legge regionale e diritto penale.....	16
4.4. Consuetudine e diritto penale.....	18
4.5. La natura assoluta della riserva di legge.	21
4.6. I modelli di integrazione della legge penale.	25
4.7. Il potere di disapplicazione del giudice penale.	28
4.8. Riserva di legge e cause di giustificazione.	30
5. Tassatività e determinatezza della legge penale.	31
5.1. Tassatività ed interpretazione estensiva.....	38
6. Il divieto di analogia in materia penale.....	40
7. La legge penale nel tempo: l'irretroattività.....	44
7.1. La retroattività della legge penale più favorevole.....	46
8. Il principio di legalità delle misure di sicurezza.	49
9. Le interazioni del principio legalità con gli altri principi costituzionali del diritto penale.	50
10. La CEDU: il problema della natura giuridica prima del Trattato di Lisbona.....	53
10.1. L'intervento della Corte costituzionale con le due 'sentenze gemelle' del 2007.....	57
10.2. La CEDU dopo il Trattato di Lisbona.....	59
10.3. L'obbligo di interpretazione conforme.	62
11. La CEDU e il giudicato interno: quali soluzioni in caso di contrasto.....	64
12. Il principio di legalità tra art. 25, co.2, Cost. e art. 7 CEDU.....	69

CAPITOLO SECONDO

LE COMPETENZE IN MATERIA PENALE DELL'UNIONE EUROPEA

1. Inquadramento storico.	73
2. La progressiva emersione delle competenze penali dell'Unione europea: tra quello " <i>che si può dire</i> " e quello che " <i>non si può dire</i> ".....	84
2.1. Il principio di legalità come limite assoluto.....	88

2.2.	Il principio di legalità come limite tendenzialmente assoluto.....	91
2.3.	Il principio di legalità come limite relativo: una tesi isolata.....	107
2.4.	Il <i>Corpus Iuris</i> : un esempio ‘storico’ di competenza penale diretta.	112
3.	La dubbia ‘funzione creatrice’ della Corte di Giustizia.....	127
4.	La competenza penale dell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona.....	130
5.	Le nuove competenze penali dell’Unione europea alla prova del principio di legalità.	136

CAPITOLO TERZO

LE INFLUENZE DEL DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA

SUL DIRITTO INTERNO

1.	I conflitti tra diritto dell’Unione europea e diritto penale: la disapplicazione... ..	147
2.	L’efficacia riflessa o indiretta del diritto dell’Unione europea sul diritto penale.	161
2.1.	L’influenza sulla fattispecie incriminatrice.....	162
2.2.	L’influenza sulla sanzione penale.	173
3.	L’influenza interpretativa.	182
4.	L’influenza integratrice.	184
5.	Le influenze del diritto dell’Unione europea sul diritto penale alla prova del principio di legalità.....	188
BIBLIOGRAFIA.....		197

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

<i>Annali</i>	Annali di diritto e procedura penale
<i>Arch. pen.</i>	Archivio penale
<i>Cass. pen.</i>	Cassazione penale
<i>Crit. dir.</i>	Critica del diritto
<i>Dei delitti e delle pene</i>	Dei delitti e delle pene. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale
<i>Dem. dir.</i>	Democrazia e diritto
<i>Dig. disc. pen.</i>	Digesto delle discipline penalistiche
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Enc. giur. Treccani</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>Foro it.</i>	Il foro italiano
<i>Foro pen.</i>	Il foro penale
<i>Giur. cost.</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>Giust. pen.</i>	La giustizia penale
<i>Ind. pen.</i>	L'indice penale
<i>Legisl. pen.</i>	La legislazione penale
<i>Nss. D. I.</i>	Novissimo Digesto Italiano
<i>Pol. dir.</i>	Politica del diritto
<i>Quest. crim.</i>	La questione criminale
<i>Racc.</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado
<i>Riv. it. dir. proc. pen.</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>Riv. it. dir. pen.</i>	Rivista italiana di diritto penale
<i>Riv. pen.</i>	La rivista penale
<i>Riv. trim. dir. pen. ec.</i>	Rivista trimestrale di diritto penale economico
<i>Riv. trim. dir. pubb.</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>Scuola pos.</i>	La scuola positiva
<i>CEDU</i>	Convenzione europea dei diritti dell'uomo
<i>T.CE.</i>	Trattato istitutivo della Comunità economica europea
<i>TUE</i>	Trattato sull'Unione europea
<i>TFUE</i>	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
<i>UE</i>	Unione europea

PREMESSA

Il principio di legalità in materia penale esprime tra le altre, in particolare, un'esigenza di democraticità della legislazione che, diversamente da altri settori di rilevanza costituzionale in cui quest'esigenza è parimenti avvertita (poteri amministrativi e organizzazione dei pubblici uffici), riceve tutela massima in forza della previsione dell'art. 25 co. 2 e 3 della Costituzione.

Detto principio imbriglia il potere di punire, che insieme a quello di battere moneta e di dichiarare guerra è tradizionalmente considerato uno degli indici rilevatori della sovranità, entro limiti precisi e rigorosi, essendo consentito solo nella misura in cui gli stessi destinatari di tale potere, i cives, lo abbiamo autorizzato attraverso la legge, intesa come lo strumento tipico attraverso il quale si esprimono i loro rappresentanti eletti, con il metodo democratico, al Parlamento.

L'evoluzione storica e la diversa configurazione che assume nei diversi ordinamenti denota, in maniera chiara, che la maggiore o minore ampiezza con cui è intesa la legalità penale indica rispettivamente un maggiore o minore livello di democraticità dell'ordinamento in cui il sistema penale si inserisce.

Nel concreto divenire garanzia per l'individuo, assumono peculiare rilievo il ruolo della scienza penalistica e quello della Corte costituzionale, la prima chiamata a ricondurre al sistema della legalità l'alluvionale, e non sempre qualitativamente apprezzabile produzione legislativa, e gli indirizzi giurisprudenziali spesso contraddittori, la seconda deputata a specificarne la portata applicativa. Il principio di legalità, se si prescinde dai contributi della dottrina e della giurisprudenza della Consulta, oltre che dalla sua origine storica, appare come uno scheletro senz'anima. In base a queste coordinate la tesi di dottorato ha trattato preliminarmente il principio di legalità, come inteso dalla migliore dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale, per affrontare i termini del dibattito dottrinario sulla competenza penale indiretta dell'Unione europea e i suoi recenti approdi, alla luce delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona.

Dal 1989, anno di pubblicazione dell'opera di Giovanni Grasso, che rappresenta ancora oggi un riferimento fondamentale per la dottrina che maggiormente si occupa del tema, le principali trattazioni muovono dal dato secondo cui prima le Comunità europee, oggi l'Unione, non hanno competenza diretta in materia penale, poiché essa non è prevista dai Trattati istitutivi e nemmeno potrebbe esserlo a causa del deficit di democraticità delle sue istituzioni.

Questo assunto, indubbiamente vero, nasce da una constatazione tecnica, ma sembra trascurare un aspetto di non minore importanza. Le Istituzioni europee, dietro il formale rispetto della riserva di legge in materia penale, in maniera sempre crescente stabiliscono, in diverse forme e con diversi strumenti, l'an, il quid, il quando, e il quomodo dell'intervento punitivo, al punto da poter configurare una competenza penale "mascherata" dell'Unione europea. Gli esempi che possono essere forniti al riguardo vanno dalla materia ambientale a quella finanziaria, dalla pedopornografia al diritto societario, tanto che autorevole dottrina, pur ribadendo l'assunto dell'incompetenza, afferma che l'Unione europea, dopo il Trattato di Lisbona, può effettuare in piena autonomia la valutazione di meritevolezza della pena. Ciò accade perché il meccanismo attraverso il quale tale ingerenza si esplica si fonda sulla scissione, decisamente preoccupante, tra gli organi che pongono gli indirizzi di politica criminale, cioè quelli europei, e quelli interni chiamati a darvi attuazione con la legge, svuotata così di qualunque contenuto decisorio, ridotta a mero contenitore di scelte di criminalizzare eteronome. Tali valutazioni, inoltre, sono effettuate, non solo senza tener conto delle principali acquisizioni della dottrina interna e della Costituzione, ma prescindendo da qualsiasi necessità di rapportarsi ad una scienza penalistica comune europea.

Nello stesso solco ricostruttivo è trattato il tema della c.d. influenza indiretta del diritto dell'Unione europea sul diritto penale interno che sembra porre problemi analoghi. Tradizionalmente, l'incidenza disapplicatrice, integrativa, interpretativa, vengono considerate estranee al problema della competenza, poiché riguardano, come in effetti accade, il peculiare modus operandi delle fonti comunitarie prevalenti sulle norme interne.

Anche sotto questo aspetto, probabilmente, si annida l'equivoco tecnicistico. Da un lato, infatti, il fenomeno dell'influenza indiretta non è affatto marginale, ma rappresenta, indubbiamente, il principale strumento attraverso il quale l'Unione europea incide direttamente, non solo in bonam partem, ma anche in malam partem nonostante le contrarie affermazioni di principio, sul diritto penale. Del resto, non può certo sostenersi che il legislatore europeo involontariamente intervenga nel porre nel nulla un precetto interno o nello specificare, attraverso un elemento normativo, la portata di un comando, presupponendosi che esso agisca, quanto meno, nella consapevolezza delle discipline interne.

Dall'altro lato, non può sottacersi che non solo nella prassi ma anche sul piano del diritto obiettivo, attraverso questa influenza il diritto dell'UE incide direttamente sulla definizione degli elementi strutturali degli illeciti penali.

In definitiva, la matrice politico – ideologica del principio di legalità, insieme alle coordinate storico – ordinamentali in cui si colloca, consentono di rileggere, in chiave problematica, i problemi della competenza penale e dell'influenza indiretta che, impostati muovendo dalla legge come forma, consentono facili aggiramenti della legge, intesa come atto di volontà espresso dai rappresentanti del popolo, come richiesto dalla Carta costituzionale.

CAPITOLO PRIMO

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Sommario. 1. Origine ed evoluzione storica. 2. Il principio di legalità in senso formale e sostanziale. 3. La concezione costituzionale del principio di legalità. 4 La riserva di legge. 4.1. Riserva di legge e decreto legislativo. 4.2. Riserva di legge e decreto legge. 4.3. Legge regionale e diritto penale. 4.4. Consuetudine e diritto penale. 4.5. La natura assoluta della riserva di legge. 4.6. I modelli di integrazione della legge penale. 4.7. Il potere di disapplicazione del giudice penale. 4.8. Riserva di legge e cause di giustificazione. 5. Tassatività e determinatezza della legge penale. 5.1. Tassatività ed interpretazione estensiva. 6. Il divieto di analogia in materia penale. 7.1. La retroattività della legge penale più favorevole. 8. Il principio di legalità delle misure di sicurezza. 9. Le interazioni della legalità con gli altri principi costituzionali in materia penale. 10. La CEDU: il problema della natura giuridica prima del Trattato di Lisbona. 10.1. L'intervento della Corte costituzionale con le 'sentenze gemelle' del 2007. 10.2. La CEDU dopo il Trattato di Lisbona. 10.3. L'obbligo di interpretazione conforme. 11. La CEDU e il giudicato interno: quali soluzioni in caso di contrasto. 12. Il principio di legalità tra art. 25, co.2, Cost. e art. 7 CEDU.

1. Origine ed evoluzione storica.

Il contesto storico dell'Europa medievale era caratterizzato da strutture ordinamentali verticistiche, dominate dalla figura del sovrano. La cultura medievale, infatti, aveva sviluppato l'idea di una società, intesa come frutto del genio divino, destinata ad essere dominata da un uomo scelto da Dio e dotato di poteri illimitati. Attraverso la mano pubblica, il sovrano, la cui figura trovava legittimazione in ragioni essenzialmente di tipo fideistico, poteva disporre di strumenti punitivi di ogni tipo, per ristabilire l'ordine violato¹.

Il successivo avvento dell'Illuminismo e la diffusione del pensiero politico liberale posero le basi per la nascita del principio di legalità in materia penale, il c.d. *nullum crimen, nulla poena sine lege*, enunciato in modo esplicito o implicitamente

¹ La dottrina, tuttavia, ha evidenziato che l'esigenza di un sistema legalitario di organizzazione del potere è stata percepita in modo chiaro sin dalla *Magna Carta libertatum* di Re Giovanni d'Inghilterra del 1215, tuttavia una compiuta formulazione del principio è avvenuta soltanto con l'Illuminismo. Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, V ed., Bologna, p. 47; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, VI ed., Padova, 2009, p. 4. Autorevole dottrina riconduce la formulazione del principio di legalità alle acquisizioni del giusnaturalismo laico del XVII secolo MOCCIA, *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, cit., p. 22; FIORE C.- FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, Torino, 2004, p. 18.

dalle prevalenti correnti di pensiero che animarono il periodo storico a cavallo tra la metà del Settecento e gli inizi dell'Ottocento.

La filosofia illuministica di Hobbes e Locke lo inquadra nell'ambito della *dottrina del contratto sociale*, ispirata dalla ricerca di limiti al potere regio e dalla necessità di predisporre garanzie politiche e giuridiche per la libertà dei singoli. Secondo tale teoria ogni individuo ha ceduto al sovrano una minima porzione di libertà individuale, nella misura strettamente necessaria ad assicurare la pacifica convivenza; pertanto, l'intervento punitivo è consentito soltanto entro questi limiti e ogni abuso rappresenta un arbitrio.

Il principio di legalità veniva poi enunciato da Montesquieu nell'opera *Lo spirito delle leggi* del 1748, in cui elaborò la c.d. teoria della separazione dei poteri, secondo cui il potere legislativo è considerato intrinsecamente superiore agli altri, poiché l'unico capace di rappresentare l'intera società.

Cesare Beccaria, con *De' delitti e delle pene* del 1764, espresse chiaramente il primato della legge nel diritto penale, nonché lo stretto vincolo del giudice alla legge, l'unica autorizzata all'intervento penale. Il legislativo, infatti, è considerato da Beccaria la massima espressione della volontà popolare, poiché rappresenta tutta la società, unita dal contratto sociale. In una prospettiva di razionalizzazione dell'intervento penale, Beccaria evidenziava altresì la necessità di leggi formulate in maniera chiara, poiché l'interiorizzazione dei valori espressi dalle norme può avvenire soltanto se sono scritte in modo accessibile, con termini semplici e collocate in testi facilmente consultabili. Per il profilo metodologico e per il consapevole riferimento a univoci principi informativi, autorevole dottrina ha individuato nell'opera di Beccaria una minima ricostruzione teleologica del sistema penale².

² MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 67.

Il principio assurge a pilastro del liberalismo giuridico, nonché a connotato penalistico dello Stato di diritto, con il giurista tedesco Anselm Feuerbach, che collega la necessità dell'origine legale della pena con il fine ultimo dell'ordinamento, ritenendo che, se lo Stato nasce per garantire la pacifica convivenza dei cittadini e la pena rappresenta lo strumento per realizzarla, soltanto la legge, espressione dell'intera comunità, può stabilire quali condotte reprimere e con quali mezzi. Sotto altro aspetto, raccorda teleologicamente la previa conoscibilità degli illeciti con la funzione generalpreventiva della pena, poiché ritiene possibile ottenere un reale effetto di deterrenza sui consociati, soltanto se la minaccia legale preesiste alla commissione dei reati ed è agevolmente conoscibile. Il merito dell'illuminista tedesco, quindi, sta nell'aver messo in luce aspetti essenziali del principio di legalità quali la riserva di legge, l'esigenza di tassatività e precisione del linguaggio penale, il divieto di analogia, l'esigenza che i fatti vietati siano empiricamente verificabili e suscettibili di essere provati nel processo, nonché nell'averli considerati strumentali alla realizzazione di fini del sistema penale³.

In questa cornice il principio di legalità fu accolto in tutti i codici penali degli stati moderni, ed inoltre consacrato nella *Petition of Rights* degli Stati Uniti d'America del 1774, nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e nella Costituzione francese del 1791⁴.

Quanto al nostro ordinamento, prima della formazione dello Stato unitario, il principio era enunciato dall'art. 26 dello Statuto albertino del 1848 e comparve in alcuni codici emanati negli anni successivi alla Restaurazione. Dopo l'unificazione venne affermato in tutti i territori del Regno, per effetto dell'estensione del codice

³ Cfr. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 46.

⁴ Diffusamente sull'evoluzione legislativa del principio MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale, I. Le fonti. Il reato: nozione e struttura sistematica*, Milano, 2001, pp. 14 ss.

sardo piemontese del 1859. Il codice Zanardelli del 1889, destinato ad applicarsi in tutto lo Stato italiano, lo sanciva all'art. 1 con una formulazione rifluita negli stessi termini nell'art. 1 del codice penale del 1930: *“Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto dalla legge come reato, né con pene che non siano da essa stabilite”*. Il regime fascista, dunque, con un apparato punitivo ispirato a logiche opposte rispetto a quelle liberali, riproponeva il principio negli stessi termini, poiché, svuotata l'assemblea parlamentare di ogni potere e professata la sua dimensione prettamente tecnica, poteva essere facilmente strumentalizzato per fini autoritari. Sotto la copertura del rispetto formale del principio di legalità, infatti, poteva creare incriminazioni finalizzate alla conservazione del potere e all'annientamento dell'opposizione politica⁵.

La Carta costituzionale del 1948, invece, sotto un profilo garantista e democratico, ha accolto all'art. 25 co. 2 e 3 il principio di legalità delle pene e delle misure di sicurezza, disponendo: *“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”*.

Il principio di legalità è stato espressamente sancito anche dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (CEDU), sia pure con un contenuto ed una formulazione ben diversi.

Il breve *excursus* storico evidenzia un dato di fondo: la dimensione politico - ideologica della legalità, negata da indirizzi tecnicistici, come quello sviluppatosi durante l'Italia fascista, che tendono a considerarlo una regola di mero significato tecnico, avulsa da qualsiasi ascendenza politica⁶.

⁵ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 16.

⁶ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 22 ss.

2. Il principio di legalità in senso formale e sostanziale.

La dottrina tradizionalmente descrive il principio di legalità in una duplice accezione: *in senso formale ed in senso sostanziale*⁷.

Inteso in senso formale, tale principio consiste nel divieto di punire un qualsiasi fatto che, al momento della sua commissione, non sia espressamente previsto dalla legge come reato e con pene che non siano da essa stabilite⁸. Assume, quindi, natura formale, poiché considera reato soltanto la condotta che è formalmente descritta in una legge, l'unica deputata alla valutazione di dannosità sociale. In questo senso, la stigmatizzazione negativa di un fatto può derivare soltanto dalla legge, non da fonti di diversa natura. Di conseguenza, non sono punibili le azioni non espressamente incriminate dalla legge, anche se antisociali e, viceversa, sono punibili quelle espressamente previste dalla legge, anche se socialmente non pericolose. Ciò che imprime al fatto il carattere della criminosità è l'espressa previsione normativa e, in definitiva, la natura penale che la legge per esso stabilisce. L'accoglimento di una visione formale della legalità, dunque, implica un modello formale del reato.

Contro tale concezione, sono stati rilevati due limiti. In primo luogo, essa è stata criticata per un'asserita inidoneità a fronteggiare il crimine. Non consentendo di punire condotte non legislativamente previste come reato, tale principio avvantaggerebbe coloro che agiscono ai margini della legge ovvero coloro che, sfruttandone le imperfezioni, riescono a porsi dolosamente in un'area di non

⁷ Sul punto ampiamente, MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 4 ss.

⁸ Cfr. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, p. 278; MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim*; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, 1965, p. 229; Id., in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 242; PETROCELLI, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, 1965, p. 191; SPASARI, *Il principio di legalità nel diritto penale italiano*, in *Arch. pen.*, 1966, I, 36; Id., *Diritto Penale e Costituzione*, Milano, 1966; GRASSO P. G., *Il principio "Nullum crimen, nulla poena sine lege" nella Costituzione italiana*, Milano, 1972; CORDERO, *Legalità penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1990; TRAPANI, voce *Legge penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993; BOSCARELLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, 1990, p. 2.

punibilità. In secondo luogo, punendo fatti previsti ancora come reato, non sentiti più come antisociali, si porrebbe in contrasto con il senso di giustizia sostanziale della comunità.

In realtà, in un sistema in cui il legislatore penale si occupa di rilevare celermente i fatti dannosi e di criminalizzarli attraverso i mezzi previsti, ogni condotta al limite della tipicità non è ancora considerata dalla comunità degna di sanzione e, quindi, non interessa punirla. Inoltre, il rischio di lasciare, per poco tempo, impuniti fatti che destano allarme sociale, sembra consentito dall'esigenza fondamentale di tutela della libertà personale. In un contesto caratterizzato dal funzionamento delle istituzioni legiferanti e da una particolare attenzione dell'opinione pubblica verso le norme penali, il rischio di conservare incriminazioni non più considerate necessarie appare piuttosto residuale. Il principio di legalità formale, infine, sembra svolgere un'insostituibile funzione garantista del cittadino, poiché tende ad evitare l'arbitrio del potere esecutivo e giudiziario ed assicura la certezza e l'eguaglianza giuridica.

Il principio di legalità inteso in senso sostanziale, tipico di esperienze totalitarie, consente che siano considerati reati fatti socialmente pericolosi, indipendentemente dalle previsioni di legge. Comporta, pertanto, la punibilità di azioni pericolose, anche se non previste dalla legge come reato; viceversa esclude la punibilità per azioni espressamente incriminate dalla legge e socialmente non pericolose. Il carattere della criminalità è dato, quindi, dalla pericolosità sociale. Il principio di legalità sostanziale implica, dunque, una nozione sostanziale di reato idonea a criminalizzare tutto ciò che offende l'ordine sociale di un determinato Stato.

Questo modello è stato recepito, in forme diverse, nell'Unione sovietica sin dai tempi della Rivoluzione d'ottobre. In una prima fase ha permesso la costruzione di un diritto classista, di tipo giurisprudenziale, volto a realizzare i fini della dittatura

del proletariato, in cui la determinazione dei fatti dannosi era rimessa alla coscienza rivoluzionaria del giudice. In un secondo momento, con la formulazione del codice penale socialista, è stato complementare ad una concezione materiale del reato. Questo era individuato in ogni condotta pericolosa per l'ordinamento, con la possibilità per il giudice di ricorrere all'analogia per fattispecie non previste. Un esempio paradigmatico di sistema penale a legalità sostanziale si è avuto con l'avvento del nazionalsocialismo in Germania. L'art. 2 del codice penale tedesco, contenente la formulazione del principio di legalità, fu abrogato e sostituito con una nuova norma di tenore opposto, che imponeva non solo la punizione dei fatti previsti espressamente dalla legge come reato, ma anche di tutti coloro che meritavano la punizione, secondo il pensiero fondamentale della legge penale e secondo il sano sentimento del popolo. In questo modo, l'analogia sfavorevole rappresentava un mezzo privilegiato per neutralizzare il dissenso; quella favorevole era un comodo sistema per scriminare fatti delittuosi, commessi da soggetti legati al regime, per finalità politiche o per difendere il cd "onore della razza".

3. La concezione costituzionale del principio di legalità.

Nel nostro ordinamento il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* assume rango fondamentale in forza della previsione dell'art. 25, commi secondo e terzo, della Carta Costituzionale, in base ai quali: "*Nessuno può essere punito, se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.*"

La dottrina si è interrogata sull'esatta configurazione di tale principio al fine di verificare se nel nostro ordinamento trovi cittadinanza il principio di legalità in senso formale ovvero in senso sostanziale. In passato assolutamente prevalente era la teoria

formale, intesa come necessità che “*ogni fattispecie penale sia preceduta e contemplata da una legge espressa, indipendentemente dalla carica di antisocialità della stessa*”⁹ poiché ritenuta l’unica effettivamente garantista.

Tale accezione del principio di legalità risulta oggi parzialmente superata dalla c.d. concezione sostanziale – formale costituzionalmente orientata, sostenuta da una parte della dottrina che evidenzia la necessità recuperare i valori costituzionali tanto sul piano delle fonti e della formulazione della norma penale, quanto sul piano dei beni interessi tutelati¹⁰.

Questa impostazione è accolta anche dalla giurisprudenza di legittimità¹¹, secondo cui il principio di legalità deve essere oggi in senso *misto*, in base ad una valutazione che tenga conto anche di tutti gli altri principi del nostro ordinamento ed, in particolare, del principio di offensività. Questo ultimo richiede, ai fini della punibilità del soggetto agente, in primo luogo, che la previsione normativa sia in astratto lesiva del bene giuridico protetto ed, in secondo luogo, che la condotta sia concretamente lesiva dello stesso. Coordinando tali due principi, quindi, il Supremo Consesso richiede l’esistenza di una norma preesistente al fatto che preveda una sanzione solo a fronte di una condotta effettivamente offensiva (principio di legalità c.d. *misto*).

L’evoluzione giurisprudenziale relativa a tale principio è ancora oggi particolarmente intensa, si pensi alle recenti pronunce con le quali la Cassazione¹² ha inteso il principio in esame *in senso materiale*, in un’accezione del tutto innovativa,

⁹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 49.

¹⁰ Per una concezione del reato costituzionalmente orientata, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, pp. 7 ss; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 147 ss; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 21; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, p. 109 ss.; per una proposta di ricostruzione teleologica del sistema penale orientata ai principi costituzionali, in particolare al finalismo rieducativo, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 121 ss.

¹¹ Cass., SS.UU., sent. 24 aprile 2008, n. 28605.

¹² Cass. pen., sent. 13 maggio 2010, n.18288/2010.

in linea con i principi individuati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Inteso in quest'ultima accezione, in particolare, il principio di legalità impone di individuare il significato di una norma non solo in base alla previsione legislativa, ma anche alla luce del significato alla stessa attribuito dalla giurisprudenza, dando così luce ad un *unicum* norma-interpretazione (c.d. diritto vivente).

Il principio di legalità si esprime attraverso la riserva di legge, la determinatezza e la tassatività, l'irretroattività e il divieto di analogia¹³.

4. La riserva di legge.

L'istituto della riserva di legge ricorre quando una norma costituzionale attribuisce la disciplina di una determinata materia alla sola legge formale, cioè all'atto normativo emanato dal Parlamento con le procedure previste dagli art. 70 ss. Cost., ovvero sia alla legge formale sia agli atti aventi forza di legge, il decreto legislativo e il decreto legge. Nel primo caso si parla di *riserva di legge in senso stretto o formale*, nel secondo di *riserva di legge in senso lato o materiale*¹⁴. Ogni riserva implica, nel suo *aspetto negativo*, l'esclusione delle fonti gerarchicamente subordinate alla legge e l'obbligo per il legislatore, *per l'aspetto positivo*, di disciplinare completamente la materia, restringendo la discrezionalità delle autorità amministrative deputate all'applicazione¹⁵.

¹³ Nella manualistica, tra gli altri, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 47 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 39 ss.; FIORE C.- FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 54 ss.

¹⁴ Cfr. per tutti CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1, L'ordinamento costituzionale italiano*, 6ª ed., 1993, p. 57 ss.

¹⁵ CARLASSARE, voce *Riserva di legge*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, p. 7; SORRENTINO, in AMATO-BARBERA, (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, 1984, p. 152; Id., voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, p. 1218; ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, 1984, p. 54.

Nel dibattito sulla natura della riserva di legge in materia penale, parte della dottrina¹⁶ sostiene la natura *formale* con argomentazioni di ampio respiro, tese a collocare la norma nel complesso del sistema politico-istituzionale, emergente dalla Carta costituzionale. Essa, assume, in quest'ottica, un fondamento politico, conforme al ruolo cardine assunto dall'istituzione parlamentare, intesa come espressione compiuta della volontà popolare.

Si rileva che riservare la produzione delle norme penali alla competenza esclusiva del legislatore ordinario, rappresenta una scelta ispirata, non da esigenze di certezza, ma dalla necessità di apprestare garanzie alla libertà dell'individuo. Il procedimento legislativo, infatti, è considerato lo strumento più adeguato a salvaguardare la libertà personale, perché consente di tutelare i diritti delle minoranze e delle forze d'opposizione che, nell'assemblea, sono poste in condizioni di esercitare un sindacato reale sulle scelte penali della maggioranza. Nello stesso tempo la riserva evita forme di arbitrio del potere sia esecutivo sia giudiziario. E'fondato presumere, infatti, che l'organo rappresentativo della volontà popolare ricorra alla coercizione penale soltanto per tutelare rilevanti interessi di natura individuale o superindividuale, la cui protezione può giustificare la compressione della sfera personale. In questo senso, la dottrina costituzionalistica sottolinea che il principio della riserva di legge, prima che la relazione tra atti, riguarda i rapporti tra il potere legislativo da un lato e i poteri esecutivo e giudiziario dall'altro¹⁷. Su queste premesse, sono esclusi dal sistema delle fonti del diritto penale gli atti aventi forza di

¹⁶ A favore di questa tesi, oggi minoritaria, si esprimono BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 39 ss; Id., in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 238 ss; GAMBERINI, *Riserva di legge*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, a cura di INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI, Torino, 1997, p. 17 ss; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 37 ss. Sostanzialmente a favore della riserva formale, sia pure con toni dubitativi FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 48 ss.; nella dottrina costituzionalistica CARLASSARE, voce *Riserva di legge*, cit., p. 3.; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 61.

¹⁷ CARLASSARE, voce *Riserva di legge*, cit., p. 2; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 61.

legge, tipica espressione del governo, il decreto legislativo e il decreto legge. Questa conclusione muove dal concetto politico di legge, come strumento di autogoverno della collettività che consente limitazioni della libertà, poiché consentite dai soggetti interessati a mezzo dei loro rappresentanti. Questa ricostruzione viene contestata dagli studiosi che sostengono la natura *materiale* della riserva, ridimensionandone il fondamento politico. Essi identificano, infatti, in essa un principio che riguarda i rapporti tra atti¹⁸, ponendo sullo stesso piano, quindi, la legge e gli atti dell'esecutivo ai quali la Costituzione attribuisce forza di legge. Questa tesi è confortata da una prassi parlamentare e governativa che, nel corso degli anni, ha visto la proliferazione di decreti, come fonti di norme penali¹⁹.

4.1. Riserva di legge e decreto legislativo.

Il frequente ricorso alla tecnica legislativa della legislazione delegata (art. 76 Cost.) pone il problema di compatibilità della stessa con la riserva di legge vigente in materia penale.

¹⁸ Tra gli altri FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 64; MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc.dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 954; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, 7ª ed., Milano, 2000, p. 42; RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, cit., p. 17 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 1, p. 34.

¹⁹ La dottrina costituzionalistica sottolinea che la concentrazione monopolistica della produzione penale nelle mani delle assemblee parlamentari, lungi dal rappresentare un mero criterio formale di ripartizione delle competenze normative, aveva originariamente un profondo significato contenutistico. La fonte legislativa, proprio perché alimentata da organi costituzionali, espressione del principio democratico e socio-politicamente prestigiosi, garantiva alle legge i migliori contenuti possibili. La condizione indispensabile, affinché la riserva possa realmente svolgere la sua funzione contenutisticamente garantista è che l'organo parlamentare sia all'altezza del suo compito. Un clima di diffuso consociativismo, che rende labile il confine tra maggioranza e opposizione e il monopolio esistenze nei mezzi di comunicazione, sembrano mettere seriamente in dubbio, la realizzazione concreta di tale profilo. In questo senso PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium juris*, 1996. Recentemente sullo svuotamento della democrazia penale INSOLERA, (a cura di), *Nuovo revisionismo penale. Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005; PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, Relazione svolta all'Incontro di studio su "Riserva di legge e democrazia penale: ruolo della scienza penale", Bologna, 5 e 6 febbraio 2004, in *Cass. pen.*, 2005, I, 277-288.

La Carta Costituzionale, in particolare, ammette in via generale la legislazione delegata richiedendo che la legge delega sia improntata a chiarezza e analiticità relativa 1) *ai principi e criteri direttivi* ai quali l'esecutivo deve attenersi nel predisporre il decreto legislativo; 2) *al limite di tempo* entro il quale il governo deve emanare tale decreto; 3) *all'oggetto* sul quale l'esecutivo è abilitato a legiferare. Una volta emanato, il decreto legge assume forza di legge, essendo alla stessa pienamente equiparato, ed è sottratto, a differenza del decreto legge, ad un successivo sindacato del Parlamento.

Un primo orientamento²⁰, in particolare, dando un'interpretazione assolutamente letterale dell'art. 25 Cost, nonché dell'art. 2 c.p., ritiene che la riserva di legge sia soddisfatta esclusivamente dalla legge in senso formale. Si precisa, inoltre, che l'attribuzione al potere esecutivo di scelte politico-criminali sia idonea a vulnerare una garanzia implicita della riserva²¹: le minoranze, in questo modo, non sono in condizioni di sindacare le scelte dell'esecutivo al quale, in concreto, è rimessa la concretizzazione del precetto penale. A sostegno di tale impostazione vi sono, poi, argomentazioni tratte dalla prassi legislativa, volta a dare luogo a leggi delega ampie, non dettagliate, tali da affidare al governo un potere esorbitante. Questo avviene quando, individuata un'area di fatti con potenziale rilevanza penale, si affida all'esecutivo la cernita dei casi da criminalizzare ovvero quando, individuato un fatto illecito, si delega l'opzione tra sanzione penale o extrapenale. In questi casi, si tratta dell'esercizio di poteri d'indirizzo politico-criminali riservati al legislatore.

²⁰BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale ed i loro destinatari*, Roma 1910.

²¹ BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, 191 ss.; MOCCIA S., *La perenne emergenza*, cit., p. 29 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 43; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 54.

L'orientamento contrario, invece, ritiene assolutamente compatibile la legislazione delegata con la riserva di legge, poiché nel nostro ordinamento i decreti legge hanno un valore assolutamente equiparato alla legge in senso formale. D'altra parte, l'assenza di controllo successivo del Parlamento è assolutamente irrilevante, avendo questo un potere di controllo preventivo attraverso la legge delega. A valle, poi, sussiste in ogni caso il controllo di legittimità costituzionale effettuato dalla Consulta sulla legge delega, soprattutto in relazione al rispetto da parte della stessa dei parametri di cui all'art. 76 Cost., nonché sul decreto legislativo, in relazione ad un eventuale vizio di eccesso di delega.

La questione è stata compiutamente analizzata proprio dal giudice delle leggi con la pronuncia n 134/2003. Nel caso di specie, in particolare, la Consulta era chiamata a giudicare la fondatezza di una censura di legittimità costituzionale riguardante l'art. 13 d.lgs. 295/1998 per contrasto con gli articoli 25 e 76 della Costituzione, in relazione all'eccessiva genericità della legge delega. Nel dichiarare la questione manifestamente infondata, in particolare, la Consulta ha precisato *la piena legittimità costituzionale, anche in materia penale, delle deleghe legislative alla sola condizione che siano in linea con i requisiti dettati dall'art. 76 Cost.*

Si tende a favorire tale impostazione per ragioni di ordine pratico e non strettamente giuridiche: rinunciare allo strumento del decreto legislativo significherebbe precludere la possibilità di grandi riforme penali, in particolare la riforma del codice, impercorribile, secondo una parte della dottrina, per via ordinaria²².

²² Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 52. Contra, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 44. Di recente, sul tema, V. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012.

4.2. Riserva di legge e decreto legge.

Il decreto legge rappresenta, nell'impianto costituzionale, una deroga alla potestà legislativa del Parlamento a favore dell'esecutivo. Questo, infatti, può emanare atti aventi forza di legge soltanto quando sussistono casi di necessità ed urgenza che richiedono un intervento tempestivo. Solamente in queste particolari circostanze, l'art. 77 Cost. legittima un'azione normativa autonoma del Governo, con la precisazione, però, che l'atto normativo perde efficacia se non viene convertito nei sessanta giorni.

La inclusione del decreto legge tra le fonti del diritto penale viene sostenuta, nell'ambito di una concezione materiale della riserva, con due osservazioni fondamentali²³. Si rileva, innanzitutto, che nel caso di conversione le norme emanate dall'Esecutivo vengono fatte proprie dal Parlamento, con una legge formale; in secondo luogo, in caso di mancata conversione, gli effetti del decreto legge risulterebbero travolti integralmente sin dall'inizio, secondo il disposto del terzo comma dell'art. 77 Cost.

Questa impostazione, tuttavia, non è accettata da parte della dottrina orientata ad una lettura formale della riserva. In quest'ottica, si rileva innanzitutto che un problema di compatibilità con la riserva di legge non si pone nel caso di conversione poiché, a seguito della stessa, la previsione penale trova la propria fonte in una legge in senso formale. Rapporti di tensione, invece, possono nascere, qualora un decreto che preveda una nuova incriminazione ovvero ne inasprisca una preesistente, non sia convertito. Sebbene la Costituzione stabilisca un annullamento *ex tunc* degli effetti prodotti, la dottrina²⁴ sottolinea l'irreversibilità di tali effetti per la sfera dei diritti

²³ Per tutti PADOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 23 ss.

²⁴ BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 7 ss., in particolare p. 82 ss.

fondamentali ed, in particolare, per la libertà personale compressa sia con la pena sia con le misure cautelari.

Sul piano sostanziale, si osserva una tendenziale antinomia tra decreto legge e materia penale²⁵. Le scelte politico-criminali, infatti, richiedono una ponderazione, attenta alla valutazione di possibili interventi extrapenali, mediante una prognosi sugli effetti positivi e negativi dell'intervento penale: questo è incompatibile con il carattere emergenziale della decretazione d'urgenza; per tutto il periodo della vigenza del decreto, inoltre, è eluso, di fatto, il sindacato del Parlamento sulle scelte di criminalizzazione²⁶. Infine, in termini politico-istituzionali, si osserva l'incompatibilità con il quadro della separazione dei poteri e della struttura parlamentare dell'ordinamento, che vuole riservare le limitazioni di valori fondamentali della personalità ai legittimi titolari, cioè al popolo, rappresentato nelle Camere.

La Corte Costituzionale, in particolare, non si è mai espressa in ordine all'incompatibilità della decretazione d'urgenza con la materia penale, essendosi, invece, pronunciata in termini particolarmente rigorosi rispetto alla reiterazione di decreti contenenti sanzioni penali²⁷.

I Giudici Costituzionali hanno, infatti, ritenuto l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 77 Cost., dei decreti legge reiterati, allorché intesi a riprodurre, sostanzialmente, il medesimo contenuto delle disposizioni caducate per decorso del termine, in assenza di nuovi presupposti di necessità ed urgenza. Tale riproduzione, infatti, ad avviso della Consulta, altera la natura provvisoria della decretazione d'urgenza, procrastinando, di fatto, il termine previsto dall'art. 77 Cost.,

²⁵ PALAZZO, *Legge penale*, cit., p. 347.

²⁶ Queste riserve appaiono condivise da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 52; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 44.

²⁷ Corte Cost. n. 360/1996.

così creando un *vulnus* al principio di certezza del diritto, attesa l'impossibilità di prevedere la durata nel tempo delle norme reiterate e l'esito finale della conversione.

4.3. Legge regionale e diritto penale.

Il nostro modello statale è disegnato dal Costituente come una Repubblica democratica parlamentare a base regionale. Sin dalla originaria formulazione della Carta Fondamentale, dunque, le Regioni rappresentano uno strumento di governo, posto in un sistema istituzionale unitario. Dal 1970, anno della sua attivazione, il sistema regionale si è evoluto fino alla riforma costituzionale, realizzata con la legge costituzionale n. 3 del 2001, che ha ridisegnato il modello delle competenze.

Il problema relativo alla possibilità per le Regioni di legiferare in materia penale è stato, quindi, affrontato sia rispetto al testo costituzionale antecedente alla riforma del 2001, sia rispetto al testo oggi vigente.

Sul tessuto costituzionale originario del 1948, si era sviluppata una tesi favorevole che prendeva spunto da una remota pronuncia della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 104 del 1957, riteneva la Regione Sicilia competente ad emanare norme penali a tutela della propria legge elettorale; questa tesi sembrava confermata dall'assenza di argomenti testuali, sia per escludere dalla nozione di legge dell'art. 25 co. 2 Cost. la legge regionale sia per negare tale attribuzione nelle materie che l'art. 117 Cost., nella sua formulazione originaria, riservava alle Regioni.

Questa posizione è stata, invece, contestata da chi riteneva che la legge regionale non potesse costituire fonte legittima di norme incriminatrici²⁸: non potendo la stessa delineare nuovi tipi di reato, modificare tipi preesistenti, prevedere

²⁸ BRICOLA, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle Regioni*, in *Scuola Pos.*, 1963, 630 ss; GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, 1999, p. 49; PULITANO', in CRESPI-STELLA-ZUCCALA' (a cura di), *Commentario breve al Codice penale*, 3^a ed., 1999, sub art. 1, p. 9; nella manualistica MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 53; FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 63; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 54.

un diverso trattamento sanzionatorio, mutare i presupposti della colpevolezza, né innovare la disciplina delle cause che fondano la punibilità. Questa conclusione è stata argomentata partendo proprio dal fondamento politico della riserva di legge. Si rilevava, infatti, che se il monopolio delle scelte penali è attribuito al Parlamento, come espressione dell'intero popolo, le singole Assemblee regionali non godono di tale legittimazione. Queste, infatti, sono rappresentative dei soli appartenenti alla comunità regionale, come tali aventi diritto di voto nella loro regione.

Un elemento a favore della tesi negativa era tratto dall'art. 120 Cost., che vieta alle Regioni di adottare provvedimenti che limitino la libera circolazione delle persone o il diritto dei cittadini di esercitare il proprio lavoro su tutto il territorio nazionale. Risultava, tuttavia, decisivo il riferimento all'art. 3 Cost.: una diversa regolamentazione di carattere penale contrasterebbe con l'uniformità di trattamento giuridico di tutti i cittadini.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha accolto tale prospettazione, negando costantemente la competenza in materia penale delle Regioni. Nella sentenza n. 487 del 1989 si legge: *“La criminalizzazione comporta, innanzitutto, una scelta tra tutti i valori e beni emergenti dalla società; tale scelta non può essere realizzata dai consigli regionali, ciascuno per proprio conto, per la mancanza di una visione generale dei bisogni ed esigenze dell'intera società”*. La legge regionale, secondo la Corte, può legittimamente integrare le norme incriminatrici negli stessi limiti in cui ciò è consentito alle fonti secondarie statali, in particolare agli atti dell'esecutivo.

Una lettura di questo tipo appare oggi obbligata, alla luce dell'art. 117 Cost., novellato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001. Questo, infatti, al comma 2, lettera l, attribuisce competenza esclusiva allo Stato nella legislazione in materia di ordinamento penale.

Per quanto concerne le norme penali scriminanti, parte della dottrina²⁹ ritiene che non possono essere legittimamente prodotte dalla fonte regionale, perché affidare alle Regioni la possibilità di prevedere deroghe all'applicazione della legge penale, significherebbe violare il principio di uguaglianza; sarebbe, inoltre incompatibile con l'art. 117 Cost. che attribuisce in materia penale competenza riservata allo Stato. Questa posizione, tuttavia, non è condivisa da chi ritiene che la riserva di legge si applichi soltanto alle incriminazioni³⁰: una legge idonea a togliere il carattere dell'illiceità a fatti tipici sarebbe ammissibile, poiché, verificandosi un ampliamento della sfera della liceità penale, verrebbero meno le ragioni sottese alla riserva. La Corte Costituzionale ha, in merito, ritenuto incostituzionali leggi regionali che abrogano una norma incriminatrice dello Stato, sostituiscono la sanzione penale prevista dalla legge statale con una sanzione amministrativa, configurano una nuova causa di estinzione del reato ovvero ampliano la portata di una causa di estinzione prevista dalla legge dello Stato.

4.4. Consuetudine e diritto penale.

In una prospettiva storica, l'estromissione della consuetudine dalle fonti del diritto penale era tra le ragioni che spinsero gli illuministi a formulare il principio della riserva di legge. Questa, infatti, costituiva un motivo di confusione nell'amministrazione della giustizia e di arbitrio da parte dei giudici che, in assenza di un riferimento scritto, potevano scegliere sicuramente quella utile a giustificare la conclusione della causa, secondo le proprie convenienze. L'evoluzione degli

²⁹ BRICOLA, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle Regioni*, cit., 630 ss.; PADOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 202; FIORE C, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 64.

³⁰PALAZZO, *Legge penale*, cit., p. 347; BARBIERI, in *Codice penale commentato*, a cura di MARINUCCI-DOLCINI, I, *parte generale*, sub art. 51; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., 64; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 57; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 56.

ordinamenti giuridici occidentali, ha visto la progressiva riduzione degli spazi di tali istituti, tanto che oggi si può affermare la scomparsa nell'Europa occidentale della consuetudine come fonte di norme incriminatrici.

Tecnicamente la consuetudine consiste nella ripetizione generale, costante ed uniforme, di un comportamento nella convinzione di adempiere ad un obbligo o di esercitare un potere giuridico. Essa genera una norma giuridica non scritta che, fino al momento della descrizione della consuetudine, è oggetto soltanto di una norma sociale o morale. Nell'ordinamento italiano occupa, ai sensi degli art. 1 e 8 disp. prel., l'ultimo posto nella gerarchia delle fonti e può rivestire soltanto una funzione integratrice (consuetudine *secundum legem*), nonché intervenire *praeter legem*, ma mai *contra legem*.

In materia penale, in particolare, il principio della riserva di legge esclude la rilevanza della *consuetudine incriminatrice*³¹. Essa, cioè, non può creare incriminazioni o ampliare il loro campo di applicazione.

Si discute se una fonte legislativa possa rinviare ad una consuetudine per la descrizione di un elemento del reato. Questa contestata figura è chiamata *consuetudine integratrice*. L'ipotesi tipica è quella dell'art. 40 co. 2 c.p., che considera l'omesso impedimento di un evento equivalente alla sua causazione, a condizione che il soggetto abbia l'obbligo giuridico di impedirlo. Ci si chiede, quindi, se tale obbligo possa nascere da una fonte consuetudinaria.

Anche se la formulazione letterale non fornisce argomenti per l'esclusione, parte della dottrina ritiene che accettare la consuetudine come fonte dell'obbligo significherebbe aprire la porta ad un'incontrollata dilatazione della responsabilità per

³¹ In questo senso la dottrina è unanime. Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 59; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 77; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 45; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 69; PADOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 32 ss; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 48; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 1, p. 38.

omesso impedimento dell'evento: l'indeterminatezza della norma consuetudinaria renderebbe il giudice, illegittimamente, arbitro della penalità³². La tesi affermativa³³, autorevolmente sostenuta, ritiene che non vi sia violazione del principio di legalità, quando la norma su cui si fonda l'incriminazione fa riferimento genericamente ad un obbligo giuridico e non indica, come avrebbe potuto, un obbligo nascente dalla legge o da altre fonti specifiche. Si tratta, infatti, di una valutazione politico-criminale riservata al legislatore, in quanto tale insindacabile.

Problema analogo si pone con riferimento alla valutazione della colpa. Ci si chiede, in particolare, se le regole di diligenza, prudenza o perizia possano essere desunte dai comportamenti che, normalmente, sono assunti nello svolgimento di un'attività pericolosa. La dottrina prevalente è orientata per la soluzione negativa³⁴, rilevando che tali regole non vadano desunte da ciò che normalmente si accede, ma da ciò che si può pretendere da chi compie quelle attività, sulla base delle conoscenze e delle capacità tecniche dell'agente modello.

La dottrina è concorde nel considerare irrilevante la *consuetudine abrogatrice* o desuetudine: la mancata applicazione, per un lungo arco di tempo, di una norma incriminatrice, non comporta l'espulsione della norma dall'ordinamento per desuetudine, sia perché incompatibile con il principio di legalità, sia ex art. 15 disp. prel. c.c.

Più problematica, invece, è l'ammissibilità, nel nostro ordinamento, della *consuetudine scriminante*, intesa come fonte di cause di giustificazione. Un primo

³² In questo senso MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 78; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 60; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 70; GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 90.

³³ Cfr. BETTIOL, *Diritto Penale, parte generale*, 11^a ed., Padova, 1982, p. 290; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 83; PADOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 153; VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 318.

³⁴ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 79.

orientamento³⁵, in particolare, nega cittadinanza anche a tale consuetudine, ritenendo la stessa idonea a creare un *vulnus* al principio di legalità. Tale tesi, accedendo alla teoria bipartita del reato, ritiene che *la nozione di “fatto” di cui all’art. 25 Cost. debba essere intesa non solo in positivo, ma anche in negativo*, quale fatto compiuto in assenza di cause di giustificazione.

Autorevole dottrina³⁶ ha, invece precisato come un’interpretazione rigorosa del dato normativo consenta di escludere dalla nozione di “fatto” le cause di giustificazione, non necessitando le stesse una previsione legislativa ad hoc. Tale tesi è in linea con la *ratio legis* del principio di legalità, essendo le cause di giustificazione norme di favore per il reo.

La giurisprudenza è ad ammettere le cause di giustificazione non codificate, pur se di origine consuetudinaria, solo se condividono la medesima *ratio* di quelle codificate, alla luce di un procedimento analogico ammissibile poiché in *bonam partem*³⁷.

Discorso del tutto diverso, invece, va fatto per la *consuetudine interpretativa*, trattandosi di un istituto che non ha nulla a che vedere con la consuetudine. Si tratta, infatti, non di un rinvio dalla legge alla consuetudine, bensì dell’interpretazione di concetti e termini, come onore, reputazione, buon costume, decenza, il cui significato muta nel tempo col mutare del quadro storico o delle valutazioni sociali.

4.5. La natura assoluta della riserva di legge.

Per risolvere il problema della conformità dei vari modelli d’integrazione della legge penale alla riserva di legge, la dottrina e la giurisprudenza costituzionale

³⁵ BETTIOL, *Efficacia della consuetudine nel diritto penale*, Milano, 1930.

³⁶ CONTIERI, *La consuetudine nel diritto penale*, Roma, 1934.

³⁷ Si pensi, ad esempio, ai casi dell’attività medico-chirurgica o all’attività sportiva.

hanno elaborato diverse proposte, circa la portata della riserva di legge in materia penale.

Un primo orientamento, inizialmente ispirato dalla preoccupazione di conservare il materiale normativo preesistente alla Costituzione, attribuiva carattere *relativo* alla riserva³⁸. In questa prospettiva, il potere esecutivo è legittimato a partecipare alla creazione della fattispecie penale, anche attraverso il regolamento³⁹ ed è costituzionalmente legittimo il modello delle norme penali in bianco. Queste conclusioni sono state ritenute inaccettabili poiché nascono da un'interpretazione del dettato costituzionale, contrastante con la motivazione ideologica ad essa sottesa. Essa, infatti, finisce con l'eludere le esigenze di garanzia che il principio di legalità deve soddisfare.

Cogliendo queste calzanti obiezioni, la dottrina maggioritaria ha ritenuto coerente con l'impianto costituzionale un'accezione *assoluta* della riserva. Se queste sono state le premesse, tuttavia, le conclusioni sono sembrate eterogenee.

Una variante della riserva assoluta, intesa in modo elastico, è stata sostenuta, con argomentazioni ancora presenti nella dottrina italiana da Biagio Petrocelli⁴⁰, Autore che, in veste di giudice, ha influenzato alcune lontane sentenze della Corte Costituzionale. Questi premette che la riserva è osservata soltanto quando la norma giuridica coperta dalla riserva è tutta nella legge. Egli sostiene, quindi, che non basta la volontà legislativa di una norma penale, ma è necessario che questa sia opera del potere legislativo. Questo accadrebbe, e la riserva sarebbe rispettata, anche quando la legge si limiti a sanzionare l'inosservanza del regolamento, poiché, per costituire un

³⁸ ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, ne *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 90 ss;

³⁹ Giunge a conclusioni analoghe MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 954.

⁴⁰ Cfr. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 42 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 100. Tali autori rilevano come queste posizioni, pur muovendo da una visione assoluta della riserva, assumono determinazioni analoghe a quelle dei sostenitori della riserva relativa, quindi, collocano sistematicamente questi studiosi tra i sostenitori della riserva relativa.

precetto penale, non è necessaria una formulazione particolareggiata, essendo sufficiente anche l'enunciazione generica di un dovere di obbedienza, nel caso in questione verso l'autorità amministrativa. In simili ipotesi, sarebbe tutelato l'interesse all'osservanza dei regolamenti, non gli specifici interessi presi in considerazione dalle singole norme regolamentari. Non è punita, quindi, l'offesa a questi ultimi, ma la disobbedienza come tale alle norme della Pubblica Amministrazione. In questa ricostruzione, il regolamento degrada a mero presupposto di fatto, per l'applicazione della norma legislativa. Non rileva, quindi, come fonte normativa, ma come fatto tra i fatti. In sintesi, si afferma che il carattere assoluto della riserva non implichi necessariamente l'esclusione del potere normativo secondario, nella configurazione della fattispecie penale.

Quest'impostazione è respinta, poiché svuota le ragioni politiche della riserva: del monopolio del legislatore in materia penale, postulato del principio di legalità, non rimarrebbe nulla, poiché l'autorità amministrativa deciderebbe, con provvedimenti generali e astratti, quali sono le condotte da criminalizzare. Infine vengono rilevate le difficoltà, pratiche prima che teoriche, di considerare un atto normativo come dato meramente fattuale⁴¹.

Un secondo orientamento, poi, riconosce che le norme generali e astratte emanate da fonti subordinate alla legge, possono, nell'ottica della riserva assoluta, integrare il precetto penale, sulla base di un rinvio contenuto nel testo legislativo. La *ratio* politica della riserva, sarebbe rispettata, quando la legge indica con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto ed i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena⁴².

⁴¹ Sostengono queste obiezioni FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 52; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 102; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 1, p. 37.

⁴² AMATO, *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giur cost.*, 1964, 486 ss., spec. 497.

Secondo questa dottrina, accolta dalla Corte Costituzionale, la riserva esige statuizioni sufficientemente specifiche ma non necessariamente complete. Sarebbe consentito alla legge, dunque, soltanto il rinvio ad un organo tecnico per il completamento dei precetti, già sufficientemente specifici, così da escludere che la fonte sublegislativa operi scelte politico-criminali. Questo limite non è stato, tuttavia, rispettato dalla Consulta, che, nell'applicazione del criterio della sufficiente specificazione, ha salvato discipline che operavano ampi rinvii alla discrezionalità della pubblica amministrazione⁴³. Questa teoria è sostenuta da esigenze degne di considerazione: concedere al potere regolamentare uno spazio d'intervento limitato, richiesto dalle specificità della materia, escludendo valutazioni di tipo politico, nella scelta dei comportamenti da penalizzare. Questo potrebbe, inoltre, evitare l'attività concretizzatrice della giurisprudenza che si affida a parametri non sempre univoci. Tuttavia, dal momento che la linea di confine tra discrezionalità tecnica e valutativa è talora fluida e incerta, questa prospettazione non appare rassicurante.

Una terza interpretazione della riserva di legge assoluta in materia penale, sostenuta da molti autorevoli studiosi, considera rispettato il vincolo costituzionale, quando la legge individua tutti gli elementi del reato e rinvia ad atti generali ed astratti dell'esecutivo la specificazione sul piano tecnico di uno o più elementi, da operarsi sulla base di un criterio tecnico indicato dalla legge stessa⁴⁴. Questo orientamento, per il quale è stata coniata la formula riserva di legge *tendenzialmente*

⁴³ VICICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte Costituzionale sulla vecchia questione delle norme penali in "bianco"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1002, sostiene che tale criterio si è ridotto ad una mera variante verbale di quello elaborato dal Petrocelli.

⁴⁴ Cfr. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 42 ss; Id., in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 242; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 1, p. 36; Nella manualistica FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 52; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 104; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 82, il quale, peraltro, lascia aperta la possibilità che risultino costituzionalmente legittime anche norme legislative integrate da fonti secondarie in via non puramente tecnica; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 86; PULITANO', in CRESPI-STELLA-ZUCCALA' (a cura di), *Commentario breve al Codice penale*, cit., sub art. 1, p. 8; Nella dottrina costituzionalistica ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, cit., p. 55.

assoluta è sostenuto, poiché rappresenta l'unico idoneo a garantire il rispetto del monopolio delle scelte politico-criminali, attribuito dalla Costituzione al legislatore. La natura puramente tecnica della specificazione affidata dalla legge ad altra fonte e la presenza nella legge dei criteri tecnici di riferimento, escludono, infatti, che la fonte sublegislativa concorra con la legge nel compimento di scelte di criminalizzazione. In questo senso, è costituzionalmente legittimo l'art. 73 del Testo unico delle leggi in materia di sostanze stupefacenti che, attribuisce all'autorità amministrativa il compito di specificare sul piano tecnico un elemento del reato, secondo criteri enunciati nella stessa legge.

4.6. I modelli di integrazione della legge penale.

La produzione normativa penale è orientata, nella prassi, a forme di eterointegrazione, attuata mediante il ricorso a fonti non legislative. Questo avviene anche per le difficoltà nella redazione della norma, derivanti dalla complessità dei fenomeni che s'intende criminalizzare.

Ricostruendo le tendenze attuali del sistema, è possibile individuare un primo modello d'integrazione, in cui la legge affida alla fonte secondaria la determinazione delle condotte da sanzionare. In questa ipotesi, definita dalla dottrina *norma penale in bianco*, essa rinuncia a descrivere il reato, limitandosi a prevedere una sanzione per la violazione della regola che sarà dettata dalla fonte sublegislativa. Il caso ricorre nel discusso art. 650 c.p. che recita: "*Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragioni di giustizia o sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito...*". Esempio tipico in cui la disposizione incriminatrice, generica ed indeterminata, è destinata ad essere riempita dal provvedimento concreto dell'autorità amministrativa, cosicché prima di questo momento non è conoscibile il contenuto della regola di condotta da osservare. Parte

della dottrina⁴⁵ ha sottolineato l'incostituzionalità di norme di questo tipo, poiché vulnerano la motivazione politica della riserva, cioè l'attribuzione della competenza penale al Parlamento, espressione del popolo. Un diverso orientamento⁴⁶ ritiene, invece, che la tecnica delle norme penali in bianco contrasti con il principio della riserva di legge unicamente quando il precetto penale generico rinvia a fonti secondarie generali e astratte, integratrici della disposizione incriminatrice; in questo senso, risulterebbe legittimo, invece, il rinvio a singoli e concreti provvedimenti, come avviene nel nostro caso, poiché il provvedimento non contribuirebbe a delineare il contenuto precettivo della fattispecie, ma sarebbe un mero presupposto del fatto. La Consulta, investita della questione di legittimità, ha sostenuto che le norme penali in bianco non violano il principio di legalità, quando una legge dello Stato indica presupposti, caratteri e limiti dei provvedimenti dell'Autorità, salvando così la disposizione in esame⁴⁷.

Un secondo modello è caratterizzato da una fonte secondaria che disciplina un elemento concorrente nella descrizione della fattispecie. In quest'ipotesi, la legge delinea alcuni criteri ai quali dovrà attenersi la fonte sublegislativa: questa definisce, nella cornice dettata dalla legge, i profili concreti dell'illecito, contribuendo alla configurazione del fatto di reato. Applicazione concreta di quanto fin qui si è detto può essere rinvenuta nell'art. 659 co. 2 c.p., norma che sanziona con l'ammenda "chi esercita una professione o un mestiere rumoroso contro le disposizioni della legge o le prescrizioni dell'Autorità". La norma, fissato il generico requisito della rumorosità, ne rimette la determinazione all'autorità, che descrive, quindi, un elemento centrale del disvalore penale.

⁴⁵ BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., 193.

⁴⁶ Per tutti MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 114.

⁴⁷ Corte Cost., sent. 8 luglio 1971, n. 168, in *Giur. cost.*, 1971, 1764 ss.

Rispetto a fenomeni di questo genere, da un lato si ritiene che un certo margine di tolleranza sia imposto dalla circostanza per cui l'articolazione della legge penale, allo stato attuale delle scienze, necessariamente si raccorda a discipline extrapenali; dall'altro si nutrono dubbi intorno alla legittimità costituzionale del sistema per violazione della natura politica della riserva di legge⁴⁸ quando la scelta criminalizzante è compiuta dalla fonte secondaria.

Un terzo modello è riscontrabile quando la legge prevede la pena e descrive il reato, ma lascia alla fonte sublegislativa un compito di specificazione tecnica. In questi casi, la fonte secondaria si limita a specificare, da un punto di vista meramente tecnico, elementi del fatto già contemplati dalla norma incriminatrice. In tale categoria rientra il Testo unico delle leggi in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope, emanato con il d. P. R. n. 309 del 9 Ottobre 1990. La dottrina maggioritaria⁴⁹, ritiene la forma di eterointegrazione in esso contenuta (rinvio alle tabelle previste con decreto ministeriale) compatibile con la riserva di legge, poiché la nozione di stupefacente, è completamente stabilita dalla legge e le tabelle ministeriali hanno funzione di integrazione di meri parametri tecnici.

Un sistema d'integrazione ritenuto concordemente illegittimo può aversi, quando la legge consente alla fonte secondaria di selezionare i comportamenti punibili, tra quelli da essa disciplinati. In questa situazione, il legislatore si spoglierebbe della funzione normativa in materia penale, per affidarla completamente all'esecutivo, così eludendo totalmente il principio della riserva di legge.

⁴⁸ BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 307; GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 62.

⁴⁹FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 58.

4.7. Il potere di disapplicazione del giudice penale.

Problema particolarmente discusso è quello relativo all'ammissibilità ed ai limiti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi.

Sicuramente la stessa è possibile qualora da tale disapplicazione derivino effetti favorevoli al reo (c.d. disapplicazione *in bonam partem*); per il caso, invece, di disapplicazione *in peius* la giurisprudenza ha elaborato, nel corso degli anni, numerose soluzioni, anche particolarmente differenti tra loro.

In una prima fase, sviluppatasi fino agli anni sessanta, si ammetteva la disapplicazione dell'atto amministrativo viziato da parte del giudice penale, in applicazione dell'art. 5 L.A.C., norma che non effettua alcuna distinzione tra effetti civili e penale, tra illegittimità ed illiceità. In base a tale teoria, quindi, si ammetteva la possibilità di disapplicare anche gli atti amministrativi viziati, pur se ampliativi della sfera giuridica soggettiva come il permesso di costruire.

Altro orientamento giurisprudenziale, superando la precedente impostazione, riteneva disapplicabile l'atto amministrativo solo qualora lo stesso operasse *ab externo* sulla fattispecie criminosa, così dispiegando i suoi effetti tipici sul sistema penale in via diretta. In tale ipotesi, infatti, il giudice penale ha una cognizione diretta ed in via principale dell'atto e dei suoi effetti. Se, invece, il provvedimento illegittimo opera dall'interno⁵⁰ della fattispecie⁵¹ non si applica, secondo tale impostazione, l'art. 5 L.A.C., poiché compito del giudice penale è solo quello di verificare se sussistono i requisiti che il provvedimento deve avere ai fini dell'integrazione del reato.

⁵⁰ Si pensi, in particolare, all'ipotesi in cui l'atto agisce quale presupposto della condotta.

⁵¹ Si tratta, in particolare, delle ipotesi in cui il provvedimento è previsto dall'ordinamento per una funzione extrapenale, ma riceve, all'interno della fattispecie incriminatrice un *ulteriore momento di rilevanza penale di vario tipo, attraverso il suo richiamo, esplicito o implicito, da parte di una norma incriminatrice*. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Roma, 2000, p. 37;

Le Sezioni Unite della Cassazione, intervenute nel 1987 in relazione al reato di costruzione effettuata in assenza della concessione edilizia (oggi permesso di costruire), sottolineano come l'art. 5 L.A.C. sia *“norma con funzione di salvaguardare il principio della tutela dei diritti soggettivi da parte del giudice ordinario, con la determinazione di specifiche regole atte a salvaguardare da un lato, il concreto potere giurisdizionale e, dall'altro, l'attività della p.a.”*⁵².

Ad avviso della Suprema Corte, in particolare, non esiste un principio generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice ordinario, ma la stessa riguarda⁵³ solo le ipotesi di atti illegittimi incidenti negativamente sui diritti soggettivi. La Corte, quindi, precisa che il giudice può conoscere della illegittimità di un atto amministrativo solo se esiste una specifica previsione normativa⁵⁴ in tal senso, ovvero qualora l'illegittimità dell'atto amministrativo si presenti come elemento essenziale della fattispecie criminosa.

Dopo soli pochi anni da tale pronuncia, le Sezioni Unite della Cassazione hanno nuovamente affrontato la problematica in esame, giungendo a conclusioni solo parzialmente conformi alla sua precedente impostazione⁵⁵. In tale pronuncia, invero, si legge che *al giudice penale non è affidato alcun sindacato sull'atto amministrativo, essendo egli, invece, tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che la fattispecie penale assume a tutela.*

Le conseguenze che derivano da tale pronuncia sono significative poiché, accogliendo tale tesi, qualora la costruzione edilizia sia stata costruita in base ad un permesso di costruire illegittimo (sia pur esistente), sussiste l'elemento oggettivo del

⁵²Cass. pen., SS.UU., sent. 3 gennaio 1987 n.3.

⁵³ Si tratta, naturalmente, di una disapplicazione solo incidentale.

⁵⁴ Come avviene, a mero titolo di esempio, nella previsione di cui all'art. 650 c.p.

⁵⁵ S.U. 21/12/1993 n.11635.

reato, poiché bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice non è solo il controllo da parte della p.a. del territorio, ma anche *la tutela del territorio stesso*.

4.8. Riserva di legge e cause di giustificazione.

Si discute in dottrina sull'ampiezza della portata del principio della riserva di legge.

Un primo orientamento⁵⁶, in particolare, sottolinea come l'art. 25 Cost. non possa che riferirsi solo alle norme penali incriminatrici, poiché esse sono le sole idonee ad incidere sulla libertà personale. Secondo questa impostazione, quindi, la riserva di legge riguarderebbe gli elementi oggettivi e soggettivi del fatto, le forme di colpevolezza, le condizioni di punibilità dalle quali può dipendere l'applicabilità della pena al caso concreto, le circostanze aggravanti o attenuanti, la punibilità di fatti non tipici come avviene con il tentativo. Sarebbero, invece, estranee all'oggetto della riserva le norme sulle cause di giustificazione, poiché non presentano natura penale e, quindi, non soggiacciono alle regole sulla produzione delle norme penali. Essendo norme che riguardano l'intero ordinamento giuridico, la loro produzione può venire da qualsiasi fonte rilevante per l'ordinamento giuridico⁵⁷. Esse, d'altra parte, sono estranee al "fatto" che costituisce reato, inteso secondo un'accezione tripartita del reato.

Questa tesi è autorevolmente confutata da Bricola, che individua nella fonte legale dell'illecito la caratteristica fondamentale del modello penale costituzionale. In questo senso, sia gli elementi positivi sia quelli negati devono trovare un riferimento legale. Questi ritiene che l'utilizzazione di criteri extragiuridici in

⁵⁶ FIORE C., *Cause di giustificazione e fatti colposi*, Padova, 1996, *passim*.

⁵⁷ Nella manualistica MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 29; FIANDACAMUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., 49; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 61 ss.

funzione scriminante è il sintomo della frattura creatasi tra un sistema ancora legato a principi di derivazione fascista, incompatibili con il nuovo assetto normativo, ed il volto del modello penale di natura costituzionale.

Anche in una prospettiva teleologica, sembra che la funzione della pena possa esplicare i suoi effetti di integrazione sociale, solo se i consociati sono in grado di conoscere chiaramente il contenuto di disvalore delle proprie azioni. Ciò non si verifica, quando la valutazione scriminante è compiuta dal giudice, successivamente alla commissione del fatto, su basi normative di origine non strettamente legale⁵⁸.

5. Tassatività e determinatezza della legge penale.

Il principio di legalità, da un lato riserva al Parlamento la produzione normativa in materia penale, dall'altro impone al legislatore di descrivere con sufficiente chiarezza e precisione le fattispecie penali.

Quest'ultima esigenza è soddisfatta dal corollario della tassatività o la determinatezza della legge penale, che unitamente alla riserva di legge e al divieto di analogia, contribuisce all'esatta delimitazione dell'illecito penale.

Il suddetto corollario non è espressamente sancito dall'art. 25 co. Cost., tuttavia si ritiene da esso implicitamente ricavabile in quanto soddisfa la medesima esigenza garantistica della riserva di legge. Allo stesso modo, pur non avendo ricevuto un esplicito riconoscimento nell'art. 7 C.E.D.U., il principio assume un particolare rilievo nella giurisprudenza della Corte E.D.U., la quale richiede, in applicazione di tale norma, che le fattispecie incriminatrici degli Stati membri, per essere conformi alla garanzie della Convenzione, devono possedere tre requisiti: accessibilità, descrizione precisa della fattispecie, e prevedibilità⁵⁹.

⁵⁸ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 191 ss.

⁵⁹ DOLCINI E.-MARINUCCI G., *Il principio di determinatezza. Fonti e definizioni*, in *Codice penale commentato, parte generale*, Milano, 1990, 30 ss

La dottrina tradizionale⁶⁰ ritiene che il fondamento vada rinvenuto sul piano politico – garantista della certezza della norma penale in funzione del *favor libertatis*, dunque la tassatività o determinatezza è chiamata ad assicurare la certezza della norma penale al fine di evitare l'arbitrio del giudice, assicurando altresì la frammentarietà del diritto penale, l'eguaglianza dei cittadini, la generalprevenzione, intesa però come deterrenza, nonché, sul piano processuale, l'obbligatorietà dell'azione penale, il diritto di difesa, l'obbligo di motivazione, il diritto dell'imputato all'impugnazione.

La dottrina più attenta ai rapporti tra il diritto penale e i principi costituzionali di politica criminale rinviene il fondamento garantistico della tassatività o determinatezza nella tutela della libertà personale⁶¹, costituzionalmente presidiata dall'art. 13 Cost., nonché nell'esigenza di orientare il sistema punitivo alle esigenze della prevenzione generale e speciale positiva⁶². Sotto il primo aspetto, si ritiene che soltanto una fattispecie penale, descritta in modo chiaro e preciso, possa orientare effettivamente i consociati al rispetto dei valori tutelati dall'ordinamento, mentre, quanto al secondo aspetto, si ritiene che la conoscibilità del precetto e della sanzione rappresentino la condizione normativa essenziale affinché la pena inflitta all'autore del reato sia percepita come giusta. In tal senso si ritiene che il principio espliciti la sua funzione garantistica anche sul piano processuale, quanto al corretto esercizio dell'azione penale da parte degli organi inquirenti, chiamati ad effettuare una prima qualificazione della fattispecie concreta. Dunque, detto principio avrebbe un valore assoluto, non derogabile né in malam partem né in bonam partem.

Secondo alcuni autori, la tassatività o determinatezza, diversamente dalla riserva di legge che opera sul piano delle fonti, esprime un'esigenza garantistica unitaria che

⁶⁰ MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 60.

⁶¹ BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., pp. 42 ss.

⁶² MOCCIA, *La "promessa non mantenuta"*, cit., da p. 83 a p. 86

vede come destinatario il legislatore, presidiando le tecniche di formulazione della legge penale ovvero le modalità espressive della sua redazione. In quest'ottica, la tassatività è, quindi, un modo operativo per il legislatore che deve delineare le norme in modo chiaro e preciso, la determinatezza è, invece, il risultato di tale tecnica legislativa⁶³. Dunque, è strumentale al contenimento, entro limiti precisi, dell'attività giudiziale di applicazione e di interpretazione, al fine di arginare il rischio di un'attività creatrice del diritto ad opera della giurisprudenza.

Altri autori, invece, ritengono che la tassatività e la determinatezza esprimano due diversi e distinti corollari della legalità, attribuendo rilievo preliminare alla determinatezza, vincolo costituzionale rivolto al legislatore, al quale, da un lato è richiesta l'incriminazione soltanto di fattispecie empiricamente verificabili e provabili, dall'altro è imposta la descrizione dei processi naturalistici incriminati in maniera chiara, precisa e comprensibile. La tassatività, invece, vincolo costituzionale rivolto al giudice, riguarderebbe la concreta applicazione della norma penale, che si concretizza nel divieto di applicare la norma stessa a casi da essa non espressamente contemplati.⁶⁴

Autorevole dottrina, infine, propone una triplice ripartizione in ragione dei diversi vincoli che l'art. 25 Cost. pone al legislatore, distinguendo il principio di precisione, che impone di descrivere in maniera puntuale il precetto e la sanzione, in modo da delimitare l'ambito di discrezionalità dell'autorità giudiziaria; il principio di determinatezza, che impone l'incriminazione di fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo attraverso gli ordinari strumenti probatori; il principio di

⁶³MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 60; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 48.

⁶⁴ FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 66 ss.

tassatività che esprime il divieto per il giudice e per il legislatore di estendere la disciplina della norma incriminatrice oltre i casi da essa espressamente stabiliti⁶⁵.

In definitiva, le diverse ricostruzioni proposte evidenziano una duplice esigenza, che impone la descrizione chiara e provabile della fattispecie, nonché la sua rigorosa applicazione in sede giudiziale.

Quanto al primo aspetto, dunque, il problema centrale è quello di stabilire il grado di determinatezza della fattispecie richiesto dalla Costituzione e, di conseguenza, individuare le tecniche di redazione idonee a garantirlo; a tal fine la dottrina distingue due principali tecniche di legiferazione: normazione *descrittiva* e *sintetica*⁶⁶.

La prima è caratterizzata dalla descrizione del fatto criminoso mediante termini che alludono a dati della realtà empirica, cioè *elementi descrittivi* che traggono il loro significato direttamente dalla realtà dell'esperienza sensibile, pertanto parte della dottrina li ritiene particolarmente idonei alla costruzione di fattispecie determinate. Esempi di fattispecie costruite in forma descrittiva sono il delitto di omicidio (art. 575 c.p.), le lesioni personali (art. 582 c.p.), il danneggiamento (art. 635 c.p.). In questi casi la riconduzione del singolo fatto concreto al modello astratto delineato sembra piuttosto agevole. Il punto di crisi di questo metodo è rappresentato dalla tendenza all'eccesso casistico, avutasi in alcune materie⁶⁷.

La seconda tecnica, sorta per ovviare a tali inconvenienti, adotta una qualificazione di sintesi attraverso l'impiego di *elementi normativi*⁶⁸, che rinviano ad una fonte esterna per l'individuazione della regola di giudizio da applicare. Gli *elementi normativi giuridici* richiamano una norma giuridica solitamente

⁶⁵ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 119 ss.

⁶⁶ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 72; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, loc. cit.; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 69.

⁶⁷ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, loc. cit.

⁶⁸ Sull'argomento RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli, 1965; Recentemente RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, 2004.

rintracciabile con certezza, perciò l'esigenza di determinatezza sembra tendenzialmente rispettata⁶⁹. Esempio di tale forma di eterointegrazione è dato dalle norme civili presupposte dalle norme sul furto, per specificare l'altruità della cosa.

Per gli elementi normativi *extragiuridici*, rinviati a norme sociali o di costume, il parametro di riferimento diventa inafferrabile, perciò il carattere indefinito dell'elemento del reato sembra porre dubbi di compatibilità con il principio di determinatezza-tassatività. Con riferimento a tale fenomeno, la dottrina rileva che in questi casi l'elasticità del criterio di giudizio sconfinava in indeterminatezza contrastante con il principio di legalità, quando il testo non riesce a connotare il parametro valutativo ovvero questo non trova riscontro univoco nel contesto sociale di riferimento.⁷⁰ Esempio di questa categoria è dato dagli atti osceni, per la cui determinazione la norma richiama il comune sentimento del pudore⁷¹.

Secondo alcuni Autori, la tecnica di normazione sintetica è preferibile, poiché è ritenuta particolarmente idonea a garantire l'esigenza di chiarezza legislativa espressa dal principio di determinatezza-tassatività, e capace di scongiurare le difficoltà applicative della normazione casistica di matrice preilluministica.⁷²

Nel dibattito sull'opportunità di una normazione penale con elementi normativi extragiuridici, se da un lato è stata sottolineata la loro importanza per adeguare la disciplina penale all'evoluzione della realtà sociale⁷³, dall'altro è stato evidenziato

⁶⁹ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 73; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 188; PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, cit., p. 429; RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, p. 177 ss.

⁷⁰ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 72; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 177.

⁷¹ Sul problema della formulazione linguistica delle fattispecie penali CADOPPI, *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, 1996; DI LUCIA (a cura di), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995, 63; RESCIGNO, voce *Tecnica legislativa*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, p. 7; SCARPELLI, *Semantica giuridica*, in *Nss. D. I.*, XVI, Torino, 1969, p. 996.

⁷² MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 69

⁷³ MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 506.

che un'opzione normativa di questo tipo esprimerebbe un'eccessiva fiducia nelle capacità del giudice titolare della funzione adeguatrice⁷⁴.

A livello ricostruttivo, poi, è stata rilevata l'irragionevolezza di una netta contrapposizione tra le due opposte tipologie di normazione, fondata sulla distinzione tra norma descrittiva e sintetica. In questo senso è stato sottolineato che la realtà della normazione penale è sovente contrassegnata da un intreccio di elementi normativi e descrittivi, e che norme fondate interamente su elementi descrittivi, inoltre, possono configurare un tipo delittuoso non sufficientemente determinato, com'è accaduto alla norma sul plagio, dichiarata incostituzionale dalla Consulta⁷⁵. Con riferimento ai profili problematici di una tecnica di normazione fondata sugli elementi normativi, inoltre, si è osservato che questi, spesso, nella descrizione del fatto di reato svolgono una funzione descrittiva cui è impossibile rinunciare⁷⁶.

In questa prospettiva si è rilevato che la norma penale contiene un comando generale e astratto, il cui grado di concretizzazione varia necessariamente in funzione del suo contenuto prescrittivo. Il livello di determinatezza, dunque, deve essere letto tenendo conto di diversi fattori condizionanti, tra cui anche la presenza di elementi descrittivi o normativi⁷⁷.

La natura del bene protetto dalla norma e la sua importanza nel sistema degli interessi tutelati risultano decisivi, poiché influenzano la struttura della norma: i beni giuridici materialmente percepibili hanno un maggior grado di determinatezza, rispetto a quelli immateriali; un bene particolarmente rilevante è tutelato in modo ampio; risulta così è meno pressante l'esigenza di una differenziazione delle modalità di aggressione, esigenza sentita, invece, per la tutela penale di beni di minore

⁷⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., 74.

⁷⁵ FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 77; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 133, che rileva come gli elementi descrittivi e normativi possono essere, a seconda dei casi, sia determinati sia indeterminati.

⁷⁶ FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, loc. cit.

⁷⁷ FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 75.

interesse⁷⁸. Utile al riguardo è la distinzione tra fattispecie a forma aperta e fattispecie a forma vincolata: con le prime il legislatore descrive le modalità di condotta penalmente rilevanti, mentre con le seconde fonda l'incriminazione sul risultato dell'azione in termini di lesione o messa in pericolo.

Il grado di prossimità dell'azione vietata rispetto al momento della lesione costituisce un altro fattore da valutare, ai fini della determinatezza. Per beni particolarmente rilevanti (che richiedono una protezione in termini di reato di pericolo) la condotta vietata non è ancorata al dato della lesione, ma all'idoneità della condotta a comprometterne l'integrità: questo dato strutturale è potenzialmente idoneo a creare un precetto vago⁷⁹.

In una dimensione empirica⁸⁰, poi, il principio di determinatezza -tassatività esprime l'esigenza tipica di un'epistemologia penalistica d'ispirazione garantista: i fatti impossibili da provare nel processo non possono essere oggetto di reato. Questo aspetto, espresso chiaramente da Anselm Feurbach, sottolinea le connessioni tra diritto sostanziale e processo nell'ottica sistematica della legalità.

Questo profilo della determinatezza-tassatività richiede la verificabilità empirica dell'ipotesi di reato; occorre, cioè, che sia possibile, in base alle regole dell'esperienza o criteri scientifici, accertare l'effettiva possibilità di realizzazione del fatto. Evidentemente, si vuole tutelare il cittadino contro ricostruzioni probatorie arbitrarie da parte del giudice che, di fronte a fatti di difficile prova, deciderebbe in base a criteri meramente soggettivi⁸¹.

La necessità di esplicitare quest'aspetto nasce, perché l'esperienza penalistica fornisce esempi di fattispecie dotate di un significato linguistico sufficientemente

⁷⁸ FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, loc. cit.

⁷⁹ FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 76.

⁸⁰ Specificamente sul punto GRASSO P.G., *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 808 ss.

⁸¹ Cfr. FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 73; MOCCIA, *La "promessa non mantenuta"*, cit., p. 19.

determinato, ma aventi ad oggetto fatti impossibili da provare. Un esempio è costituito dalla già citata norma sul plagio, dichiarata incostituzionale dalla Consulta, con la sentenza n. 96/1981. Nella sua formulazione originaria, il reato è così descritto: “*Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni*”. La norma, con una dizione letteralmente chiara, incrimina l’esercizio di un potere di supremazia psicologica da parte di un soggetto dominante nei confronti di terzo succube, tale da annientarne l’autonomia. Il Giudice delle leggi ha ritenuto tale norma incompatibile con il principio di legalità, per l’impossibilità di accertare quando tale soggezione può concretamente verificarsi.

5.1. Tassatività ed interpretazione estensiva.

Il principio di tassatività impone al giudice un rigoroso procedimento di sussunzione della fattispecie concreta nella previsione legislativa astratta, nel rispetto dei limiti applicati previsti dalla norma. Sorge, di conseguenza, la necessità di stabilire se al giudice penale sia richiesto un metodo speciale di interpretazione diverso dai criteri ermeneutici generalmente applicati in altri settori dell’ordinamento.⁸² Risulta necessario, quindi, stabilire il confine tra l’interpretazione, legittima per la materia penale, e fenomeni simili.

Occorre preliminarmente sottolineare la posizione di una parte della dottrina, volta a ritenere i giudici obbligati ad un’interpretazione restrittiva, in pratica letterale delle norme, idonea ad impedire non solo l’applicazione analogica ma anche quella estensiva. Il fondamento di quest’esigenza è nella comprensibile prospettiva di *favor liberatis* che dovrebbe caratterizzare il sistema penale di matrice illuminista. In

⁸² FIANDACA G.- DE CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, cit., p. 86.

questo modo si configura un giudice fedele esecutore della volontà legislativa, che non può autorizzare limitazioni della libertà personale ulteriori rispetto a quelle volute dal legislatore.

Per quanto riguarda il limite di demarcazione tra analogia e interpretazione estensiva⁸³ delle norme penali, esso costituisce un argomento discusso che non trova unità di opinioni. Parte della dottrina ritiene che tra le due non può essere affermata nessuna distinzione qualitativa, né da un punto di vista logico, né dal punto di vista dei risultati giuridici: in entrambi casi si avrebbe l'applicazione ad un caso non previsto di una norma concepita per altre ipotesi sulla base dell'identica *ratio*⁸⁴.

Altri studiosi ritengono che, pur avendo entrambe lo stesso presupposto, la differenza è percepibile in generale, salvo i casi di fattispecie particolarmente elastiche. Secondo tale concezione con l'interpretazione estensiva si resta sempre nell'ambito della norma, pur se delimitata fino al massimo della sua espansione, attraverso l'attribuzione del più ampio significato tra quelli possibili.⁸⁵ Con l'analogia, invece, si esce dai confini della norma poiché il caso in questione non può essere in nessun caso compreso nella medesima, anche se letta nella sua massima estensione. Esempio di interpretazione estensiva è il concetto di "uomo" di cui all'art. 575 c.p., da intendersi come essere umano, quindi, comprendente il maschio, la femmina, l'omosessuale, il maggiorenne, il minorenni. Esempio di analogia è l'estensione dell'art. 640 c.p. a chi sfrutta le preesistenti situazione d'errore in cui versa la vittima.

⁸³ Specificamente sull'argomento v. CONTENTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in Aa.Vv., *Le discrasie*, cit., p.3 ss.

⁸⁴ Criticamente, FIORE C-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 79.

⁸⁵ MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 77; Giungono a conclusioni simili nel senso del riconoscimento di una demarcazione tra le due figure, anche se con argomentazioni diverse FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 97; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 182; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 143.

La questione relativa al delicato confine tra analogia ed interpretazione estensiva è stata di recente analizzata dalle Sezioni Unite della Cassazione in relazione al reato di cui all'art. 349 c.p.. La Suprema Corte, in particolare, ha ritenuto che l'esatta interpretazione di una norma debba necessariamente partire dal dato letterale, ma non possa fermarsi allo stesso, dovendosi indagare sull'effettiva *voluta* del legislatore, intesa come volontà oggettivizzata. L'interpretazione estensiva, quindi, considera la norma nella sua massima espansione, senza colmare alcuna lacuna normativa, a differenza di quanto avviene attraverso l'analogia⁸⁶.

6. Il divieto di analogia in materia penale.

In materia penale sussiste un assoluto divieto di analogia. Tale istituto, in particolare, si presenta come quel procedimento interpretativo che, in mancanza di un'espressa statuizione legislativa, deduce la disciplina di un caso non regolato dalla regola dettata per un caso simile (*analogia legis*) ovvero dai principi generali dell'ordinamento giuridico (*analogia iuris*). Essa è vietata sia come mezzo d'integrazione del diritto scritto, sia come modo d'interpretazione volto ad esplicitare norme potenzialmente esistenti in forma latente⁸⁷. Questo particolare procedimento di produzione normativa è escluso dal diritto penale in ossequio al carattere frammentario del sistema, che conferisce alle lacune normative una peculiarità strutturale fondamentale per tutela della libertà individuale. Il giudice, dunque, non può colmare né le lacune originarie né quelle riconducibili ad un mutamento normativo sopravvenuto.

Il divieto di analogia pur essendo giustificabile con esigenze di certezza, trova la sua ragione politica nell'esigenza legalitaria di lasciare al legislatore la

⁸⁶ Cass. pen., SS. UU., sent. 10 febbraio 2010, in tema di violazione di sigilli.

⁸⁷ MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 76.

determinazione dei fatti punibili; pertanto la dottrina moderna e la giurisprudenza costituzionale riconoscono la costituzionalizzazione implicita del divieto per opera dell'art. 25 co. 2 Cost., secondo la tradizione liberale e le intenzioni dello stesso costituente⁸⁸. L'art. 14 disp. prel. c.c. e gli art. 1 e 199 c.p. sono pacificamente considerati i riferimenti normativi a livello ordinario.

Il divieto di analogia opera anche verso il legislatore, precludendo l'eliminazione delle disposizioni che vietano l'applicazione analogica delle disposizioni incriminatrici e l'introduzione di disposizioni che consentano tale pratica e la c.d. analogia *legislativa* o *anticipata*, insita nella stessa formulazione della fattispecie attraverso formule esemplificative o clausole di chiusura⁸⁹. Ipotesi tipica ricorre quando la disposizione estende l'incriminazione a casi simili. In questa categoria è possibile distinguere casi differenti suscettibili di una diversa valutazione di compatibilità con il divieto di analogia⁹⁰. Talvolta, infatti, il legislatore elenca una serie d'ipotesi omogenee che consentono di individuare sia i casi espressamente menzionati, sia quelli non menzionati citati mediante formule estensive. La struttura di norme costruite in questo modo è tale che l'elencazione, avendo solo carattere esemplificativo, abbraccia una classe di situazioni più ampia rispetto ai casi espressamente menzionati, ma ciò nonostante è ritenuta sufficientemente definita. Norme di questo genere, come l'art. 710 c.p., non sembrano illegittime poiché il

⁸⁸ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 94; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 79; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, loc. cit.; MOCCIA, *La "promessa non mantenuta"*, cit., p. 19; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 169; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 136. In dottrina sostiene argomentazioni contrarie BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale, parte generale*, 7^a ed., Milano, 1991, p. 16 ss.

⁸⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 96; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 80; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 76; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 170; MOCCIA, *La "promessa non mantenuta"*, cit., p. 19; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 137; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 300 ss.

⁹⁰ Per questa impostazione BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, loc. cit.

giudice è chiamato a sussumere il caso concreto sotto una categoria predefinita dal legislatore⁹¹.

In una seconda categoria, invece, possono essere ricompresi i casi in cui il legislatore elenca ipotesi eterogenee, chiudendo la norma con una clausola del tipo “e in casi analoghi”. La diversità delle situazioni descritte, non consentendo di individuare un genere, impedisce di ricondurre il caso analogo come specie di un genere previsto dalla legge. Norme di questo tipo sono considerate dalla dottrina dominante lesive del divieto di analogia⁹². Un esempio paradigmatico è dato dall’art. 121 del T.U.L.P.S., ora depenalizzato.

Per gli stessi motivi, infine, è registrata l’incostituzionalità delle ipotesi in cui il legislatore descrive un solo caso, seguito dal riferimento “a casi simili” di quell’unico citato dalla norma. Rientrano in questo schema, a mero titolo di esempio, gli artt. 600, 601, 602 c.p.

Riguardo alla portata del divieto di analogia, si discute se il divieto sia assoluto o relativo, cioè se abbracci anche le norme favorevoli all’imputato come le scriminanti (analogia *in bonam partem*) oppure sia limitato alle norme sfavorevoli quali innanzitutto le norme incriminatrici (analogia *in malam partem*)⁹³. Secondo un indirizzo minoritario, il divieto avrebbe carattere assoluto e riguarderebbe, quindi, sia le norme incriminatrici sia le norme di favore⁹⁴. L’argomento centrale a sostegno di questa tesi è la certezza del diritto che verrebbe meno non solo se si estendesse

⁹¹ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, loc. cit.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 182; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, pp. 210, 282.

⁹² Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 95; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, loc. cit.; MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, cit., p. 76; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 187.

⁹³ PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 87 precisa che per stabilire se si tratta di analogia *in malam* o *bonam partem*, non bisogna considerare la natura o la collocazione sistematica della norma, ma le conseguenze in concreto più favorevoli o sfavorevoli, che si sarebbero ottenute senza il ricorso all’analogia.

⁹⁴ Tra gli altri MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 958.

analogicamente il comando, ma anche nel caso in cui fossero incerti i limiti di applicazione.

La dottrina maggioritaria, tuttavia, argomenta in senso contrario partendo dal presupposto politico-istituzionale del divieto e, cioè, la necessità di garantire l'individuo contro limitazioni della libertà personale non espressamente autorizzate⁹⁵. Si sottolinea, infatti, che l'estensione delle scriminanti può rappresentare un modo per adeguare il diritto alla realtà della vita, senza rinunciare alle garanzie individuali. Sul piano tecnico si rileva che le norme che obliterano l'illiceità non sono norme di natura penale, ma riguardanti l'intero ordinamento giuridico; di conseguenza, si argomenta nel senso dell'applicazione del divieto alle sole norme incriminatrici⁹⁶.

Si sottolinea, in particolare, come il più recente orientamento della Cassazione ammetta, come si è già detto, l'applicazione analogica delle esimenti⁹⁷, purché rispondano alla stessa logica delle esimenti codificate. La prima pronuncia con cui la Suprema Corte ha dato atto dell'ammissibilità delle scriminanti non codificate, in particolare, è intervenuta sul delicato tema della scriminante relativa all'attività medica. Il Supremo Consesso ha sottolineato come il fondamento di tale scriminante non debba essere ricercato nelle scriminanti tipiche, trattandosi di autonoma causa di giustificazione, il cui fondamento deve essere ricercato nell'art. 2 della Costituzione⁹⁸.

La problematica in esame è stata recentemente affrontata dalla giurisprudenza con riferimento alla delicata questione dei reati culturalmente orientati. Si tratta, in

⁹⁵ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 96; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 81; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 80; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 187.

⁹⁶ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 97; FIORE C., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 81; GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 32 ss; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 110 ss; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 95 ss.

⁹⁷ In particolare le scriminanti, mentre analogo discorso non può essere riproposto per le scusanti.

⁹⁸ SS.UU. n. 2437/09.

particolare, di reati compiuti da stranieri sul territorio italiano, nelle ipotesi in cui la condotta è perfettamente lecita in base alla cultura del soggetto agente.

L'orientamento giurisprudenziale assolutamente prevalente, formatosi soprattutto in relazione al reato di cui all'art. 572 c.p., nega nei reati culturalmente orientati l'esistenza di una esimente c.d. culturale, poiché si tratterebbe di un'applicazione analogica *contra legem*. Né il fondamento di tale esimente può essere rinvenuto in una delle cause di giustificazione tipica⁹⁹.

7. La legge penale nel tempo: l'irretroattività.

Il principio di irretroattività impone l'applicazione della legge penale soltanto ai fatti commessi dopo la sua entrata in vigore, pertanto la stessa non può essere applicata ai fatti ad essa anteriori. Tale principio è completato da quello di non ultrattività, in base al quale la legge non si applica dopo la sua estinzione¹⁰⁰.

Sancito solennemente nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1789, esso rappresenta un prodotto del pensiero illuministico destinato ad integrare logicamente i principi della riserva di legge e della determinatezza-tassatività. La loro funzione garantista, infatti, sarebbe elusa se i comportamenti umani fossero oggetto di future incriminazioni¹⁰¹. L'irretroattività, dunque, trova il suo fondamento principale sul piano delle garanzie verso i detentori del potere legislativo. Tale principio assicura, infatti, al cittadino di non essere condannato per fatti che, al momento della loro commissione, non erano incriminati e di non essere punito più

⁹⁹ L'esimente culturale, infatti, non rientra nella scriminante di cui all'art. 50 c.p., alla luce della previsione di cui all'art. 5 c.c. Non si può, inoltre, ritenere che le stesse rientrino nella previsione di cui all'art. 59 ult.co. c.p., poiché se di errore si può parlare esso ricade sulla legge penale (art. 5 c.p.).

¹⁰⁰ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 75; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 85; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 84; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 253.

¹⁰¹ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, loc. cit.; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, loc.cit.; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 86; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 253; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 144.

gravemente per fatti che, al momento dell'esecuzione, erano sanzionati in modo più mite¹⁰².

L'irretroattività della legge penale è principio che svolge un ruolo decisivo anche sotto il profilo politico criminale, specificamente in rapporto alla funzione della pena, poiché il comando normativo potrà esplicare un effetto di prevenzione generale nonché di integrazione sociale soltanto qualora sia posto preventivamente ai fatti. In questo senso tale principio costituisce un decisivo presupposto della responsabilità penale, che richiede la conoscibilità delle norme giuridiche¹⁰³.

Il principio di irretroattività della norma penale, oltre ad essere espressamente sancito dall'art. 25, co.2, Cost., è previsto a livello di legge ordinaria dall'art. 14 delle preleggi, nonché dall'art. 2, comma primo, del codice penale.

Secondo la dottrina prevalente, queste norme sanciscono l'accoglimento del principio in termini relativi e non assoluti, cioè il divieto di irretroattività della legge sfavorevole e la retroattività della legge favorevole, la c.d. *lex mitior*.

La ragione fondamentale della ricostruzione del principio in questi termini è rinvenuta nella *ratio* storica dell'irretroattività, che non risieder in una mera esigenza razionale di certezza giuridica e di predeterminazione del diritto al fatto, bensì è rinvenibile sul piano politico-garantista del *favor libertatis*, che assicura il cittadino di non essere sottoposto ad un trattamento più severo di quello previsto al momento

¹⁰² L'opposto principio della retroattività trova, viceversa, fondamento nell'esigenza propria della legalità sostanziale di un'efficace difesa sociale. E' strumentale, inoltre, al bisogno di non lasciare impuniti, per lacune legislative, gli autori di fatti antisociali che hanno dato causa alla nuova legge penale Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 86. Sulla ratio del principio di irretroattività GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 39 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 121; PODO, voce *Successione di leggi penali*, in *Nss. Dig. It.*, XVIII, p. 658; SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969, p. 95 ss.; SPASARI, *Diritto Penale e Costituzione*, cit., p. 35 ss.; CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Aa.Vv., Introduzione al sistema penale*, cit., p. 154 ss.; DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 82 ss.

¹⁰³ FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 85; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 147. Quest'ultimo, pur riconoscendo l'esistenza di un profilo endopenalistico dell'irretroattività, sottolinea che la *ratio* del principio non risiede in esigenze tecniche, ma in esigenze di garanzia derivanti dalla natura particolarmente afflittiva della pena criminale.

del fatto, onde la retroattività della legge favorevole assieme all'irretroattività della sfavorevole sarebbe una particolare espressione del principio di libertà.¹⁰⁴ In questo senso si osserva che la formulazione dell'art. 25 co. 2 Cost. corrisponde alle più significative disposizioni costituzionali illuministico-liberali, onde non vi è ragione di ritenere che si sia discostato dalla tradizione.

7.1. La retroattività della legge penale più favorevole.

Particolarmente vivace in dottrina e in giurisprudenza è il dibattito confrontate sulla natura giuridica e sulla portata del principio della retroattività della *mixior*.

Secondo l'orientamento dottrinario prevalente, accolto anche dalla Corte costituzionale¹⁰⁵, la retroattività della legge penale più favorevole non è un corollario del principio di legalità sancito dall'art. 25 co. 2 Cost. ma costituisce un'applicazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., poiché non sarebbe ragionevole continuare ad applicare la sanzione penale ad un fatto che la legge vuole sanzionato in modo più mite o considera addirittura lecito. I lavori preparatori della Carta fondamentale sembrano avallare questa tesi poiché chiariscono l'intenzione storica del costituente di limitare il divieto di irretroattività alle norme sfavorevoli. In questo senso è considerato un principio suscettibile di bilancio con ulteriori e diversi principi di natura costituzionale che possono limitarne l'applicazione. Autorevole dottrina, al contrario, ritiene che il principio della retroattività favorevole troverebbe

¹⁰⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 76; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 87; GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 51; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 88; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 121; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 148; SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, cit., p. 98 ss.

¹⁰⁵ Cost. 393 e 394 del 2006. Cost. 251 del 2005

un fondamento costituzionale¹⁰⁶ nel combinato disposto dell'art. 27, co.1 e co.3, poiché verrebbero meno esigenze di prevenzione generale e speciale positiva nei confronti del condannato per un fatto non più previsto come reato.

La più recente giurisprudenza invece, ha interpretato il principio alla luce del mutato quadro dei rapporti tra diritto penale e Unione europea, da un lato, e Convenzione europea dei diritti dell'uomo (C.E.D.U.), dall'altro, riconoscendone la natura di corollario del principio di legalità¹⁰⁷.

Quanto al primo aspetto, si è osservato che la retroattività favorevole è sancita espressamente dall'art. 49 della comunitarizzata Carta di Nizza e che in più occasione è stato ritenuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea un principio di diritto comune agli Stati membri, dunque fonte di diritto comunitario¹⁰⁸.

Quanto al secondo aspetto, la tesi della costituzionalizzazione è stata argomentata in forza del rango di norme interposte di rango sub primario che la Corte costituzionale ha riconosciuto alle disposizioni della C.E.D.U. con le note sentenze n. 348 e n. 349 del 2007.

In tal senso si ritiene che, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., il nostro ordinamento recepisca l'integrale contenuto dell'art. 7 della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, il quale stabilisce che *“nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale”*, e che, *“parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al*

¹⁰⁶ DELLI PRISCOLI-FIORENTIN, *La Corte costituzionale e il principio di retroattività della legge più favorevole al reo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1180 e PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 946. Ulteriori approfondimenti sulla retroattività della *lex mitior* sono offerti da MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e giustizia costituzionale*, a cura di Vassalli, 2006, p. 77 e da MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1614.

¹⁰⁷ Ordinanza depositata il 21 luglio 2011, il Tribunale di Torino

¹⁰⁸ Sentenza 11 marzo 2008 c-420/06 Jager; 28 aprile 2011 C-61/11 El Dridi.

momento in cui il reato è stato commesso". In particolare, la norma, malgrado il suo tenore letterale, evocativo del solo divieto di applicazione retroattiva della norma penale sfavorevole, sancirebbe implicitamente, in aggiunta al più generale principio di legalità dei delitti e delle pene, *nullum crimen nulla poena sine lege*, come accolta negli ordinamenti europei di *civil law*, con i corollari dell'esigenza di determinatezza delle previsioni punitive e del divieto di analogia in malam partem, anche il principio di retroattività della legge penale più mite¹⁰⁹.

Portando quest'impostazione a conclusioni estreme si è ritenuto di poter far applicazione dei suddetti principi, relativi alla retroattività della *lex mitior*, anche al di mutamento giurisprudenziale, intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato¹¹⁰, in quanto l'art. 7 C.E.D.U. imporrebbe la garanzia della prevedibilità e dell'accessibilità della norma penale, contenuta non solo nella legge formale, ma derivante dal diritto giurisprudenziale.

La questione è stata, di recente, sottoposta al vaglio della Corte costituzionale che con la sentenza n. 230 del 2012, nel dichiarare "*non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 673 del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli articoli 3, 13, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione*", ha ribadito l'indirizzo tradizionale secondo cui la retroattività favorevole trova copertura nell'art. 3 Cost. come precipitato applicativo del principio di uguaglianza, e ha precisato che il principio di legalità penale nella C.E.D.U. risulta meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana ed, in generale, negli ordinamenti continentali. In tal senso, ha osserva che la Corte di

¹⁰⁹ (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia; in senso conforme, sentenze 27 aprile 2010, Morabito contro Italia e 7 giugno 2011, Agrati ed altri contro Italia).

¹¹⁰ Tribunale di Torino, cit.

Strasburgo non soltanto non ha inequivocamente escluso la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio in questione subisca delle deroghe, ma ha posto, anzi, un espresso limite alla sua operatività, poiché *“si traduce nella norma per cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli”* (Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, paragrafo 109). In altri termini, facendo riferimento alle (sole) *“leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva”*, la Corte europea ha, dunque, escluso che il principio in questione sia destinato ad operare oltre il limite del giudicato, diversamente da quanto prevede, nel nostro ordinamento, l’art. 2, secondo e terzo comma, cod. pen. (sentenza n. 236 del 2011).

8. Il principio di legalità delle misure di sicurezza.

La Carta Fondamentale costituzionalizza il principio di legalità anche con riferimento alle misure di sicurezza, così recependo il sistema del doppio binario. L’art. 25, co. 3, Cost., infatti, prevede espressamente che *“nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”*, così sostanzialmente riproducendo quando già era previsto, seppure al livello di legislazione ordinaria, dagli artt. 199 e 236 c.p.

Tale norma, impone, quindi, al legislatore di individuare in quali ipotesi il giudice deve applicare tali misure, nonché di individuare il tipo di misura applicabile. Si precisa, tuttavia, che la tassatività rispetto alle misure di sicurezza, assume necessariamente un carattere più elastico, poiché la pericolosità sociale del reo, presupposto ineludibile ex art 202 c.p., è requisito difficilmente cristallizzabile dal legislatore entro schemi dettagliati e prefissati. Tale maggiore elasticità, d’altra parte,

può anche essere desunta dalla durata sostanzialmente indeterminata delle misure di sicurezza, la cui applicazione è legata al perdurare della pericolosità sociale stessa. Quanto al principio della irretroattività, si precisa come, sebbene esso non sia espressamente previsto per le misure di sicurezza dall'art. 25 Cost., lo stesso debba essere desunto dal sistema, pur se in una particolare accezione. Si esclude, infatti, la possibilità che sia applicata la misura di sicurezza per un fatto che, al momento della sua commissione, non costituiva reato. Si deve, invece, ex art. 200 c.p, ritenere applicabile la misura di sicurezza pur se, al momento della sua commissione, il fatto costituente reato (o quasi reato) non era prevista alcuna misura di sicurezza ovvero era prevista una misura differente¹¹¹.

Tale impostazione, di matrice prevalentemente giurisprudenziale, è stata, tuttavia, criticata da Autorevole Dottrina, tesa a sostenere la validità “a tutto campo” del principio di irretroattività anche in materia di misure di sicurezza¹¹².

9. Le interazioni del principio legalità con gli altri principi costituzionali del diritto penale.

I recenti approdi della dottrina e della giurisprudenza consentono di delineare una ricostruzione del principio di legalità come fondamento garantistico del potere punitivo, aperto a recepire in senso migliorativo i principi sovranazionali, integrato sotto il profilo contenutistico dai principi di materialità e di offensività. Quanto al primo, occorre precisare come, per i sistemi penali moderni, il reato trova necessariamente la sua origine in un fatto, che non può essere un mero fatto naturale o animale, ma un fatto umano, cioè proveniente dal soggetto.

¹¹¹Cass. pen., sent. 17 maggio 1984, in *Riv. pen.*, 85, 209

¹¹²PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973, 1066 ss.

Questo concetto, che esprime un'acquisizione consolidata dei sistemi giuridici contemporanei, comporta l'irrelevanza di fatti estranei all'uomo, provenienti da animali o addirittura inanimati. Il principio di materialità, espresso con la massima *cogitationis poena nemo patitur*, richiede, non solo, che il fatto sia proveniente dall'uomo, ma sancisce che può essere reato soltanto il comportamento umano, materialmente estrinsecantesi nel mondo esteriore e perciò suscettibile di percezione sensoria: il fatto materiale, munito di una sua oggettiva corporeità, è la base prima e imprescindibile d'ogni giudizio di disvalore penale. Espressione dell'istanza di certezza giuridica, tale principio rappresenta il cardine del liberalismo penale che, nella costante preoccupazione di limitare la libertà individuale nella misura strettamente necessaria alla vita in comune, riporta sotto l'impero del diritto le sole azioni esterne che toccano i rapporti di convivenza e sottrae a qualsiasi disciplina giuridica la morale, suscettibile di giudizio soltanto attraverso il momento individuale del foro interno. In una prospettiva storica, la sua esplicita affermazione costituisce un momento cruciale del travagliato passaggio dal diritto penale medievale, di derivazione teocratica, caratterizzato dall'equiparazione tra peccato e delitto, al diritto penale laico d'origine giusrazionalistica, fondato sulla netta separazione tra foro interno ed esterno.¹¹³ Sotto il profilo della politica criminale, tale principio orienta il legislatore a perseguire fatti visibili, non idee od opinioni contrarie all'opinione dominante, quindi spinge verso la definitiva secolarizzazione del diritto penale. Sul piano normativo, invece, la materialità impedisce la stigmatizzazione di atteggiamenti volontari, meramente interni, intenzioni soltanto dichiarate, modi di essere. La costituzionalizzazione del principio di materialità avviene attraverso lo stesso art. 25, co. 2, Cost. che, con il riferimento al "fatto

¹¹³ BARBERA, *Principi fondamentali*, sub art. 2, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G.Branca, Bologna-Roma, 1975/1985, p. 50 ss; MOCCIA, *Carpzov e Grozio*, cit., *passim*.

commesso”, sancisce l’accoglimento di un modello di diritto penale del fatto, fondato sul principio di materialità. Un’interpretazione letterale sembra sufficiente a considerare penalmente irrilevanti i meri pensieri, i modi di essere, la pericolosità sociale; risultato confermato da un’ermeneutica sistematica, rispettosa del principio personalistico-solidaristico accolto dalla Carta fondamentale.

Quanto al principio di offensività, di cui la materialità costituisce la premessa logico-giuridica, esso richiede che oggetto dell’intervento penale siano comportamenti socialmente dannosi, offensivi di beni giuridici. Espressione di un diritto penale di impianto oggettivistico, si contrappone all’idea del reato come mera violazione del dovere, prodotto di concezioni di tipo soggettivistico¹¹⁴.

Nell’ambito del diritto penale dell’offesa¹¹⁵, espressione del liberalismo penale in funzione garantista è *la concezione realistica o necessariamente lesiva del reato*, tipica degli ordinamenti a legalità formale. Compenetrando il principio di offensività nel superiore principio di legalità, essa considera reato soltanto il fatto che, non solo è previsto dalla legge come tale, ma è costruito dalla medesima come necessariamente offensivo dell’interesse specifico tutelato dalla norma. Appartenendo alla tipicità, l’offesa è elemento costitutivo del reato accanto agli altri elementi strutturali della fattispecie legale, che il giudice deve accertare.

La Costituzione, secondo la dottrina prevalente¹¹⁶, ha accolto il principio di offensività, scolpito nella massima *nullum crimen sine iniuria*. Esso presuppone ed

¹¹⁴ MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 192 ss.

¹¹⁵ BECCARIA, *De’ delitti e delle pene*, cit., § 4.

¹¹⁶ Vedasi, in tal senso (sia pur con diverse argomentazioni) BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 82 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 154 ss.; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 288; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 195; MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, 2° ed., Torino, 1993, p. 259; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p.311; RIZ, *Lineamenti di diritto penale, parte generale*, 4° ed., Padova, 2002, p. 78; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 2^a ed., 1995, pre art. 1, p. 10 ss. Negano che la Costituzione recepisca il principio di offensività VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, 1982, p. 617 ss. e ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività*, in *Studi in memoria di Delitala*, 1984, III, p. 1689 ss.

integra in principio della materialità del fatto: mentre questo assicura la collettività contro le incriminazioni di meri atteggiamenti interni, il principio di offensività garantisce contro l'incriminazione di fatti materiali non offensivi, svolgendo un'ulteriore funzione di delimitazione dell'illecito penale.

Questo principio vincola sia il legislatore, sia l'interprete: il legislatore deve configurare i reati come forme di offesa ad un bene giuridico, nel senso che può attribuire rilevanza penale soltanto a fatti che comportano la lesione e la messa in pericolo (c.d. *offensività in astratto*); l'interprete, poi, è tenuto a ricostruire i tipi di reato estromettendo dal fatto i comportamenti non offensivi del bene tutelato dalla norma incriminatrice (c.d. *offensività in concreto*). L'accoglimento del principio di offensività preclude dunque al legislatore e all'interprete qualsiasi regressione verso modelli illiberali di reato. Secondo autorevole dottrina, il principio di offensività è connesso alla funzione rieducativa della pena prevista dall'art. 27 co. 3 della Costituzione alla pena. Si ritiene, infatti, che per evitare che la pena assuma la funzione di mera retribuzione, con repressione della pura disobbedienza, o di mera rieducazione, con repressione di semplici stati soggettivi, l'incriminazione deve basarsi su di un fatto offensivo dell'interesse tutelato¹¹⁷.

10. La CEDU: il problema della natura giuridica prima del Trattato di Lisbona.

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 04/11/1950 ed entrata in vigore il 03/11/1953, costituisce lo strumento di protezione dei diritti civili e politici più efficace e cogente del panorama mondiale.

¹¹⁷ BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 7 ss., in particolare p. 82 ss.

Essa, infatti, richiama i principi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10/11/1948, ma si differenzia dalla stessa per il carattere vincolante delle norme e dei principi in essa contenuti. La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo, infatti, pur avendo un innegabile valore etico-politico, non costituisce uno strumento vincolante per gli Stati firmatari, trattandosi di una risoluzione e, cioè, di una raccomandazione in forma di dichiarazione di principi.

Le norme contenute nella CEDU, diversamente, hanno valore pacificamente vincolante ed offrono una significativa tutela, per il caso di loro violazione, ai singoli individui ai quali è riconosciuta la possibilità di adire la Corte di Strasburgo, al fine di accertare eventuali violazioni da parte degli Stati aderenti, conseguentemente, ottenere il risarcimento del danno, nonché la declaratoria dell'obbligo, in capo allo Stato membro, di rimuovere l'atto lesivo.

La Corte EDU ha enucleato i principi ermeneutici ed interpretativi ai quali è improntata tale tutela. Essi, in particolare, sono: 1) il principio di legalità; 2) il principio di autonomia, per il quale i diritti previsti dalla CEDU devono essere interpretati secondo i canoni ermeneutici indicati dalla Corte di Strasburgo, a prescindere dal valore attribuito loro dai giudici dei singoli Stati; 3) il principio evolutivo, che impone di non cristallizzare l'interpretazione dei principi CEDU, ma di attribuire loro un diverso significato in relazione alle trasformazioni culturali e morali della società; 4) il principio di proporzionalità, per il quale l'intervento della CEDU deve essere strettamente proporzionato allo scopo da realizzare, nonché sussidiario alla tutela apprestata da singoli Stati; 5) il principio di effettività della tutela.

La CEDU, rispetto alle altre Convenzioni internazionali, presenta peculiarità di tipo contenutistico, avendo contenuto materialmente costituzionale, spesso in

assonanza con il testo della Costituzione, nonché strutturali, essendo fornita di un apparato istituzionale e di un sistema di tutela giurisdizionale deputati ad assicurarne il rispetto. La sua portata è, inoltre, arricchita dall'attività della Corte EDU, con sede a Strasburgo, che ne interpreta ed applica le disposizioni e dall'esistenza un meccanismo di controllo sull'esecuzione delle sentenze.

Questione di particolare interesse è quella relativa al valore giuridico della CEDU nel nostro ordinamento e, conseguentemente, alla sua collocazione nella gerarchia delle fonti¹¹⁸.

L'impostazione tradizionale, accolta dalla Corte costituzionale fino al 2007, attribuiva alla Convenzione il rango di legge ordinaria, essendo l'adattamento del diritto italiano alla CEDU avvenuto con legge, la n. 848 del 1955¹¹⁹.

Tale interpretazione ha posto taluni problemi, riguardanti la collocazione della CEDU nell'ambito del sistema nazionale delle fonti e la possibilità di ancorarla ad una base legale di rango costituzionale, alla luce della particolare rilevanza dei diritti dalla stessa tutelati.

Un primo orientamento, in particolare, ha ritenuto che il fondamento costituzionale dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione in esame debba essere individuato nell'art. 2 della Carta Costituzionale¹²⁰.

Altri Autori, invece, hanno rinvenuto un valore costituzionale alla CEDU alla luce dell'art. 10 Cost., norma in base alla quale l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. In base a

¹¹⁸ Le più importanti teorie elaborate al riguardo sono riportate da COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 1994.

¹¹⁹ Corte cost., sent. n. 48 del 1967; Corte Cost., sent. n. 69 del 1976; Corte cost., sent. n. 323 del 1989. Corte cost., sent. n. 188 del 1990.

¹²⁰ Cfr. A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, 1975, 59 ss.; A. LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani*, in AA.VV., *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, Padova, 1989, p. 7 ss.

tale impostazione, quindi, la CEDU avrebbe codificato principi già aventi il rango di consuetudini internazionali¹²¹.

Altri ancora attribuiscono valore costituzionale alla CEDU attraverso il viatico dell'art. 11 Cost., che consente limitazioni di sovranità per garantire la pacifica convivenza tra gli Stati¹²².

Tale impostazione, tuttavia, è stata tuttavia critica sotto diversi punti di vista. In particolare, si è osservato che tale norma consente allo Stato, in condizioni di parità con gli altri Stati, di limitare la propria sovranità per realizzare fini di pace e giustizia tra le Nazioni. Essa è stata voluta dal nostro Costituente al fine di attribuire un fondamento costituzionale all'adesione del nostro paese all'ONU ed è stata, successivamente, utilizzata al fine di legittimare la Comunità Europea, quale organismo sovranazionale.

Non può, invece, farsi rientrare in tale previsione la CEDU, poiché trattasi di una Convenzione internazionale, da intendersi quale fonte di norme particolari di diritto internazionale, al quale si applica interamente lo Statuto dei trattati e, quindi, la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, nonché quella del 1978 sulla successione degli Stati nei trattati.

La questione in esame è stata più volte affrontata dalla Corte Costituzionale, la quale, nelle sue più risalenti pronunce, ha confermato il valore di legge ordinaria della CEDU .

In altre pronunce, tuttavia, la Consulta, pur senza sconfessare il suo precedente orientamento, ha attribuito alla Convenzione un valore ulteriore, riconoscendo alla stessa un valore interpretativo¹²³.

¹²¹ A. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo 1956 p. 62 ss..

¹²² A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione, profili teorici e questioni pratiche*, in www.forumcostituzionale.it.

¹²³ La Corte Costituzionale, con la sent. n. 388/1999 ha, in particolare, precisato che il contenuto della CEDU spesso coincide con il disposto costituzionale o lo integra, allo scopo di una più effettiva tutela

10.1. L'intervento della Corte costituzionale con le due 'sentenze gemelle' del 2007.

Con le pronunce nn. 348/07 e 349/07 la Corte Costituzionale ha affrontato la tematica del ruolo della CEDU nel nostro ordinamento, alla luce della nuova previsione di cui all'art. 117 della Costituzione.

La novella normativa, secondo la Suprema Corte, ha colmato la precedente lacuna del sistema, relativa all'assenza di una disposizione atta a richiamare in termini generali i vincoli derivanti in capo all'Italia dai diritti internazionali pattizio. L'art. 117 dà, quindi, copertura costituzionale ai trattati internazionali e, pertanto, anche, e soprattutto, alla CEDU.

Tali pronunce sono definite sentenze "gemelle", in quanto entrambe giungono ad analoghe conclusioni, pur se Autorevole Dottrina ha evidenziato come la sentenza 349 – relatore Prof. Tesauro – operi maggiori aperture in favore della CEDU, espressamente individuata come testo fondante di un ordinamento giuridico proprio ed autonomo.

La Corte Costituzionale, in particolare, nega l'efficacia diretta a livello interno delle disposizioni della CEDU, con ciò superando un precedente orientamento giurisprudenziale, già assolutamente minoritario.

La Consulta, infatti, ha sottolineato come la Convenzione in esame, a differenza dei Trattati sull'Unione Europea, non abbia creato un organismo sovranazionale, autorizzato a produrre norme immediatamente efficaci nel nostro ordinamento. Conseguentemente, il giudice interno non può disapplicare la

dei diritti fondamentali. Per questo, anche alla luce dell'esperienza dei paesi nordici e della soluzione già adottata nell'ordinamento tedesco, la Consulta riconosce il valore interpretativo della CEDU. L'interpretazione della normativa interna, dunque, deve essere orientata al rispetto dei diritti sanciti dalla CEDU.

normativa nazionale contrastante con le disposizioni CEDU , con ciò negandosi un controllo diffuso, affidato ai giudici interni.

La Consulta ha, quindi, precisato che i giudici interni, in caso di riscontrata antinomia tra norma interna e principi della CEDU, devono, in primo luogo, verificare se sia possibile procedere ad interpretare la norma interna secondo il meccanismo dell'interpretazione conforme. Ciò significa che ogni giudice interno, in presenza di tale contrasto, deve tentare di risolverlo in via interpretativa, adottando un significato della norma interna orientato e conforme al testo ed allo spirito della CEDU, così dando luogo ad un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Nel caso in cui l'interpretazione conforme non possa essere effettuata, poi, il giudice interno è tenuto a sollevare eccezione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost.; viene, quindi, configurato un controllo accentrato e non diffuso.

Con tali pronunce, infatti, la Corte Costituzionale ha espressamente sancito il ruolo subcostituzionale, o interposto, delle disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo.

“Le norme CEDU, infatti, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti 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. Il giudice non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con la norma CEDU, poiché l’asserita incompatibilità tra le due si presenta come

una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., di esclusiva competenza del Giudice delle Leggi¹²⁴”.

La CEDU è, quindi, norma interposta, che integra il dettato costituzionale. Ciò viene specificato dalla Consulta, riproponendo, seppure in contesto diverso da quello comunitario, la teoria dei controlimiti. La valutazione della Corte Costituzionale, infatti, deve essere bifasica: se la norma interna è in contrasto con quella CEDU, il giudice delle Leggi potrà dichiararla incostituzionale solo se la norma CEDU è, a sua volta, compatibile con la nostra Carta Costituzionale.

10.2. La CEDU dopo il Trattato di Lisbona.

Questione particolarmente delicata è quella del ruolo della Convenzione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: ci si è chiesti, in particolare, se le coordinate ermeneutiche individuate dalle Corte Costituzionale nel 2007 possano ritenersi ancora valide e pienamente applicabili.

Tale Trattato, infatti, modificando l'art. 6 T.U.E. prevede che Unione riconosce e garantisce i diritti, le libertà ed i principi sanciti dalla Carta di Nizza (comma 1) e che l'Unione aderisce alla CEDU (comma 6).

Parte della dottrina¹²⁵ ha precisato che l'entrata in vigore del nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione Europea costituisce un'indubbia fonte di rafforzamento dei diritti fondamentali in ambito comunitario; questo alla luce del cambio di qualifica della CEDU, da parametro subcostituzionale a parametro comunitario. La CEDU, secondo tale impostazione, quindi, sarebbe stata pienamente comunitarizzata ed avrebbe, conseguentemente, valore super-costituzionale, al fianco della Carta di Nizza.

¹²⁴ Corte cost., sent. n. 347 del 2007.

¹²⁵ V. DE MICHELE, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 2/2010, p. 113 ss.

Dall'adesione a tale teoria deriva, inequivocamente, il superamento dei principi individuati dalle sentenze nn. 347 e 348 del 2007, e, quindi, del meccanismo di controllo costituzionale della norma interna rispetto al parametro intermedio. Sarebbe, quindi, operante un sistema di controllo diffuso che consentirebbe al giudice interno di disapplicare la norma in contrasto con la CEDU, alla stregua di quanto avviene quando tale contrasto si verifica con una norma comunitaria dotata di efficacia diretta.

Tale conclusione è stata sposata da alcune pronunce di giustizia amministrativa. In particolare, il Consiglio di Stato nel 2010¹²⁶ ha espressamente riconosciuto che i principi CEDU sono divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009 (nel caso di specie al fine di condannare un privato al pagamento di una importante somma di denaro a beneficio di un ente locale ex art. 13 CEDU).

Sulla stessa scia si sono poste alcune pronunce di primo grado della giustizia amministrativa. Il Tar Lazio, in particolare, ha espressamente ritenuto che dalla nuova formulazione dell'art. 6 TUE *“consegua il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione con 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, ex art. 11 della Costituzione. Viene 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, nel caso in cui ciò non sia possibile, di procedere in via*

¹²⁶ Cfr. C.d.S., sez. IV, sent. n.1220 del 02 marzo 2010.

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"¹²⁷.

Tale impostazione è stata, tuttavia, ampiamente superata da Altri Autori, nonché dal prevalente orientamento giurisprudenziale. Tale critica muove prevalentemente dall'interpretazione letterale dell'art. 6 T.U.E, così come novellato dal Trattato di Lisbona. Tale norma, infatti, prevede espressamente la piena comunitarizzazione solo per la Carta di Nizza¹²⁸.

Quanto alla CEDU, invece, l'art. 6 T.U.E. si limita a prevedere che l'Unione aderisce alla stessa, così risolvendo la discussa querelle relativa alla possibilità, per un'organizzazione internazionale, di aderire ad una Convenzione; non può, quindi, da tale previsione, peraltro non ancora attuata, mancando l'atto di formale adesione, essere desunto un primato immediato della CEDU sulla normativa interna.

Tali coordinate ermeneutiche risultano ormai assolutamente recepite dalla Cassazione. Si pensi al recentissimo intervento con cui la Suprema Corte ha riepilogato in maniera particolarmente esaustiva l'intera materia, così fugando ogni possibile dubbio interpretativo¹²⁹.

La Corte di Cassazione ha, infatti, definito le norme della CEDU, tenuto conto della previsione di cui all'art. 117 Cost., quale fonte sub-costituzionale, così riprendendo, nonostante l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, i principi enunciati dalla Corte Costituzionale. Ne deriva, così come sottolineato dalla Corte di Cassazione, che il giudice interno, constatata la difformità di una legge ai principi della CEDU, deve, in primo luogo, verificare la possibilità di interpretare tale legge

¹²⁷ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, sent. n. 11984 del 18 maggio 2010.

¹²⁸ CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in www.giustamm.it.

¹²⁹ Cass. pen., sez. IV, sent. n. 41249 del 23 ottobre 2012.

in maniera conforme alla convenzione e, qualora ciò non sia possibile, sollevare questione di legittimità costituzionale.

La Cassazione ha, inoltre, precisato come allo stato, anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non sia possibile un controllo "diffuso" della conformità di una legge ai principi della CEDU, così come avviene in rapporto ai regolamenti ed alle direttive self executing dell'Unione Europea.

10.3. L'obbligo di interpretazione conforme.

L'interpretazione conforme è un criterio interpretativo, introdotto dalla Corte Costituzionale, al fine di invitare i giudici comuni a cercare nella Costituzione elementi in grado di orientare la portata normativa dei testi legislativi.

Tale principio può, inoltre, essere utilizzato in tutti i casi in cui la norma internazionale (o sovranazionale) non produca effetti diretti nel nostro ordinamento, così assumendo valore precettivo indiretto¹³⁰. Con riferimento specifico alla CEDU la Corte di Giustizia ha precisato che il criterio dell'interpretazione conforme trova applicazione in ogni caso in cui la norma nazionale sia in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, a maggior ragione quando la Corte di Strasburgo si sia già pronunciata sulla questione. Ciò potrà avvenire in via generale per tutti i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione e non più solo nei casi in cui un diritto fondamentale della Convenzione abbia acquisito una specifica rilevanza nel diritto dell'Unione¹³¹.

La giurisprudenza ha, tuttavia, anche individuato i margini di applicabilità dell'esegesi conforme, sottolineando come la stessa sia possibile solo fin dove il

¹³⁰ Principio più volte ribadito dalla Corte di giustizia con riferimento alle direttive comunitarie e pienamente applicabile anche con riferimento alla CEDU che, così come le prime, non è dotata di efficacia diretta nel nostro ordinamento (cfr. sent. *Von Colson*; sent. *Marleasing*, sent. *Velasco Navarro*).

¹³¹ Corte di giustizia, sentenza del 16 giugno 2006, *Pupino*, causa C-105/03.

diritto nazionale la consenta, in quanto le disposizioni pertinenti contengono clausole generali o concetti giuridici indefiniti¹³².

Il valore di canone interpretativo attribuito alla CEDU non ha consentito, tuttavia, di risolvere pienamente la problematica relativa al valore da attribuirsi alla stessa rispetto alle fonti interne, problema acuito dai numerosi e recenti interventi normativi e giurisprudenziali.

In primo luogo, deve essere certamente menzionata la l. cost. 3 del 2001 di riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione. L'art. 117, nella sua nuova formulazione, impone, infatti, allo Stato ed alle Regioni di esercitare la potestà legislativa nel rispetto degli obblighi internazionali.

Anche il legislatore nazionale sembra riconoscere un particolare rilievo alla CEDU. Si pensi, per tutte, alla l. n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto), che impone al giudice nazionale di tenere in considerazione i parametri indicati dalla Corte di Strasburgo per definire i criteri di quantificazione dei risarcimenti per durata eccessiva del processo.

Tali norme hanno certamente contribuito a creare incertezza e conflitti giurisprudenziali in relazione all'efficacia da attribuire, all'interno dello Stato, alle norme della Convenzione ed alle pronunce della Corte EDU. In alcune pronunce, in particolare, la Suprema Corte ha teso a disapplicare le norme interne in contrasto con quanto disposto dalla Convenzione, con ciò applicando principi relativi alle efficacia delle norme comunitarie e non afferenti a fonti di diritto internazionale¹³³.

¹³² Tali principi sono stati enunciati dalla Corte di Giustizia (CGCE, causa C-14/03, Von Colson), ma sono pienamente applicabili anche con riferimento all'interpretazione conforme alla CEDU.

¹³³ In tal senso alcune pronunce della Corte di Cassazione, cfr. caso Medrano 1993; Caso Scordino, 2004.

11. La CEDU e il giudicato interno: quali soluzioni in caso di contrasto.

Le sentenze della Corte di Strasburgo hanno, ex art. 46 CEDU, efficacia obbligatoria per gli Stati delle stesse destinatari. Il problema, tuttavia, si pone quando a violare la Convenzione sia stata una sentenza ormai passata in giudicato. In assenza di specifiche norme interne, infatti, in un primo tempo si è accordata esclusivamente la tutela risarcitoria, mentre, solo successivamente, la giurisprudenza ha teso ad enucleare soluzioni al vulnus legislativo tali da assicurare una restitutio in integrum del diritto leso.

Uno dei primi riconoscimenti della portata delle pronunce della Corte EDU da parte dei giudici italiani è stato un provvedimento del Tribunale per i minorenni di Firenze che ritenne necessaria una nuova valutazione del provvedimento di sospensione della potestà dei genitori, considerando come elemento nuovo proprio una sentenza della Corte di Strasburgo¹³⁴.

Anche la Corte di Cassazione penale ha affrontato tale questione, già a partire dal 2005, ritenendo che il rimedio utilizzabile a fronte di un processo ritenuto non equo dalla Corte fosse quello dell'incidente di esecuzione nella forma partecipata (e non la più semplice procedura *de plano*)¹³⁵.

Il dogma dell'intangibilità del giudicato è stato, però, per la prima volta espressamente superato con la storica ed innovativa sentenza "Somogyi", nella quale la Cassazione riteneva che "... qualsiasi sentenza che accerti una violazione dell'art. 6 CEDU posta in essere dall'autorità giudiziaria nazionale verrà sempre, inevitabilmente, fisiologicamente (.....) a collidere con il giudicato nazionale. Ed è appena il caso di sottolineare che il principio dell'intangibilità del giudicato, nel nostro ordinamento giuridico, non è poi così assoluto (basti pensare all'istituto della

¹³⁴ Trib. Min. Firenze, sent. 18 settembre 2000, *Scozzari*, inedita.

¹³⁵ Cass. pen., sez. I, sent. n. 3171 del 22 settembre 2005.

*revisione ovvero al più recente istituto del ricorso straordinario ex art. 625 bis c.p.p.)*¹³⁶.

Con la successiva pronuncia sul caso “Dorigo”, poi, la Cassazione ha precisato che un giudicato “non equo” (in base ad una pronuncia della Corte EDU che riconosce al condannato il diritto alla rinnovazione del giudizio) non possa essere portato ad esecuzione e che, conseguentemente, “*il giudice dell’esecuzione debba dichiarare, a norma dell’art. 670 c.p.p., l’ineseguibilità del giudicato stesso*”¹³⁷.

Nel 2006, quindi, si era giunti ad una piena consapevolezza della possibilità di infrangere il giudicato penale in base ad una sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che consentisse la rinnovazione del giudizio per violazione dell’art. 6 CEDU; maggiori contrasti interpretativi vi erano, invece, nel silenzio della legge, sullo strumento utilizzabile per consentire la penetrazione della pronuncia della Corte di Strasburgo nel nostro ordinamento. Sul punto certamente pronuncia particolarmente innovativa è quella della Suprema Corte relativa al caso “*Drassich*”. Nel caso in esame, in particolare, il giudicato era stato ritenuto non equo dalla Corte europea perché la Cassazione aveva mutato la qualificazione giuridica del fatto (da corruzione a corruzione in atti giudiziari) senza aver consentito alle parti di contraddire sulla questione. A seguito di tale pronuncia e per ottemperare alla stessa ex art. 46 CEDU, la Cassazione, usando il criterio dell’interpretazione conforme, ha ritenuto utilizzabile lo strumento di cui all’art. 625 bis¹³⁸.

La questione è stata più volte sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale sotto il profilo di un eventuale profilo d’illegittimità dell’art. 630 c.p.p. nella parte in cui

¹³⁶ Cass. pen., sez. I, sent. 12 luglio 2006, *Somogyi*.

¹³⁷ Cass. pen., sez. I, sent. 1 dicembre 2006, *Dorigo*.

¹³⁸ Corte EDU, causa *Drassich c. Italia*, Seconda Sezione, sentenza 11 Dicembre 2007, ricorso n.25575\04; Cass. pen., sez. VI, sent. 12 novembre 2008, n. 45807, *Drassich*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1457 ss., con commenti di M. CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art. 625 bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo* e di L. DE MATTEIS, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo e revoca del giudicato*.

non prevedeva tra le ipotesi di revisione quella del contrasto tra il giudicato interno ed una pronuncia della Corte di Strasburgo.

Nel 2006 veniva sollevata la questione di legittimità costituzionale vista la *“evidente, improrogabile necessità che l'ordinamento colmi il vulnus esistente in materia, predisponendo adeguate misure di riparazione, sul piano processuale, delle conseguenze scaturite dalle violazioni dei principi della Convenzione in tema di processo equo, accertate da sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo”*¹³⁹.

La questione di legittimità costituzionale veniva, tuttavia, rigettata, ritenendo la Corte di non poter condividere l'interpretazione estensiva di “contrasto tra giudicati” prospettata dalla Corte remittente¹⁴⁰.

La contraddittorietà, secondo la pronuncia della Consulta, non può essere intesa in senso logico, ma relativamente ai fatti storici accertati ed acclarati. Altrimenti argomentando, *“la revisione, da rimedio impugnatorio straordinario, si trasformerebbe in un improprio strumento di controllo (e di eventuale rescissione) della ‘correttezza’, formale e sostanziale, di giudizi ormai irrevocabilmente conclusi”*.

La Consulta aveva, quindi, escluso la possibilità di utilizzare il rimedio straordinario, esortando in modo chiaro ed univoco il legislatore ad un intervento, resosi sempre più necessario alla luce delle pressioni provenienti dall'Europa.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. veniva, tuttavia, riproposta, dopo solo un anno e mezzo, anche se sotto diversa angolazione¹⁴¹.

Il Collegio remittente, infatti, prospettava l'illegittimità costituzionale dell'intera previsione dell'art. 630 c.p.p., per violazione dell'art. 117 comma I Cost. - che

¹³⁹ Corte Appello Bologna, ord. 22 marzo 2006, n. 337.

¹⁴⁰ Corte Cost., sentenza 30 aprile 2008 n. 129.

¹⁴¹ Corte Appello Bologna, ord. 23 dicembre 2008 n. 303.

impone al legislatore italiano, nazionale e regionale, di conformarsi alle norme di diritto internazionale e comunitario - e 46 CEDU, quale norma interposta.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 131 del 2011, ha dichiarato “*l’illegittimità costituzionale dell’art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell’art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo*”.

La pronuncia della Consulta è particolarmente articolata. In primo luogo, infatti, riferisce le posizioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in *subiecta materia*, in particolare l’orientamento ormai consolidato secondo cui, in caso di violazione dell’art. 6 CEDU, lo Stato convenuto non si possa limitare all’equa soddisfazione, ma debba adottare anche misure generali e, se del caso, individuali idonee ad eliminare gli effetti di tale violazione; tra le misure individuali adottande particolare rilievo è dato alla *restitutio in integrum*, a cui è riconosciuto carattere preferenziale.

La Corte Costituzionale sottolinea, inoltre, che molti Stati membri del Consiglio d’Europa hanno adottato le apposite discipline per permettere la riapertura del processo penale non equo; altri paesi, invece, pur non avendo modificato la normativa processuale vigente, consentono ugualmente la riapertura del processo, attraverso un’applicazione estensiva (interpretazione conforme) del mezzo straordinario di impugnazione già previsto dalla loro legislazione nazionale. In Italia il legislatore non ha colmato tale vulnus, nonostante la pronuncia “esortativa” che la stessa Corte aveva emesso in precedenza e, conseguentemente, la giurisprudenza ha

utilizzato i rimedi interni già esistenti, seppure attraverso significativi sforzi interpretativi, inidonei, però, a risolvere in via definitiva e generale la questione.

La Corte Costituzionale ha, poi, precisato che nel nostro ordinamento esiste un mezzo straordinario di impugnazione idoneo a consentire la celebrazione ex novo del procedimento penale pur in presenza di un provvedimento definitivo: la revisione ex art. 630 c.p.p.. tale strumento non era risultato applicabile, trattandosi di rimedio utilizzabile in ipotesi tassative e finalizzate al solo proscioglimento del condannato, previste per il caso di difettoso apprezzamento da parte del giudice del fatto storico-naturalistico.

Il Giudice delle leggi, tuttavia, alla luce dell'inerzia del legislatore e della particolare urgenza dell'intervento, opta per una sentenza interpretativa di accoglimento con cui dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non consente di ricorrere alla revisione per dare attuazione all'obbligo ex art. 46 CEDU, così consentendo pienamente di utilizzare il rimedio straordinario per superare il dogma dell'intangibilità del giudicato in caso di pronuncia ritenuta iniqua dalla Corte di Strasburgo.

Come viene, infatti, precisato dalla stessa Corte Costituzionale, *“la revisione (...) comportando, quale mezzo straordinario di impugnazione a carattere generale, la riapertura del processo, che implica una ripresa delle attività processuali in sede di cognizione, estesa anche all'assunzione delle prove – costituisce l'istituto, fra quelli attualmente esistenti nel sistema processuale penale, che presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale al parametro evocato [degli artt. 117 co. 1 Cost. e 46 CEDU]”*.

12. Il principio di legalità tra art. 25, co.2, Cost. e art. 7 CEDU.

Quanto ai rapporti tra CEDU e diritto penale sostanziale, particolare rilievo assume, nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale, la decodificazione della portata, dell'ambito applicativo, e degli effetti in termini di rafforzamento delle garanzie dell'art. 7, CEDU¹⁴².

La norma stabilisce: *“1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”*.

Essa sancisce il principio di legalità in materia penale ma attribuisce ad esso una portata diversa da quella accolta dall'art. 27 della Costituzione, tradizionalmente ritenuto comprensivo della riserva di legge, della tassatività e determinatezza, del divieto di analogia e dell'irretroattività.

La lettera della norma, difatti, esplicita il divieto di irretroattività dell'incriminazione penale, riconoscendo natura fondamentale ad un principio già contenuto nell'art. 11, n. 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dell'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili politici.

¹⁴² Sui rapporti tra diritto penale e CEDU, PALAZZO – BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. trim. dir. uomo*, 1988, 35; VIGANO', *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007; BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2002, 04; BERNARDI, *Commento sub art. 7 della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, in una nota pronuncia¹⁴³, ha chiarito che l'art. 7 CEDU abbraccia il divieto di analogia ed impone al legislatore di formulare le norme penali in maniera chiara.

Non abbraccia, di conseguenza, la riserva di legge, principio estraneo a paesi di *common law* aderenti alla Convenzione, il quali contemplan come fonti di diritto penale la prassi e il precedente giurisprudenziale.

Per tale ragione la dottrina ha inizialmente ritenuto che la codificazione del principio di legalità in materia penale nel testo convenzionale sia stata dettata dalla necessità di garantire una tutela minima inderogabile in tutti i paesi aderenti, in tal senso svolgendo una funzione essenzialmente conservativa delle principali acquisizioni dello Stato di diritto in materia penale.

Questa impostazione è stata nel tempo messa in discussione dai frequenti interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata spesso a vagliare la compatibilità di norme penali interne con l'art. 7 CEDU.

La Corte ha svelato, oltre all'indubbia funzione di conservazione della norma, anche la capacità di rafforzamento ed innovare le garanzie tradizionalmente sottese al principio di legalità penale, già segnalata dalla dottrina che si è occupata maggiormente del tema.¹⁴⁴

L'effetto di rafforzamento e di innovazione si realizzerebbe, in particolare, nell'ampliamento delle garanzie tradizionalmente collegate all'aspetto qualitativo della produzione normativa penale, solitamente collegato al corollario della determinatezza, attraverso l'enucleazione degli ulteriori corollari dell'accessibilità e della prevedibilità della norma penale e della relativa giurisprudenza¹⁴⁵.

¹⁴³ Sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, Serie A, n. 260-A.

¹⁴⁴ PALAZZO – BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. trim. dir. uomo*, 1988, 35..

¹⁴⁵ BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 252-253.

L'accessibilità della norma impone allo Stato di predisporre idonei strumenti affinché i suoi destinatari possano prenderne conoscenza, richiedendo normalmente la pubblicazione o l'inserimento in raccolte ufficiali¹⁴⁶.

La prevedibilità riguarda sia la formazione della norma penale sia la sua applicazione.

Quanto al primo aspetto, la giurisprudenza della Corte richiede che l'illecito penale sia formulato in maniera chiara dalla legge o che allo stesso modo si evinca dalle fonti consuetudinarie o giurisprudenziali, evocando così il noto corollario della determinatezza, che troverebbe applicazione anche rispetto alla giurisprudenza fonte del diritto penale nei paesi di *common law*.

Precisamente, affinché si possa ritenere soddisfatto tale principio, di fronte all'incriminazione penale il cittadino “*deve essere in grado di prevedere, con un grado ragionevole di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato*”¹⁴⁷.

La verifica sulla prevedibilità della norma, secondo la richiamata giurisprudenza, deve tener conto, sul piano oggettivo, delle regole generali sull'interpretazione dettate dell'art. 31 della Convenzione di Vienna e del dato sistematico, sul piano soggettivo, va valutata la conoscibilità, in termini di esigibilità della conoscenza del comando, da parte del destinatario che sia chiamato a svolgere particolari attività coperte da prescrizioni particolari.

Quanto al secondo aspetto, la prevedibilità impone l'interpretazione ragionevole della norma penale da parte della giurisprudenza interna.

La ragionevolezza dell'interpretazione può essere *tecnica*, quando è il testo della disposizione a consentire diverse ricostruzioni ermeneutiche, oppure storica quando

¹⁴⁶ Corte EDU, sent. 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, Serie A, n. 30, par. 49; ID., sent. 25 marzo 1983, *Silver e altri c. Regno Unito*, Serie A, n. 61, par. 87

¹⁴⁷ Corte EDU, sent. 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, Serie A, n. 30, par. 49.

si fonda su un quadro storico mutato rispetto a quello precedente. In generale, è ritenuta irragionevole l'interpretazione analogica mentre è ritenuta ragionevole, sia in via tecnica sia sul piano storico, quella estensiva.

In particolare, la Corte ha ritenuto ammissibile un'interpretazione estensiva della norma penale nel caso in cui essa costituisca il recepimento di una prassi oramai indiscussa (tecnica) e nel diverso caso in cui un mutamento del quadro storico e sociale richieda un'interpretazione estensiva di una norma penale che, in passato, era applicata dalla giurisprudenza in via restrittiva. In tale chiave è stato ritenuto legittimo l'intervento interpretativo del giudice di precisazione e di adattamento del precetto a circostanze nuove che possano ritenersi ragionevolmente ricomprese nella *ratio* storica dell'incriminazione¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Corte EDU, dec. 4 marzo 1985, *Enkelmann c. Svizzera*, D.R. 41, 181.

CAPITOLO SECONDO
LE COMPETENZE IN MATERIA PENALE
DELL'UNIONE EUROPEA

Sommario. 1. Inquadramento storico. 2. La progressiva emersione delle competenze penali dell'Unione europea: tra quello "che si può dire" e quello che "non si può dire". 2.1. Il principio di legalità come limite assoluto per il diritto comunitario. 2.2. Il principio di legalità come limite tendenzialmente assoluto. 2.3. Il principio di legalità come limite relativo: una tesi isolata. 2.4. Il Corpus Iuris: un esempio 'storico' di competenza penale diretta. 3. La dubbia 'funzione creatrice' della Corte di Giustizia. 4. La competenza penale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. 5. Le nuove competenze penali dell'Unione europea alla prova del principio di legalità.

1. Inquadramento storico.

L'esigenza politica alla base del processo di integrazione europeo, avviato dopo la fine del secondo conflitto mondiale, era quella di creare una forma di cooperazione intergovernativa, dotata di strutture istituzionali con competenze in settori specifici, capace di prevenire il ripetersi delle situazioni economiche e militari che avevano condotto al disastro bellico da cui si era appena usciti¹⁴⁹. L'inizio di questo processo viene tradizionalmente individuato nella proposta di realizzare un progetto di cooperazione internazionale, con limitazioni di sovranità a favore di un'organizzazione dotata di poteri vincolanti nei confronti dei suoi membri, elaborata dal politico francese Jean Monnet e lanciata dal Ministro degli Esteri francese Robert Schuman il 9 maggio del 1950. La celebre affermazione, in essa contenuta, secondo cui "*l'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto*", che

¹⁴⁹ Cfr. TESAURO, *Diritto Comunitario*, 3^a ed., Padova, 2005, p. 4 ss.; STROZZI, *Diritto dell'Unione europea, parte istituzionale*, 3^a ed., Torino, 2005, p. 2 ss.

compendia il principio ispiratore della c.d. Europa dei piccoli passi, ne costituisce ancora oggi la chiave fondamentale di lettura¹⁵⁰.

L'iniziativa, in particolare, era volta ad unificare la produzione francese e tedesca del carbone e dell'acciaio in un organismo sovranazionale aperto alla partecipazione di altri Stati europei come primo passo per una collaborazione più ampia. Il 'progetto Schuman' prese corpo con la firma del Trattato di Bruxelles del 18 aprile del 1951 istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA)¹⁵¹. Con l'istituzione della CECA gli Stati aderenti realizzarono una significativa cessione di autonomi poteri decisionali a favore di quattro diverse istituzioni: l'Alta Autorità, che era titolata ad adottare decisioni indipendentemente dal consenso unanime degli stati membri, il Consiglio dei Ministri con poteri di controllo, l'Assemblea permanente e la Corte di Giustizia.

L'idea europeista venne successivamente ribadita nella Conferenza dei Ministri degli Esteri CECA, tenutasi a Messina nel giugno del 1955, dalla quale emerse il progetto di una vera unione economica fondata su un mercato comune, la cui redazione venne affidata ad un gruppo di esperti indipendenti, presieduto dal politico belga Paul Henri Spaak, personalità considerata di spicco nel panorama internazionale e capace di assicurare il giusto coordinamento tra gli Stati dell'Europa. La Commissione Spaak elaborò in tempi brevi due progetti, uno di portata ampia che prevedeva la creazione di un mercato comune generalizzato, l'altro riguardante la creazione di una comunità per l'energia atomica. Entrambi i progetti

¹⁵⁰ Il testo integrale della dichiarazione, ancora oggi particolarmente attuale, è consultabile integralmente in lingua italiana sul sito dell'Unione europea all'indirizzo http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_it.htm.

¹⁵¹ Al Trattato CECA, entrato in vigore il 25 luglio 1952, aderirono Francia, Germania, Italia, Belgio, Olanda e Lussemburgo che saranno i membri fondatori della CEE e dell'EURATOM. Accanto agli Stati che fin dall'origine parteciparono alle tre Comunità si sono aggiunti nel corso degli anni: Danimarca, Regno Unito e Irlanda dal 1973; la Grecia dal 1981; Spagna e Portogallo dal 1986; Austria, Finlandia e Svezia dal 1995; Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia, e Ungheria dal 2004.

furono approvati con la storica firma dei Trattati di Roma, avvenuta il 25 marzo 1957, istitutivi della Comunità Economica Europea (CEE) e della Comunità per l'Energia Atomica (CEEA o EURATOM) da parte dei sei Stati membri della CECA¹⁵². Alla Comunità Economica Europea il Trattato (art. 2) ha affidato “*il compito di promuovere mediante l’instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli stati membri uno sviluppo armonioso dell’insieme della Comunità*”. All’EURATOM, invece, veniva assegnata una funzione settoriale, dovendo garantire lo sfruttamento civile dell’energia nucleare.

Dal punto di vista strutturale le Comunità ebbero istituzioni separate, in quanto risultavano comuni soltanto la Corte di Giustizia e l’Assemblea. Questa caratteristica creava molte difficoltà nell’organizzazione e nel coordinamento delle attività, così emerse l’esigenza di una riorganizzazione, avutasi con il Trattato di Bruxelles del 8 aprile 1956 chiamato anche Trattato “sulla fusione degli esecutivi”. A partire da questo momento le Comunità Europee sono rimaste distinte, con le rispettive competenze ad esse attribuite, ma con istituzioni comuni: il Consiglio dei Ministri delle Comunità Europee, la Commissione e il Parlamento Europeo¹⁵³, deputati a

¹⁵² Entrambi i Trattati, entrati in vigore il 1 gennaio 1958, hanno durata illimitata. Questo è considerato un aspetto essenziale sintomatico della decisa volontà degli Stati di impegnarsi in modo definitivo nel processo di integrazione. Furono sottoscritti, oltre che dall’Italia, dalla Francia e dalla Germania Ovest, dai cc.dd. paesi bassi Belgio, Olanda e Lussemburgo. Cfr. STROZZI, *Diritto dell’Unione europea*, cit., p. 3.

¹⁵³ Gli articoli dei Trattati che delineano il ruolo della Commissione sono: gli art. 8-19 CECA, 211-219 CE, 124-135 EURATOM. Secondo tali norme, a parte i casi in cui agisce nell’ambito CECA con poteri decisionali simili a quelli legislativi, la Commissione delle Comunità europee ha poteri di iniziativa normativa, quindi, può presentare al Consiglio, e nei casi previsti dai Trattati al Parlamento, progetti di regolamenti, direttive o decisioni. Un ruolo di rilievo assume nella gestione delle politiche comunitarie e dei vari strumenti finanziari. Il Consiglio, a parte le funzioni essenzialmente consultive svolte in ambito CECA ai sensi degli art. 26-30 del Trattato, secondo le previsioni degli art. 202-210 CE e 115-123 EURATOM costituisce il cuore del potere decisionale comunitario. Provvede, infatti, al coordinamento delle politiche economiche generali degli Stati membri, dispone di un potere decisionale nella produzione normativa e conferisce alla Commissione il potere di esecuzione delle norme che esso stesso ha stabilito. I Trattati si occupano del Parlamento europeo negli art. 20-25 CECA, 107-114 EURATOM e 189-201 CE. Il ruolo del Parlamento europeo appare ridotto, a causa

svolgere attività legislative ed esecutive assieme alla Corte di Giustizia e la Corte dei Conti¹⁵⁴, titolari rispettivamente di un potere giurisdizionale e contabile.

Il quadro istituzionale europeo ha subito una storica trasformazione con il Trattato di Maastricht sull'Unione Europea (TUE), firmato il 7 febbraio del 1992 ed entrato in vigore il 1 novembre 1993. Tale Trattato, che secondo la dottrina più attenta ha segnato una tappa fondamentale per il passaggio da un'Unione avente fini prevalentemente economici ad una struttura di impianto politico generale¹⁵⁵, nonostante le modifiche apportate nel tempo, culminate nel Trattato di Lisbona entrato ufficialmente in vigore il 1° dicembre 2009, costituisce ancora l'impianto ideologico fondamentale del sistema dell'Unione.

Il TUE, in dettaglio, ridisegnava la precedente struttura istituzionale fondandola, da un lato sulle tre esistenti Comunità Europee di cui recepiva integralmente il c.d. “*acquis*”¹⁵⁶, dall'altro sulla Cooperazione intergovernativa in materia di politica

del carattere limitato dei suoi poteri nei confronti del Consiglio e della Commissione. Ha teoricamente la facoltà di sciogliere la Commissione e condivide, ma in modo diseguale, i poteri in materia di bilancio con il Consiglio dei ministri, in quanto può respingere il bilancio nel suo complesso ma ha la facoltà di determinare solo una piccola parte delle spese non obbligatorie. Benché il Parlamento europeo sia la sola istituzione sopranazionale europea democraticamente eletta e aderisca rigorosamente al principio di sussidiarietà (in base al quale delega ove possibile l'autorità alle istituzioni locali competenti), l'accrescimento dei suoi poteri è stato e continuerà a essere molto lento perché potrebbe interferire con la sovranità degli stati membri e non può avvenire se non con il consenso unanime di questi ultimi. Cfr. TESAURO, *Diritto Comunitario*, cit., p. 25 ss.; STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 89 ss. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione Europea*, 3ª ed., Napoli, 2003, p. 67 ss. che sottolinea come “il Parlamento, nonostante le affermazioni contrarie ricorrenti, ha acquisito una crescente influenza non solo in termini politici generali, ma anche una reale incidenza in termini giuridici”.

¹⁵⁴ Fondamentali nella ricostruzione del ruolo della Corte di Giustizia gli art. 31 CECA, 220 CE, 136 EURATOM che le affidano il compito di assicurare il rispetto del diritto comunitario nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati. Con il Trattato di Bruxelles del 22 Luglio 1975 è istituita la Corte dei Conti delle Comunità europee, organo di controllo giuridico-contabile la cui attivazione è stata resa necessaria dall'attribuzione alle Comunità di risorse proprie.

¹⁵⁵ Cfr. TESAURO, *Diritto Comunitario*, cit., p. 13, che considera il modello accolto propedeutico ad una struttura istituzionale federale; STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 12. Questi sottolinea che il Trattato, parlando nell'art. A di “una nuova tappa nel processo di creazione di un' unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa”, adotta una formula di compromesso che non recepisce l'espressione “federale” contenuta nel progetto originario.

¹⁵⁶ L'*acquis comunitario* corrisponde alla piattaforma comune di diritti ed obblighi che vincolano l'insieme degli Stati membri nel contesto dell'Unione europea. L'*acquis comunitario* è in costante

estera (PESC) e nel settore della giustizia e degli affari interni (GAI). Dunque, chiaramente distingueva due sistemi, quello comunitario e quello della cooperazione, che rimanevano formalmente e giuridicamente distinti anche se collegati da un'esigenza di coerenza globale¹⁵⁷.

All'indomani dell'entrata in vigore del TUE la dottrina definiva icasticamente l'Unione europea come una costruzione a tre "pilastri" collegati tra loro da un'architrave e dalla base¹⁵⁸.

Il primo pilastro era costituito dal sistema comunitario, in cui l'art. 189 del Trattato attribuiva alle istituzioni comunitarie, Parlamento Europeo, Consiglio e Commissione, il potere di adottare *regolamenti, direttive e decisioni*¹⁵⁹, dotati di un'efficacia vincolante, diversamente graduata, per gli Stati membri.

evoluzione ed è costituito: dai principi, dagli obiettivi politici e dal dispositivo dei trattati; dalla legislazione adottata in applicazione dei trattati e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; dalle dichiarazioni e dalle risoluzioni adottate nell'ambito dell'Unione; dagli atti che rientrano nella politica estera e di sicurezza comune; dagli atti che rientrano nel contesto della giustizia e degli affari interni; dagli accordi internazionali conclusi dalla Comunità e da quelli conclusi dagli Stati membri tra loro nei settori di competenza dell'Unione.

Oltre che dal diritto comunitario propriamente detto, l'*acquis comunitario* è costituito, dunque, da tutti gli atti adottati a titolo del 2° e del 3° pilastro dell'Unione, nonché dagli obiettivi comuni fissati dai trattati. L'Unione si è posta come obiettivo di salvaguardare integralmente l'*acquis comunitario* e di svilupparlo ulteriormente e non si può in nessun caso rimetterlo in discussione. I Paesi candidati all'ingresso nella Comunità devono, come prima condizione, accettare l'*acquis* per poter aderire all'Unione europea. Nella prospettiva dell'adesione di nuovi Stati membri la Commissione ed i Paesi che s'integreranno nella UE stanno studiando le modalità più idonee per adeguare le loro legislazioni all'*acquis* che dovrà essere recepito nei rispettivi ordinamenti nazionali ed applicato a partire dalla data in cui le varie adesioni diventeranno effettive. Eventuali deroghe ad esso sono eccezionali e di portata limitata.

¹⁵⁷ Fondamentale, anche per la ricostruzione storica, SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

¹⁵⁸ La novità più importante, sotto il profilo economico, apportata dal TUE è stata l'unione economica monetaria realizzata con l'introduzione della moneta unica.

¹⁵⁹ Ai sensi dell'art. 249 TUE "il regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri". Il regolamento, quindi, produce direttamente situazioni giuridiche in capo ai cittadini europei, senza bisogno di nessuna intermediazione o trasposizione legislativa da parte degli Stati membri ed è obbligatorio, nel senso che prevale sulle norme di legge preesistenti incompatibili e determina l'invalidità di quelle successive. La direttiva, invece, "vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi". Questa per essere efficace nell'ordinamento interno necessita di un atto di ricezione rispetto al quale lo Stato gode di un margine di discrezionalità nell'allestimento delle misure per il raggiungimento dell'obiettivo proposto. La prassi normativa registra un progressivo allontanamento dallo schema previsto con l'adozione di

Il secondo ed il terzo erano costituiti rispettivamente dalla PESC, prevista dal Titolo V del Trattato, che instaurava una politica comune estesa a tutti i settori della politica estera e della sicurezza, da attuarsi attraverso *azioni comuni* e *posizioni comuni*, e dal GAI che, secondo il Titolo VI, mirava a realizzare una cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni, in particolare nella politica d'asilo, d'immigrazione, nella lotta contro la tossicodipendenza e contro le frodi su scala internazionale, la cooperazione in materia civile e penale, doganale e di polizia ai fini della prevenzione del terrorismo, del traffico di droga e altre forme di criminalità internazionale. Le norme del GAI attribuivano al Consiglio il potere di adottare, per la realizzazione di questi obiettivi, le *posizioni comuni*, che comportavano un obbligo di conformazione per gli stati membri sia sul piano interno sia internazionale, e le *azioni comuni*.

L'istituzione del terzo pilastro, in una prospettiva storica, ha rappresenta un momento di sicuro rilievo per la configurazione di un diritto penale di derivazione europea, poiché ha attribuito, per la prima volta e in una prospettiva generale, rilevanza comunitaria al fenomeno della produzione normativa in materia criminale. Significativa, in questa prospettiva, la disposizione di cui all'art. K 9, chiamata in gergo "norma passerella", che prevedeva la possibilità per il Consiglio di deliberare all'unanimità la comunitarizzazione delle materie rientranti nel settore della cooperazione.

Il trattato di Maastricht, in definitiva, ha riunito nell'unica cornice dell'Unione europea le tre Comunità (EURATEM, CECA, CEE) e le cooperazioni politiche istituzionalizzate nei settori della politica estera, della difesa, della polizia e della

direttive dettagliate, particolarmente precise in modo da eliminare qualsiasi spazio di discrezionalità. La Corte Costituzionale, facendo propri i principi elaborati dalla Corte di Giustizia, ne ha sottolineato la diretta applicabilità quando, essendo decorso il termine per il recepimento, risultino incondizionate e sufficientemente precise. Cfr. Corte Cost., sent. 8 luglio 1971, n. 168, cit., 1764 ss.. La decisione, "obbligatoria in tutti i suoi elementi per i destinatari da essa designati", è di natura individuale, cioè riferita a soggetti specifici, idonea ad attribuire direttamente diritti e obblighi per i destinatari.

giustizia, mutando altresì la denominazione di CEE in CE. Ha introdotto, inoltre, nuove politiche comunitarie, come l'istruzione e la cultura, ampliando le competenze del Parlamento europeo attraverso l'introduzione della procedura di codecisione.

Il successivo Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1 maggio 1999, apportava modifiche consistenti al TUE in tutte le sue parti.

Nel primo pilastro introduceva con l'art. 11 la c.d. cooperazione rafforzata, che consentiva soltanto ad alcuni Stati membri di intraprendere un'azione comune in settori che non fossero di competenza esclusiva della comunità. Le modifiche alla PESC erano state piuttosto marginali, mentre di sicuro interesse sono le modifiche apportate al terzo pilastro, che diventava quello della "Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale". Il cambiamento non era di natura soltanto formale, poiché stralciava le disposizioni relative alla circolazione delle persone, alla politica d'asilo, all'attraversamento delle frontiere e alla politica d'immigrazione che confluivano nel Trattato CEE, con la conseguenza rilevante della loro comunitarizzazione. Il pilastro, di conseguenza, risultava fortemente rinnovato, poiché circoscritto ad uno soltanto dei settori prima previsti con l'obiettivo di fornire ai cittadini dell'Unione un elevato livello di sicurezza in uno spazio di libertà e giustizia, adottando una politica comune nella repressione del terrorismo, della tratta di esseri umani, dei reati contro i minori, del traffico di droga e di armi, della corruzione e della frode. Gli strumenti esperibili erano le *posizioni comuni* e le *decisioni quadro* per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

L'innovazione che più ha suscitato l'interesse della dottrina penalistica è stata la riformulazione dell'art. 229 del Trattato CE che assegnava all'Unione il potere di stabilire con regolamento, nell'ambito cioè del primo pilastro, sanzioni destinate ad essere applicate dalla Corte di Giustizia a tutela di interessi finanziari dell'Unione

europea¹⁶⁰. Il riferimento alle sanzioni previsto da tale norma venne interpretato nel senso di sanzioni amministrative dalla stessa Corte di Giustizia¹⁶¹.

Sull'*acquis* comunitario è poi intervenuto il Trattato di Nizza, firmato il 26 febbraio 2001 ed entrato in vigore il 1 febbraio 2003, che ha apportato rilevanti modifiche istituzionali al sistema comunitario¹⁶², provvedendo da un lato alla semplificazione delle disposizioni relative alla PESC, dall'altro a ridefinire in modo preciso ambiti e strumenti per le azioni comuni nel settore della Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

Nel settore della cooperazione di polizia con il Trattato di Nizza si è avuto l'avvio di un'azione comune che mira a realizzare un coordinamento effettivo delle operazioni investigative, attraverso la collaborazione tra le autorità competenti degli Stati e in particolare tramite Europol. Nel campo della cooperazione giudiziaria è nata Eurojust (unità europea di cooperazione giudiziaria), organo composto di pubblici ministeri, magistrati o funzionari di polizia di pari competenza, con il compito di promuovere il coordinamento dell'azione penale tra i vari Stati e di favorire l'assistenza nelle indagini relative a casi di criminalità transnazionale. L'azione comune è diretta a facilitare l'estradizione, a prevenire conflitti di giurisdizione tra Stati membri, a fissare norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico di droga¹⁶³.

Le modifiche apportate dal Trattato di Nizza al Titolo VI del TUE consegnavano all'Europa un terzo pilastro, nel cui assetto ricadeva principalmente sul Consiglio il

¹⁶⁰ Cfr., tra gli altri, per un orientamento indiscusso FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 64.

¹⁶¹ 11 giugno 1987 n. 14/86

¹⁶² In particolare modifica la procedura relativa alla constatazione di una grave violazione, da parte di uno Stato membro, di uno o più principi fondamentali su cui si fonda l'Unione individuati dall'art. 6 TUE e le condizioni per un'eventuale sospensione di alcuni suoi diritti. Estende il voto a maggioranza in una pluralità di casi e amplia i casi di applicazione della codecisione.

¹⁶³ Cfr. art. 29 e art. 31 lett. e) del Titolo VI del TUE.

compito di realizzare la cooperazione in materia penale¹⁶⁴, il quale poteva adottare all'unanimità posizioni comuni volte a definire l'orientamento dell'Unione su specifiche questioni, decisioni quadro di armonizzazione per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli stati membri, convenzioni internazionali di cui il Consiglio raccomandava l'adozione agli Stati membri. Un ruolo incisivo veniva attribuito al Parlamento Europeo che doveva essere necessariamente consultato prima dell'adozione di tali atti e doveva rilasciare un parere entro un termine non inferiore a tre mesi¹⁶⁵. Dunque, già con il Trattato di Nizza, l'Unione europea ha manifestato chiaramente la necessità di avvalersi dello strumento penale, sebbene con le dovute garanzie della cooperazione intergovernativa, rispettosa del principio di legalità poiché destinata a concludersi con una legge di recepimento.

L'esigenza di accelerare il processo di integrazione europea, nel senso del rafforzamento della tutela e diritti dei singoli, anche oltre la dimensione economico finanziaria, ha portato all'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza, e adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione. Con essa l'Unione ha inteso, dunque, garantire un nucleo di diritti e di libertà di fondamentali a tutti i cittadini europei, prescindendo dalla strumentalità alla realizzazione del mercato comune: dignità (art. 1-5), libertà (art. 6-19), uguaglianza (art. 20-26), solidarietà (art. 27-38), cittadinanza (art. 39-46), giustizia (art. 47-50).

Con il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, si è dato un assetto nuovo e decisamente innovativo rispetto al modello delineato dal Trattato di

¹⁶⁴ Cfr. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 31

¹⁶⁵ Il rafforzamento del ruolo del Parlamento Europeo nell'ambito del terzo pilastro appare evidente, si considera che in passato esso era semplicemente consultato sui principali aspetti e il Consiglio si adoperava affinché i suoi pareri fossero tenuti in considerazione. Questa modifica viene sottolineata come un'importante inversione di tendenza in TESAURO, *Diritto Comunitario*, cit., p. 120 e STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 31.

Maastricht, superando i problemi e le incertezze che avevano caratterizzato la fallita approvazione del “Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa”, che nonostante la significativa intestazione, non si discostava molto da quelli che si sono succeduti per modificare quelli originari, ma si distingueva per l’ambizione di dare all’Europa una costituzione¹⁶⁶, fondata sul rinvigorito ruolo della cittadinanza europea, capace di ristrutturare le istituzioni, rimodellare le procedure e introdurre alcuni principi fondamentali, tra i quali quello democrazia rappresentativa e partecipativa nonché la trasparenza dei processi decisionali.

Il Trattato di Lisbona, noto anche come Trattato di riforma - ufficialmente Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea - è il trattato internazionale, firmato il 13 dicembre 2007, che ha apportato ampie modifiche al Trattato sull'Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea. Rispetto al precedente Trattato, quello di Amsterdam, esso abolisce i "pilastri", provvede al riparto di competenze tra Unione e Stati membri, e rafforza il principio democratico e la tutela dei diritti fondamentali, anche attraverso l'attribuzione alla Carta di Nizza del medesimo valore giuridico dei trattati.

Quanto alla materia penale il Trattato di Lisbona, ha introdotto nuove norme in materia penale nell’ambito del Titolo V del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, intitolato “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia”. Si tratta, in particolare, di quelle Capo I, dedicato alle disposizioni generali (artt. 67 – 76), e quelle racchiuse nel Capo IV, dedicato alla cooperazione giudiziaria in materia penale.

Si tratta di una novità particolarmente significativa che, nel codificare principi già elaborati dalla Corte di Giustizia, rappresenta il punto di massimo avanzamento delle competenze in materia penale dell’Unione europea. In particolare, l’art. 83 del

¹⁶⁶ Cfr. STROZZI, *Diritto dell’Unione europea*, cit., p. 36.

TFUE (ex TUE) stabilisce testualmente che *“Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Dette sfere di criminalità sono le seguenti: 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. In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo. 2. Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76. 3. Qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria. Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e*

se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata". L'art. 86, con una norma dalla porta ancora più dirompente, sembra attribuire una competenza quasi diretta¹⁶⁷. In forza del comma 2 che stabilisce "La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. Essa esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri" si ritiene che sia stata attribuita una competenza penale quasi diretta in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

2. La progressiva emersione delle competenze penali dell'Unione europea: tra quello "che si può dire" e quello che "non si può dire".

Il quadro dell'evoluzione istituzionale dell'Unione europea mostra chiaramente le linee di uno sviluppo che, accanto ad un progressivo allargamento dei confini geografici del continente, segna una progressiva estensione delle competenze dell'Unione che, da una prospettiva essenzialmente economica (quella tipica della "vecchia Europa" del 1957), si spinge oggi ad assumere una legittimazione essenzialmente illimitata anche in settori che esulano dalla creazione di un mercato comune.

¹⁶⁷ SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 03, pp.1146 ss.

In questo contesto l'imponente concentrazione di funzioni e di interessi economico-finanziari in capo all'Unione ha, innanzitutto, posto la necessità di un'efficace tutela penale degli interessi comunitari e, dunque, l'esigenza di fronteggiare incisivamente fenomeni patologici che superano i confini nazionali, attraverso una repressione coordinata di nuove forme di criminalità transnazionale¹⁶⁸. Ciò ha determinato una produzione normativa che presenta interferenze tali tra diritto comunitario e diritto penale, che nel linguaggio corrente si parla sovente, ma in modo del tutto improprio, di diritto penale europeo.

La dottrina mostra un certo scetticismo nel parlare di diritto penale europeo sia perché l'espressione è utilizzata per indicare un'entità indefinita che non trova la sua consacrazione in fonti di produzione formalizzate, sia per l'accostamento "rivoluzionario" tra due rami del diritto tradizionalmente considerati antitetici¹⁶⁹.

Il diritto comunitario, infatti, nasce dalla firma dei Trattati che, conformemente alle disposizioni costituzionali dei singoli Stati, comportano la rinuncia ad alcune delle prerogative sovrane e l'accettazione di un ordinamento sovranazionale che si integra con quello interno. Al contrario l'intervento punitivo, la più grave delle forme di controllo di fatti socialmente dannosi, costituisce l'espressione di una funzione tipicamente statale, espressiva di scelte di politica criminale alquanto differenziate secondo le peculiarità nazionali. In questa prospettiva, dunque, il diritto penale europeo appare come un fenomeno che, allo stato attuale dell'assetto costituzionale, presenta un'insuperabile contraddizione.

Volendo, tuttavia, ricostruire il fenomeno che l'espressione è chiamata a rappresentare, essa individua una serie di ipotesi, anche eterogenee, attraverso le

¹⁶⁸ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 61; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 66; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 61; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 973; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 116-117.

¹⁶⁹ BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, a cura di L. PICOTTI, Milano, 1999, p. 41.

quali, in via diretta o indiretta, la produzione normativa proveniente dall'Unione, e quindi le scelte politico-criminali ad essa collegate, sono in grado di stabilire nell'ordinamento interno ciò che è vietato o imposto e ciò che è lecito.

In dottrina, precisamente, il diritto penale europeo identifica: a) il problema della configurabilità di una competenza penale diretta a creare autonomamente fattispecie penali; b) il potere di imporre obblighi di incriminazione a carico degli Stati; c) le diverse forme di influenza del diritto comunitario sul diritto punitivo degli Stati membri che discendono essenzialmente dal primato del primo sul secondo¹⁷⁰; d) il sistema punitivo riguardante le sanzioni comunitarie comminate nei confronti degli Stati inadempienti o verso singoli che realizzino violazione del diritto comunitario.

Si parlava, inoltre, di diritto penale europeo, inoltre, anche per indicare la produzione giuridica scaturente dalla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, disciplinata nel Titolo VI del TUE. Sebbene la creazione di uno spazio riservato alla cooperazione in materia penale sia considerata sintomatica dell'interesse comunitario al settore¹⁷¹, la natura intergovernativa e convenzionale del terzo pilastro ha indotto parte della dottrina a considerarne la produzione normativa inidonea a costituire fonte di diritto comunitario propriamente detto¹⁷²: le norme del Titolo VI, infatti, sono sottratte ai principi informatori del diritto comunitario e vengono adottate con strumenti rimessi alla ricezione statale con atti di diritto interno.

¹⁷⁰ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 62; FIORE C.- FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 68; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 69; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 977.

¹⁷¹ Cfr. CHITI, *Verso lo spazio giudiziario europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 783 ss. il quale sottolinea le potenzialità del terzo pilastro nella creazione di un vero diritto penale europeo.

¹⁷² GRASSO G., *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1175. Nella manualistica si esprime in senso critico rispetto a questa posizione, definita "esatta sotto il profilo tecnico ma riduttiva sotto quello politico generale", CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 1998, p. 55 ss.

La dottrina ha appuntato le riflessioni principali in tema di rispetto del principio di legalità sulle norme prodotte con il metodo comunitario, cioè quelle che tradizionalmente hanno costituito le fonti del primo pilastro, adottate indipendentemente dal consenso degli Stati membri, al fine di stabilire se, ed in che misura, questi fenomeni, nel rispetto del principio costituzionale di legalità, possano dar vita ad un nucleo tecnicamente definibile di diritto penale europeo.

L'irrompere nella struttura istituzionale interna del potere normativo comunitario ha generato, in dottrina e in giurisprudenza, un ripensamento del sistema delle fonti del diritto a causa della particolare forza degli atti adottati nel contesto del primo pilastro.

La dottrina interessata a verificare l'esistenza, nei Trattati comunitari, delle basi giuridiche per la configurazione di un sistema penale europeo e, dunque, di un'autonoma potestà sanzionatoria, concorda nel chiarire il profilo metodologico: prima di valutare la coerenza di un potere punitivo nel contesto comunitario, anche se espressamente previsto, è necessario verificarne la compatibilità con il sistema costituzionale¹⁷³.

In questo senso nasce l'esigenza di verificare se il principio di legalità in materia penale, in particolare sotto il profilo della riserva di legge, sia compatibile con il conferimento di una competenza penale positiva e negativa agli organi comunitari¹⁷⁴, tenendo conto dell'art. 11 Cost., comunemente considerato come il veicolo principale per limitazioni di sovranità verso strutture sovranazionali.

¹⁷³ Anche se giungono a conclusioni differenti, è interessante cogliere come concordino nell'impostare il problema in questi termini GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 63; RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 241.

¹⁷⁴ Distinzione proposta in GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., *passim*. L'Autore parla di competenza "positiva" alludendo alla produzione diretta di norme incriminatrici o di obblighi di incriminazione, mentre definisce "negativa" la capacità delle norme comunitarie di neutralizzare il contenuto penale di norme interne.

Forti resistenze rispetto ad una soluzione positiva della questione sono poste innanzitutto da coloro che, sotto un profilo politico generale, vedono nel riconoscimento di tale potere un ulteriore motivo di erosione della sovranità statale e della centralità della legge, principi sui quali sono nati gli stati moderni¹⁷⁵.

Nel dibattito che si registra nella dottrina penalistica emerge un orientamento caratterizzato da un atteggiamento sostanzialmente critico verso il riconoscimento di una competenza penale comunitaria, nell'ambito del quale, tuttavia, si assumono posizioni di tenore diverso.

2.1. Il principio di legalità come limite assoluto.

Una dottrina isolata, preoccupata di arginare il processo storico che è sfociato nelle norme in materia penale introdotte dal Trattato di Lisbona, ha negato la configurabilità, alla radice, di una competenza penale dell'Unione in tutte le sue possibili forme di manifestazione¹⁷⁶.

Questa posizione muove dalla considerazione che le esigenze di configurazione di una potestà sanzionatoria sovranazionale, finché non si giunga ad una fase di effettiva unione politica europea, non si conciliano con i principi cardine della nostra Costituzione.

Si argomenta in questo senso rilevando l'assenza di testuali disposizioni costituzionali capaci di autorizzare il trasferimento di tali prerogative alle istituzioni europee, costituente un'ulteriore rinuncia alla sovranità nazionale, che dovrebbe trovare un'esplicita ed univoca espressione in Costituzione¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Su questo punto vedasi FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi*, in *Crisi e metamorfosi della sovranità*, a cura di M. BASCIU, Milano, 1996, p. 63 ss.

¹⁷⁶ PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, p. 147 ss.

¹⁷⁷ PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, cit., p. 150.

In quest'ottica, la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno trova un limite invalicabile rappresentato dal rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona¹⁷⁸, dunque ritenere configurabile una potestà punitiva comunitaria contrasterebbe sia con il principio di legalità in materia penale, sancito dall'art. 25 co. 2 Cost., sia con il diritto inviolabile della libertà personale previsto dall'art. 13 Cost.¹⁷⁹ (che trova nello stesso articolo 25 Cost. la garanzia di effettività), entrambi pacificamente considerati principi fondamentali dell'ordinamento.

Ulteriore limite invalicabile è riscontrato nel *deficit* democratico comunitario, dovuto alla titolarità del potere legislativo da parte del Consiglio dei Ministri delle Comunità europee, organo privo di una legittimazione democratica diretta. Esso, infatti, è costituito dai rappresentanti dei Governi nazionali, nominati dai rispettivi Parlamenti, riuniti a livello europeo. Il Parlamento europeo, invece, unico organo democraticamente eletto, nonostante la tendenza ad un progressivo ampliamento dei suoi poteri, rappresenta ancora un elemento marginale nel sistema dei poteri comunitari¹⁸⁰.

Queste argomentazioni inducono tale dottrina a considerare inaccettabile l'attribuzione di una competenza penale alla Comunità, poiché violerebbe il principio di legalità, in particolare la riserva di legge intesa come istituto giuridico di garanzia della democrazia penale: secondo questa prospettiva, dunque, non sono concepibili né regolamenti comunitari in materia penale, né direttive.

¹⁷⁸ Questi limiti sono stati elaborati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, preoccupata dalla mancanza, nel sistema comunitario, di un catalogo scritto di diritti inviolabili, per preservare le peculiarità di alcuni principi fondamentali del nostro ordinamento. Cfr. Corte cost., sent. n. 183 del 1973, in *Giur. cost.*, 1973, 2401; Corte cost., sent. n. 168 del 1991, cit., 1409 ss., spec. 1414

¹⁷⁹ PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, cit., p. 150.

¹⁸⁰ Cfr. TESAURO, *Diritto Comunitario*, cit., p. 25 ss.; STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 89 ss. Su una posizione diversa GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione Europea*, cit., p. 67 ss. che sottolinea come il Parlamento europeo, alla luce delle modifiche apportate dal Trattato di Nizza e nella prospettiva del Trattato che adotta una Costituzione europea, stia acquistando una notevole incidenza in termini giuridici.

Al di là dell'insuperabile ostacolo rappresentato dal rispetto del principio di legalità, una competenza penale della Comunità europea troverebbe inoltre, la barriera della disomogeneità sociale, politica ed economica dei Paesi membri. Si rileva, infatti, che una risposta punitiva comune rispetto all'aggressione di beni che trovano nella coscienza sociale dei singoli Stati diverse valutazioni di dannosità sociale risulterebbe ingiustificata e foriera di ulteriori disuguaglianze¹⁸¹.

Rispetto all'armonizzazione e al coordinamento dei sistemi penali degli Stati membri, ritenuti ammissibili dalla dottrina dominante¹⁸², tale dottrina sostiene che è infondato desumere dalle norme dei Trattati che prevedono specifici poteri comunitari di azione e l'adozione di direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri (art. 94 e 95), un potere di incidere in tal senso sulla normativa penale, poiché il potere di ravvicinamento della legislazione degli Stati membri è considerato qualcosa di diverso dall'armonizzazione della legislazione penale; così come l'obbligo degli Stati membri di sanzionare in maniera adeguata le infrazioni alle norme comunitarie è considerato giuridicamente distinto da un obbligo di penalizzazione¹⁸³.

In definitiva, questa dottrina esclude ulteriormente la possibilità di configurare obblighi comunitari di tutela penale, sia l'armonizzazione delle sanzioni apprestate dai legislatori nazionali. In questo senso è considerato, dunque, illegittimo un intervento degli organi della Comunità nell'individuazione dei comportamenti da sottoporre a sanzione penale, nella scelta dei modelli di incriminazione, nella scelta

¹⁸¹ PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, cit., p. 151.

¹⁸² Le esigenze di armonizzazione e coordinamento deriverebbero dalla constatazione di disparità di trattamento esistenti tra i sistemi penali degli Stati membri: stessi comportamenti repressi con sanzioni diverse; profonde diversità di tecniche di formulazione delle fattispecie criminose, di tecniche di tutela, di entità della risposta sanzionatoria. Questo comporterebbe la necessità di una risposta punitiva uniforme per assicurare un corretto funzionamento della Comunità e per evitare distorsione nel regime di concorrenza tra le imprese dei diversi Stati operanti nello stesso settore e di conseguenza la legittimità dell'imposizione di vincoli all'apprezzamento discrezionale degli Stati rispetto allo strumento punitivo. Cfr. GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., pp. 256, 257.

¹⁸³ PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, cit., p. 152.

del tipo e dell'entità della sanzione penale per beni giuridici considerati rilevanti, poiché in questi casi sarebbe violato il principio fondamentale di legalità, che presuppone completa libertà di scelta del Parlamento nazionale ove si incida direttamente o indirettamente sulla libertà personale.¹⁸⁴

In definitiva, secondo questa ricostruzione, non solo non è compatibile con la Costituzione una funzione incriminatrice dei i regolamenti, ma neppure, contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina dominante¹⁸⁵, delle direttive di armonizzazione, poiché queste, anche se recepite con legge statale, passerebbero solo formalmente attraverso il Parlamento nazionale, privando il legislatore di qualsiasi discrezionalità in una materia sottoposta per principio costituzionale al suo apprezzamento. Il deficit democratico permarrebbe passando attraverso il deficit valutativo del Parlamento nazionale.¹⁸⁶

2.2. Il principio di legalità come limite tendenzialmente assoluto.

La dottrina unanime interpreta i Trattati escludendo, da un lato, una competenza penale comunitaria diretta, considerando l'Unione europea non legittimata ad emanare norme incriminatrici direttamente applicabili dalle autorità giurisdizionali europee o degli Stati membri, dall'altro riconoscendo in capo ad essa una competenza penale mediata, che legittima l'Unione ad obbligare gli Stati membri ad introdurre o modificare, con una legge interna, norme penali a tutela di

¹⁸⁴ PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, cit., p. 154.

¹⁸⁵ Secondo la concezione prevalente in questi casi il principio della riserva di legge non sarebbe intaccato, perchè le disposizioni comunitarie necessitano di essere tradotte nell'ordinamento interno di ogni Stato membro, attraverso disposizioni nazionali recettive delle previsioni incriminatrici contenute nella normativa sovranazionale. Cfr. GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 193.

¹⁸⁶ PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, loc. cit.

beni comunitari ovvero finalizzate al ravvicinamento delle scelte punitive che influiscono sul funzionamento della Comunità¹⁸⁷.

Questo limitato riconoscimento sembrava aver trovato ulteriore conferma nelle modifiche apportate al sistema comunitario dal Trattato di Amsterdam, che ha posto tra gli obiettivi delle istituzioni comunitarie la creazione di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia. E' stato osservato che questa innovazione rappresenta il momento conclusivo di una decennale evoluzione degli scopi dell'Unione europea, che, da una fase iniziale in cui aveva come unico obiettivo la creazione di un'unione doganale, giunge alla prospettazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui, ai sensi del nuovo art. 2 del TUE, sia assicurata la libera circolazione delle persone, insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima. In questa prospettiva il Trattato di Amsterdam ha contribuito al superamento dell'impostazione classica, esplicitata dalla Commissione nell'ottava relazione generale sull'attività delle Comunità¹⁸⁸: "Il diritto penale in quanto tale non rientra nelle Competenze della Comunità ma in quelle di ciascuno Stato membro"¹⁸⁹. Al contrario, in base all'attuale assetto, nonostante la mancanza di una competenza diretta, l'impiego di strumenti penalistici

¹⁸⁷ Nella manualistica concordano nell'escludere la possibilità che la norma comunitaria possa essere fonte diretta di norme incriminatrici e nel ritenere ammissibile la tutela penale di esigenze di natura comunitaria attraverso la legge ordinaria, in osservanza di obblighi sanciti a livello europeo FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 68; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 62; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 973; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 120; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, Padova, 1999, 171; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 1998, p. 41 ss; RIZ, *Lineamenti di diritto penale, parte generale*, cit., p. 18. Su posizioni simili GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 86. Cfr. GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 63 ss; SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, voce in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 91 ss; TIEDEMANN K., *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 20-21.

Recentemente SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 14.

¹⁸⁸ *Ottava relazione generale sull'attività delle Comunità europee nel 1974*, Bruxelles-Lussemburgo, 1975, 145, § 90.

¹⁸⁹ Cfr. GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 1; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 15.

è considerato indispensabile per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea¹⁹⁰.

Secondo la dottrina tradizionalmente un sistema penale comunitario non è configurabile per l'assenza di un'esplicita base giuridica nel diritto primario, e per il *deficit democratico* che investe le istituzioni comunitarie. Sotto il primo profilo è stato osservato che l'attribuzione di una competenza penale all'Unione comporta una limitazione estremamente significativa della sovranità nazionale, per cui sarebbe stata necessaria un'esplicita previsione; riferimento espresso che si ritiene necessario anche nella diversa ottica della costruzione comunitaria fondata sul principio delle 'competenze di attribuzione', che configura l'Unione come una struttura a competenze specifiche, esplicitamente attribuite, tale da lasciare in capo agli Stati la competenza generale su tutti i settori non espressamente attribuiti¹⁹¹.

Sotto il secondo profilo, un'eventuale attività normativa del Consiglio in materia penale attraverso l'adozione di regolamenti con previsioni incriminatrici (si assume come termini di riferimento il regolamento poiché si tratta dello strumento normativo comunitario che presenta una tendenziale sovrapposibilità formale con la legge ordinaria) è considerata lesiva della riserva di legge che conferisce al legislatore il monopolio della produzione del diritto penale, poiché non è dato rilevare nel sistema comunitario procedure capaci di garantire la derivazione democratica dell'intervento punitivo, profilo politico fondamentale della riserva¹⁹².

Si ritiene, poi, che si potrebbe affermare la fungibilità giuridica e politica tra regolamento e legge statale, capace di soddisfare le esigenze democratiche della riserva, soltanto qualora i regolamenti fossero adottati dal Parlamento europeo,

¹⁹⁰ GRASSO, *Il Corpus Iuris e le prospettive di un diritto penale europeo*, in AA.VV., *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2004, p. 320.

¹⁹¹ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 16.

¹⁹² Così CARLASSARE, voce *Riserva di legge*, cit., p. 7; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 61 ss.

organo dotato di reale rappresentatività popolare¹⁹³. In questo senso è stato sottolineato che in un sistema democratico solo i rappresentanti del popolo possono decidere legittimamente in relazione alla limitazione dei diritti fondamentali dell'individuo, che vengono normalmente in questione nei rapporti di diritto penale. Solo a queste condizioni, infatti, è possibile chiamare a responsabilità politica, quindi pubblica, gli autori delle opzioni politico-criminali adottate in sede parlamentare¹⁹⁴. Inoltre è stato evidenziato che l'art. 6 TUE, quando dispone che "L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri", impone il rispetto del principio di legalità nella pienezza delle sue accezioni¹⁹⁵.

La dottrina conduce le proprie argomentazioni, nel senso dell'esclusione di una cessione di sovranità in materia penale, utilizzando come parametro costituzionale di valutazione l'art. 11 Cost., norma che autorizza la partecipazione dell'Italia alla creazione di organizzazioni internazionali dotate di funzioni normative, amministrative e giudiziarie direttamente efficaci nel nostro ordinamento, evidenziando in che rapporti essa si pone con gli altri principi costituzionali, in particolare con il principio di legalità¹⁹⁶.

In quest'ottica si afferma, innanzitutto, che tale norma non svolge una funzione di mera autorizzazione alla partecipazione, ma consente di riconoscere agli

¹⁹³ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 975; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 64; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., p. 180; RIZ, *Lineamenti di diritto penale, parte generale*, cit., p. 19; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 64; MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, in AA.VV., *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, cit., p. 45.

¹⁹⁴ MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, cit., 46.

¹⁹⁵ MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, loc. cit.

¹⁹⁶ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 64.

atti adottati dagli organi costituiti un particolare effetto di penetrazione nell'ordinamento interno. Chiarito questo aspetto, si sottolinea che la creazione di un organismo internazionale attraverso l'art. 11 Cost. non è espressione di un potere costituente, rispetto al quale il legislatore è svincolato dal rispetto degli altri precetti costituzionali; al contrario nel dare attuazione alle limitazioni di sovranità, è sottoposto all'osservanza sia dei limiti previsti dallo stesso articolo, sia di quelli derivanti dalle scelte fondamentali caratterizzanti il sistema costituzionale¹⁹⁷. In caso contrario, la norma potrebbe rappresentare uno strumento, posto nelle mani del legislatore ordinario, per sovvertire il sistema costituzionale e vanificare, aggirandola, la rigidità della Costituzione ed il sistema particolarmente complesso di revisione che ne rafforza la stabilità¹⁹⁸. Secondo questa dottrina, dunque, il Parlamento deve garantire che la restrizione delle prerogative statuali avvenga nel rispetto delle scelte di valore fondamentali. L'istituzione sovranazionale cui si attribuisce il potere di incidere autoritativamente sui soggetti, di conseguenza, non può avere a fondamento principi di garanzia inferiori rispetto a quelli previsti dalla nostra Carta fondamentale, per cui l'art. 11 Cost. non consentirebbe la partecipazione ad un'organizzazione idonea all'abbassamento del livello di tutela¹⁹⁹. Il nostro sistema costituzionale, dunque, che configura lo strumento penale, l'intervento statale più invasivo della libertà personale, con una serie di limiti e garanzie rientranti nella categoria dei diritti fondamentali, può autorizzare cessioni di sovranità, soltanto quando la struttura fondamentale dell'organizzazione alla quale partecipi il nostro Paese contempra espressamente tali diritti. Per la materia penale

¹⁹⁷ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 66.

¹⁹⁸ VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., p. 180. Cfr. GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 67 che riporta le argomentazioni della dottrina costituzionalistica tradizionale (BARILE, MORTATI, SORRENTINO) sui limiti alle cessioni di sovranità necessarie per la costituzione di organismi sovranazionali e, dunque, sui requisiti giuridici della legge di esecuzione dei trattati istitutivi.

¹⁹⁹ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 69.

occorre, specificamente, che in esso trovi applicazione il principio del “*nullum crimen sine lege*”²⁰⁰. Dunque, non è ipotizzabile una cessione di sovranità penale all’ordinamento comunitario attraverso la strada dell’art. Cost. 11, poiché tale ordinamento è privo di meccanismi idonei a garantire il diritto alla natura democratica del diritto penale sancito dall’art. 25 co. 2 Cost. In effetti, dopo che la Corte di giustizia dell’Unione europea ha sviluppato una giurisprudenza secondo la quale i diritti fondamentali riconosciuti dalle tradizioni e dalle Costituzioni dei singoli Stati membri fanno parte dello stesso diritto comunitario, l’osservanza del principio di legalità sembra porsi come inderogabile anche all’interno dello stesso ordinamento comunitario.²⁰¹

Su queste premesse, gli studiosi che aderiscono a tale orientamento, hanno affrontato il problema posto dall’art. 229 del TCE e dall’art. 280 del TCE, in seguito alle modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam. Il dibattito suscitato da tali norme costituisce tassello significativo nella ricostruzione dei termini del problema della competenza penale dell’Unione europea.

Il riferimento generico alle sanzioni contenuto nell’art. 229 Trattato CE, oggi 261 TFUE²⁰², che possono essere introdotte con regolamento ed applicate dalla Corte di Giustizia, mancando ogni riferimento alla sanzione penale, è stato pacificamente interpretato nel senso che il regolamento può prevedere sanzioni amministrative a tutela degli interessi comunitari, che possono avere carattere patrimoniale o interdittivo²⁰³. Si è, inoltre, osservato che l’art. 229 TCE non può essere interpretato come la norma capace di legittimare l’emanazione, da parte del Consiglio, di regolamenti in materia penale. Difatti, l’attribuzione agli organi dell’Unione del

²⁰⁰ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 78.

²⁰¹ PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 121.

²⁰² Tale norma dispone che i regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio in virtù delle disposizioni del presente Trattato possono attribuire alla Corte di Giustizia una competenza giurisdizionale di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi.

²⁰³ Per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p- 64.

potere di emanare norme penali, in assenza di una modifica sostanziale dei processi decisionali comunitari, contrasterebbe con il principio costituzionale della riserva di legge, poiché l'attuale assetto non è in grado di garantire la legittimazione democratica dell'organo preposto alla normazione penale richiesta dal principio di legalità²⁰⁴.

La questione relativa al riconoscimento in capo all'Unione di un autonomo potere sanzionatorio era stata posta, in termini analoghi ma più pregnanti, dall'art. 280 del TCE, oggi art. 325 TFUE, che al comma 4 prevede la facoltà per il Consiglio di adottare le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro le frodi e le attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire ad una protezione efficace ed omogenea in tutti gli Stati membri.

In particolare, si era ritenuto che il riferimento alle misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro le frodi e le attività illegali che ledono gli interessi finanziari della comunità potesse fondare il riconoscimento di una competenza penale diretta in tale materia. La dottrina ha, tuttavia, prontamente rilevato come dati ostativi al riconoscimento di una competenza penale, da un lato, l'espressione contenuta nella norma secondo cui "tali misure non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri", dall'altro la genericità della previsione inidonea a superare il tradizionale limiti della riserva di legge e della democraticità dell'intervento penale²⁰⁵. Queste obiezioni relative al *deficit democratico*, ostacolo che impedisce la ricostruzione di una competenza penale diretta dell'Unione, invero, sono state rivisitate alla luce delle modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam all'assetto

²⁰⁴ Cfr. BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in Aa.Vv., *Prospettive per un diritto penale europeo*, 1968, p. 217; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984; SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, cit., p. 104.

²⁰⁵ DE VERO, *Il Corpus Iuris e le prospettive del sistema repressivo comunitario*, in GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea fra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*

istituzionale. Da questo punto di vista è stato osservato che tali argomentazioni critiche, certamente valide rispetto all'assetto originario dell'ordinamento europeo, perderebbero progressivamente di significato grazie al lento processo di democratizzazione delle istanze decisionali comunitarie. In questo senso la procedura di codecisione, disciplinata dall'art. 251 T.CE, oggi 294 TFUE, sembrerebbe capace di garantire una pariordinazione del Parlamento europeo al Consiglio, che assicurerebbe il rispetto del principio di legalità.²⁰⁶ Soddisfatta questa condizione a livello comunitario, si ritiene di conseguenza escluso ogni profilo di contrasto con l'art. 11 Cost., norma che condiziona le limitazioni di sovranità al rispetto delle scelte fondamentali di sistema, dunque, in materia penale all'osservanza dei corollari fondamentali della legalità, in particolare, della riserva di legge.

Quanto alla competenza penale indiretta, intesa come possibilità di imporre vincoli alle scelte sanzionatorie degli Stati membri, la dottrina dominante ritiene configurabile il potere di emanare atti di diritto derivato contenenti obblighi di incriminazione²⁰⁷. L'assenza nei Trattati di una puntuale regolamentazione di una competenza penale delle istituzioni europee sembra, appunto, sancire la regola di una tutela essenzialmente mediata degli interessi comunitari, da realizzare tramite l'intervento dell'apparato sanzionatorio degli Stati membri²⁰⁸. L'adesione alla costruzione comunitaria comporta, secondo questa teoria, l'obbligo degli Stati di improntare il sistema giuridico, quindi eventualmente il sistema penale, al servizio delle esigenze di tutela degli interessi sovranazionali in virtù del principio di 'fedeltà

²⁰⁶ GRASSO, *Il Corpus Iuris e le prospettive di un diritto penale europeo*, cit., p. 342.

²⁰⁷ Questa posizione è sostenuta prendendo spunto dalla *Relazione sulle correlazioni tra il diritto comunitario e il diritto penale*, approvata dal Parlamento europeo il 10 Febbraio 1977, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, C. 57, 7 Marzo 1977, 55-56 nella quale si invita "la Commissione a prendere in considerazione il ricorso all'art. 94 TUE al fine di armonizzare le disposizioni esistenti delle legislazioni nazionali che contengono sanzioni nei casi di infrazione di leggi comunitarie ed avviare studi e consultazioni con gli Stati membri per verificare la praticabilità di tale ricorso".

²⁰⁸ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 23; MANACORDA, *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *Studium Iuris*, 1996, 945 ss,

comunitaria' sancito dall'art. 10 T.CE che dispone: "*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*". Questa disposizione, sulla scia delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria, è stata interpretata come autonoma fonte di un generale obbligo di risultato, rispetto al quale sarebbe esperibile il controllo della Corte di giustizia, chiamata a verificare, quindi, la concreta adeguatezza delle scelte operate dal legislatore nel singolo caso, qualora fosse chiamato davanti alla giurisdizione mediante una procedura di inadempimento ai sensi dell'art. 258 T.CE²⁰⁹. Secondo questo assunto, il carattere generale di tale obbligo comporta che, quando una tutela di carattere civile o amministrativo non risulti sufficiente, vi sia un obbligo di introdurre fattispecie penali a tutela degli interessi comunitari²¹⁰. Il fondamento normativo di tale potere è stato, inoltre, ravvisato nell'art. 115 del T.CE che prevede l'adozione di "direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune" e nell'art. 95 T.CE che consente l'adozione di direttive di armonizzazione ove risulti che "una disparità esistente nelle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri falsa le condizioni di concorrenza sul mercato comune e provoca per tale motivo una distorsione che deve essere eliminata". Per la dottrina dominante, di conseguenza, la tutela penale degli interessi comunitari può essere apprestata solo in via indiretta, attraverso norme

²⁰⁹ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 25.

²¹⁰ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 26.

emanate da ciascuno Stato attraverso la legge approvata dalle assemblee parlamentari, in osservanza di obblighi derivanti dai Trattati istitutivi delle Comunità, da Convenzioni internazionali o da atti secondari di diritto derivato²¹¹. Questo per l'ampia discrezionalità dei Parlamenti nazionali circa l'attuazione degli impegni assunti in sede comunitaria che, in caso di inadempimento, possono comportare soltanto una procedura di infrazione verso lo Stato, senza che il vuoto di tutela possa essere colmato dalla normativa nazionale²¹². Secondo questa concezione, dunque, qualora si volesse predisporre un'iniziativa volta all'armonizzazione o al coordinamento delle previsioni sanzionatorie nazionali, lo strumento più appropriato non potrebbe essere che la direttiva, poiché essa necessita per sua natura di un intervento di ricezione da parte del legislatore²¹³. Parte della dottrina, che pure si iscrive in questo filone, sottolinea le perplessità che può sollevare l'attuale sistema di recepimento attraverso la legge comunitaria²¹⁴. Questa annualmente concede delega al Governo per attuare nell'ordinamento interno le direttive comunitarie dell'anno precedente, stabilendo i criteri orientativi per l'attuazione. Si tratta, dunque, di una delega necessariamente generale, perché relativa ad una grande quantità di direttive spesso eterogenee per materia, contenente criteri generici che dovrebbero orientare il Governo sull'*an* e sul *quomodo* del ricorso alla sanzione criminale. Queste caratteristiche strutturali della delegazione sono considerate lesive dello spirito della riserva di legge in materia penale²¹⁵. Si rileva, tuttavia, che anche un regolamento potrebbe prevedere obblighi di criminalizzazione: in questi casi, infatti, avrebbe una sostanziale natura di direttiva, poiché questi atti non chiedono di

²¹¹ Cfr. FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 68; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 62; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 973.

²¹² Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 65; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 976; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 193.

²¹³ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 197.

²¹⁴ PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 119.

²¹⁵ PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 120.

essere direttamente ed immediatamente applicati negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, ma si limitano ad obbligare questi all'emanazione di atti normativi necessari per la loro traduzione nell'ordinamento interno; non si esclude, inoltre, che le prescrizioni normative contenute in un regolamento possano costituire dei meri criteri direttivi da recepire successivamente mediante atti di diritto interno²¹⁶.

Secondo quest'impostazione gli obblighi comunitari imposti al legislatore nazionale possono essere adempiuti attraverso la tecnica dell'*assimilazione*²¹⁷ degli interessi comunitari a quelli statuali, cioè predisponendo per i primi la medesima tutela penale prevista per i secondi. Questo si realizza attraverso l'estensione, ad opera della norma comunitaria, delle norme penali nazionali tutelanti determinati interessi interni alla tutela dei corrispondenti interessi comunitari. L'incriminazione, in questi casi, non avviene mediante l'introduzione formale di una nuova norma, ma con l'estensione della portata della norma interna, la cui struttura resta quella originaria, agli interessi europei per volontà diretta della stessa disposizione comunitaria. Questo particolare effetto espansivo comporta un chiaro contrasto con il principio di legalità. La tecnica dell'assimilazione può consistere, inoltre, nell'introduzione di fattispecie nuove simili a quelle previste per la tutela degli interessi nazionali come è accaduto per l' art. 316 bis c.p. che ha esteso la penalizzazione dell'omessa destinazione alle finalità cui sono destinati contributi, sovvenzioni o finanziamenti ottenuti da enti pubblici italiani ai casi in cui tali agevolazioni sono erogate dalla Comunità europea e per l'art. 640 bis che punisce la ricezione fraudolenta di erogazioni di qualsiasi tipo provenienti sia dallo Stato sia dalle istituzioni comunitarie. Le clausole di assimilazione costruite secondo tale

²¹⁶ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 198.

²¹⁷ Cfr. FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 68; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 66; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 976; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 123; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., p. 171; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 59.

tecnica, cioè quelle che impongono l'allestimento di una autonoma norma interna incriminatrice, non sembrano porre particolari problemi di legittimità, diversi da quelli che riguardano in generale gli obblighi comunitari di incriminazione, perché, in questo caso, è sempre la mediazione della legge interna ad introdurre la fattispecie di reato.

L'assimilazione può consistere, inoltre, nell'introduzione di fattispecie nuove simili a quelle previste per la tutela degli interessi nazionali, come è accaduto per l'art. 316 bis c.p. che ha esteso la penalizzazione dell'omessa destinazione alle finalità cui sono destinati contributi, sovvenzioni o finanziamenti ottenuti da enti pubblici italiani ai casi in cui tali agevolazioni sono erogate dalla Comunità europea e per l'art. 640 bis c.p. che punisce la ricezione fraudolenta di erogazioni di qualsiasi tipo provenienti sia dallo Stato sia dalle istituzioni comunitarie. Le clausole di assimilazione costruite secondo tale tecnica, cioè quelle che impongono la creazione di una autonoma norma interna incriminatrice, non sembrano porre particolari problemi di legittimità, diversi da quelli che riguardano in generale gli obblighi comunitari di incriminazione, perché, in questo caso, è sempre la mediazione della legge interna ad introdurre la fattispecie di reato.

Norme comunitarie che prevedono l'assimilazione di interessi comunitari a quelli nazionali sono contenute sia nei Trattati istitutivi o in protocolli allegati, sia in atti di diritto derivato. Il primo caso ricorre con l'art. 194 co. 1²¹⁸ del Trattato

²¹⁸ In base a tale norma "I membri delle Istituzioni della Comunità, i membri dei Comitati, i funzionari ed agenti della Comunità, come pure qualsiasi altra persona destinata, per le sue funzioni o per i suoi rapporti pubblici o privati con le Istituzioni o impianti della Comunità ovvero con le imprese comuni, ad avere direttamente o indirettamente comunicazione di fatti, informazioni, cognizioni, documenti od oggetti protetti dal segreto in virtù delle disposizioni stabilite da uno Stato membro o da una Istituzione della Comunità, sono tenuti anche dopo la cessazione di tale funzione o l'estensione di tali rapporti, ad osservare il segreto nei confronti di qualsiasi altra persona non autorizzata e del pubblico. Ogni Stato membro considera tutte le violazioni di tale obbligo come un attentato ai suoi segreti protetti che, sia per il merito che per la competenza, sono soggetti alle disposizioni della sua legislazione applicabile in materia di attentato alla sicurezza dello Stato ovvero di divulgazione del

EURATOM che tutela il segreto atomico da parte dei funzionari addetti, e con l'art. 27 del Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia C.E. e con l'art. 28 del Protocollo sulla Corte di giustizia EURATOM,²¹⁹ che con un'identica formulazione prevedono norme penali contro i falsi giuramenti dei testimoni e dei periti. Questo strumento è stato predisposto, inoltre, in materia di frodi comunitarie ai sensi dell'art. 280 par. 2 del T.CE che recita: "Gli Stati membri adottano per combattere le frodi che ledono gli interessi finanziari della Comunità le stesse misure che adottano per combattere le frodi che ledono i loro interessi finanziari". Le norme dei Trattati e dei protocolli che prevedono l'assimilazione sono considerate dalla dottrina dominante compatibili con la riserva di legge, perché assumono rilevanza nel nostro ordinamento interno attraverso un meccanismo di ricezione (ratifica e ordine di esecuzione) attivato da una legge formale, che fa propria con l'intero trattato anche l'assimilazione da esso operata²²⁰.

L'assimilazione dei beni comunitari ad analoghi beni nazionali, però, può essere disposta anche da regolamenti capaci di produrre effetti diretti sull'assetto normativo nazionale²²¹. Questo effetto è considerato illegittimo dalla dottrina

segreto professionale. Esso procede contro ogni autore di una violazione del genere sottoposto alla sua giurisdizione, su istanza di qualsiasi stato membro interessato, o della Commissione".

²¹⁹ Per garantire la correttezza delle attività testimoniali e peritali svolte davanti alla Corte di Giustizia, le norme in questione prevedono che il falso giuramento di periti e testimoni reso nell'ambito di tali attività sia punito dai singoli Stati membri in forza delle disposizioni nazionali applicabili nei casi di falsa testimonianza e falsa perizia dinanzi all'autorità giudiziaria interna.

²²⁰ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 66; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 976; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., p. 175; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 133; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 120. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, p. 171; In dottrina si è, inoltre, sottolineato che, ammessa la prevalenza dell'art. 11 Cost. sull'art. 25 Cost., nelle speciali materie di competenza comunitaria possono comunque trovare applicazione nel nostro ordinamento le clausole di assimilazione, ancorché contenute in trattati non ratificati con legge, poiché la norma direttamente applicabile è sempre quella italiana richiamata. Cfr. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, p. 60.

²²¹ Vedasi l'art. 10 co. 4 del reg. 1681/94 Commissione e l'art. 10 co. 4 del reg. 1831/94 relativi alle irregolarità e al recupero delle somme indebitamente pagate nell'ambito del finanziamento delle politiche strutturali, nonché all'organizzazione di un sistema d'informazione nel settore. Tali norme stabiliscono che "le informazioni comunicate o acquisite a norma del presente regolamento, in qualsiasi forma si presentino, sono coperte dal segreto d'ufficio e beneficiano della protezione

dominante per lesione della riserva di legge, poiché l'espansione della norma nazionale ad una fattispecie ulteriore avviene per mezzo di una fonte priva della necessaria legittimazione democratica, alla quale, in definitiva, sarebbe rimesso il compito di individuare un'ipotesi criminosa originariamente non prevista dall'ordinamento italiano. Il regolamento, dunque, intaccherebbe il monopolio normativo penale riservato al legislatore²²²: i punti di frizione con la riserva di legge, di conseguenza, imporrebbero un'interpretazione volta ad escludere la natura *self-executing* di tali disposizioni, da considerare come norme recanti un obbligo di assimilazione rivolto esclusivamente al legislatore nazionale²²³. Sebbene questa conclusione sembri conciliarsi particolarmente con le esigenze dell'ordinamento interno, essa è stata criticata poiché comporterebbe frizioni con l'ordinamento comunitario per l'esclusione di ogni possibile intervento interpretativo della Corte di Giustizia²²⁴. Non deve essere trascurata, inoltre, la posizione di chi, pur rilevando problemi di compatibilità con altri profili del principio di legalità, sostiene che l'originaria ratifica degli Stati membri comporti non soltanto l'adesione ai Trattati istitutivi, ma si estenda anche ai meccanismi di produzione giuridica previsti e, dunque, alle norme di diritto derivato: per questa strada, dunque, si afferma la legittimità dell'assimilazione mediante regolamento²²⁵.

Le disposizioni di fonte comunitaria che provvedono alla diretta estensione dell'area di applicazione di fattispecie nazionali, destinate, dunque, ad operare direttamente negli ordinamenti penali degli Stati membri, potrebbero presentare altri

concessa ad informazioni analoghe dalla legislazione nazionale dello Stato membro che le ha ricevute e dalle omologhe disposizioni relative alle istituzioni comunitarie”.

²²² PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 120; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., p. 175; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 133 ss. Cfr. BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, cit., p. 88.

²²³ PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 124.

²²⁴ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 197.

²²⁵ MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, 62.

punti di frizione con il principio di legalità. In particolare, è stato rilevato che le norme comunitarie che estendono l'ambito di applicazione di fattispecie penali possono risultare lesive del principio di determinatezza-tassatività²²⁶, corollario fondamentale del principio di legalità, inteso anche nel senso della riconoscibilità o accessibilità delle fonti penali²²⁷. Si osserva che le fattispecie penali oggetto di estensione diretta ad opera di norme comunitarie risulterebbero indeterminate per la difficile coesistenza tra gli elementi originari di derivazione nazionale e quelli di matrice comunitaria atti ad estendere la norma incriminatrice. Si rilevano, inoltre, particolari problemi di conoscibilità dell'illecito: per riconoscere gli effetti estensivi dell'assimilazione è necessario conoscere l'esistenza della norma comunitaria, che non è indicata dalla fattispecie penale interna.

Sebbene riconosca una carenza fisiologica di determinatezza del precetto che nasce dall'innesto della clausola di assimilazione comunitaria sulla norma interna e il carattere estremamente incisivo sul diritto penale di tale soluzione, la dottrina dominante ritiene che questa tecnica, nei suoi caratteri generali, non violi il principio di determinatezza-tassatività. Tensioni con tale principio costituzionale si verificherebbero perché, nelle ipotesi in cui tale meccanismo è impiegato, manca una preliminare opera di individuazione delle fattispecie penali interessate dall'assimilazione e l'indicazione di ipotesi delittuose specifiche, configurando attraverso un generico riferimento alle norme nazionali vigenti nel settore una vera e propria assimilazione "al buio"²²⁸.

Contro la tecnica dell'assimilazione, inoltre, sono stati sottolineati una serie di inconvenienti tecnici: è stata rilevato che essa può generare la predisposizione di una

²²⁶ Cfr. PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 124; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 976.

²²⁷ BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, cit., p. 85, nt. 128 sottolinea la rilevanza "costituzionale" che il principio assume nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

²²⁸ Cfr. GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 136; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 198.

tutela fortemente differenziata da Stato a Stato, che, nel settore dell'economia, può distorcere la concorrenza e creare i c.d. "paradisi penali" e può favorire il cd. "forum shopping", cioè la redistribuzione dei flussi criminali sul territorio comunitario per sfruttare i punti deboli del sistema repressivo europeo²²⁹.

Secondo questo orientamento, inoltre, una limitata competenza penale della Comunità europea potrebbe trovare spazio attraverso la tecnica della *armonizzazione*²³⁰ dei sistemi penali nazionali, cioè attraverso un'opera di ravvicinamento mediante l'emanazione da parte dei singoli Stati di norme penali tendenzialmente omogenee per contenuto e trattamento sanzionatorio, volte a reprimere le aggressioni agli interessi comunitari. Le fonti degli obblighi di armonizzazione possono essere direttive comunitarie²³¹, secondo alcuni i regolamenti²³², oppure convenzioni stipulate tra gli Stati membri²³³. Di questa tecnica vengono sottolineati diversi inconvenienti, derivanti dalla diversità delle scelte di politica sanzionatoria degli Stati membri e dall'impossibilità di effettuare una precisa equivalenza tra le pene previste dai diversi sistemi giuridici eterogenei nella disciplina della parte generale del codice²³⁴. Nonostante tali rilievi, l'armonizzazione è considerata una soluzione equilibrata in rapporto alle molteplici

²²⁹ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 66; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 976; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 124; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 61. Argomentazioni critiche all'uso di tale tecnica sono svolte nella Relazione al Corpus Iuris consultabile in AA.VV. *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Iuris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Milano, 1997, p. 50.

²³⁰ Cfr. FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 68; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 66; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 976.

²³¹ Vedasi le direttive n. 592/89 e 398/91 sull' *insider trading* e sul riciclaggio attuate con le L. n. 157/91 e 328/93

²³² GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 198.

²³³ La Convenzione sulla Protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee (PIF) del 26 luglio 1995, completata dai Protocolli del 27 settembre 1996 e del 19 giugno 1997 in materia di falsi documenti o false comunicazioni dannose per il bilancio comunitario, ne costituisce un esempio. Questa è stata ratificata dall'Italia con la L. 29 settembre 2000 n. 300, mentre è in attesa di ratifica da parte degli altri Stati membri.

²³⁴ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 68; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 977.

esigenze, capace di predisporre un'adeguata protezione ai precetti e divieti comunitari nel rispetto dei sistemi costituzionali degli Stati membri e tale da ridurre il rischio che il ricorso ai sistemi penali nazionali si accompagni ad una rilevante diversità nella tutela dello stesso interesse comunitario²³⁵.

Una tecnica di produzione penale emersa di recente, nell'ottica del superamento delle difficoltà dell'assimilazione e dell'armonizzazione, è rappresentata dall'*unificazione* delle normative nazionali, che comporta l'adozione di identiche discipline relative ai reati e alle pene, nonché regole processuali comuni. Tale tecnica è alla base del *Corpus Iuris recante disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea*.

2.3. Il principio di legalità come limite relativo: una tesi isolata.

Una terza concezione riconosce alla Comunità europea una piena competenza penale, che si esprimerebbe nella possibilità sia di produrre in via diretta norme incriminatrici, sia di imporre agli Stati la creazione o la modificazione di norme a salvaguardia di interessi di rilievo comunitario .

Tale dottrina considera, innanzitutto, irrilevante l'assenza di un potere immediato di coercizione diverso da quello degli Stati, poiché questi sono comunque vincolati all'esecuzione delle normative dall'art. 10 T.CE , che li obbliga ad adottare gli opportuni strumenti legislativi, amministrativi, giurisdizionali, nonché dall'immediata applicabilità e dall'effetto diretto del diritto comunitario . In questa prospettiva sembra, dunque, un dato trascurabile l'inesistenza di una struttura esecutiva di origine comunitaria, poiché quella dei singoli Stati è servente gli obblighi sanciti al livello comunitario per espressa previsione del Trattato. Secondo questa ricostruzione, ciò che deve essere verificato, dunque, alla luce dei Trattati e

²³⁵ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 198.

della Costituzione è l'esistenza di una potestà normativa penale sostanziale capace di trovare esecuzione presso gli Stati membri.

A tal fine un appiglio normativo, considerato di sicuro rilievo, è dato proprio l'art. 10 T.CE come interpretato da alcune sentenze della Corte di Giustizia, in particolare nella decisione del caso "c.d. del mais greco" . Secondo la Corte di Giustizia, gli Stati membri, qualora manchino specifiche previsioni comunitarie di sanzioni, devono perseguire in modo adeguato "sotto il profilo sostanziale e processuale le violazioni del diritto comunitario in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza, conferendo alla sanzione un carattere di effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva" . In questa prospettiva si ritiene che gli stati membri siano tenuti ad apprestare la tutela necessaria sia attraverso le norme incriminatrici esistenti, sia attraverso la creazione di nuove, e ad attivare un sistema punitivo idoneo a garantire l'effetto generalpreventivo . A sostegno di tale assunto si riporta un'altra sentenza in cui la Corte ribadisce che l'art. 10 T.CE obbliga "gli Stati membri ad adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario " . Alla luce di queste argomentazioni si ritiene che essa abbia chiaramente affermato un interesse alla penalizzazione che scaturisce dal Trattato e si incardina in capo alla Comunità, cioè se ne deduce una legittimazione della pena come strumento, eventualmente necessario, di garanzia per l'attuazione del diritto comunitario: si troverebbe affermato, quindi, un principio comunitario di penalizzazione che rappresenterebbe la nascita della pena in diritto comunitario. Si rileva che queste argomentazioni riconoscono un obbligo per gli Stati all'impiego di sufficienti mezzi di tutela. Questo legittimerebbe la Corte ad esercitare un sindacato sull'effettività dell'apparato sanzionatorio, anche penale, predisposto dagli Stati membri per la difesa del diritto comunitario, che si realizzerebbe tramite l'accertamento della violazione dell'

“obbligo di fedeltà” desunto dall’art. 10 T.CE. In questo senso, quindi, la Corte troverebbe nel diritto comunitario criteri di giudizio dell’idoneità dello strumento penale . Attraverso tali argomentazioni si vuole dimostrare l’esistenza di obblighi comunitari di tutela penale, la cui legittimità costituzionale, in realtà, sembra oggi unanimemente riconosciuta nella scienza penalistica.

Questa dottrina, tuttavia, si discosta dalla concezione prevalente, quando rileva che altre norme del Trattato attributive di competenza sono suscettibili di essere interpretate come comprensive di una competenza penale degli organi comunitari, esercitabile tramite regolamenti e direttive. Nel generico riferimento alla necessità o all’utilità dell’azione comunitaria rispetto agli scopi troverebbe spazio una potestà punitiva da ritenersi “esplicita anche se non nominata” .

Secondo questa ricostruzione le norme del T.CE che assumono rilievo sono: l’ art. 12 che, vietando ogni forma di discriminazione effettuata in base alla nazionalità, autorizza il Consiglio a “stabilire tutte le regolamentazioni intese a vietare tali discriminazioni”; l’art. 34 co. 3 che, per l’organizzazione comune dei mercati agricoli, ammette “tutte le misure necessarie al raggiungimento degli obiettivi definiti dall’art. 39”; l’art. 75 co. 1 lett. c, che, in tema di politica comune dei trasporti, prevede l’adozione di tutte le “misure atte a migliorare la sicurezza dei trasporti” e “ogni altra disposizione utile”; l’art. 75 co. 3 che prevede l’adozione di una “regolamentazione intesa a garantire l’attuazione” dell’abolizione delle discriminazioni nei prezzi e condizioni di trasporto; l’art. 87 co. 1 che, in tema di tutela della concorrenza, assegna al Consiglio la potestà di stabilire “tutti i regolamenti o le direttive utili ai fini dell’applicazione dei principi contemplati agli art. 81 e 82” e il co. 2 dello stesso art. 87, secondo il quale le disposizioni di cui al co. 1 sono volte a garantire “ l’osservanza dei divieti di cui all’art. 81 par. 1 e all’ art. 82, comminando ammende e penalità di mora”; gli art. 94 e 95 che contemplano

poteri di armonizzazione delle legislazioni nazionali tramite regolamenti e direttive; l'art. 229, che contempla l'ipotesi di assegnazione alla Corte di giustizia della giurisdizione piena concernente sanzioni previste dai regolamenti; l'art. 308, che contiene l'attribuzione di poteri d'azione normativa altrove non previsti, per il buon funzionamento del mercato comune e in caso di necessità .

Quest'ultima può essere presa in considerazione come modello per verificare la ricostruzione interpretativa effettuata da tale dottrina, attraverso il ricorso ai cd. "poteri impliciti" . Tale norma prevede l'ipotesi della necessità di raggiungere gli scopi comunitari nel funzionamento del mercato comune e prevede che, qualora manchino poteri d'azione adeguati al raggiungimento dello scopo, il Consiglio possa prevedere all'unanimità tale conferimento. Si ritiene che questa disposizione la legittimazione ad autorizzare prerogative non previste, sulla base di una valutazione di utilità dei mezzi, in questo caso le azioni, rispetto allo scopo. L' affermarsi di un meccanismo di questo tipo, che rompe gli argini delle attribuzioni purché sia raggiunto un obiettivo previsto dal Trattato, sembra rendere sempre più sottile il confine di demarcazione tra competenze statali e comunitarie: in questo modo sarebbero consentite "incursioni" del diritto comunitario nella sfera di attribuzione degli Stati membri, dunque, anche nella potestà penale .

Secondo questa prospettazione una competenza penale della Comunità europea, oltre ad essere legittimata da un'interpretazione sistematica delle norme primarie dei Trattati, risulterebbe ammissibile anche sotto il profilo della legalità, tenendo conto del fatto che nell'attuale fase del processo di costruzione europea la legalità comunitaria potrebbe presentare profili diversi rispetto a quella nazionale.

In questo senso infatti, si afferma che, in generale, le esigenze sottese al principio di legalità potrebbero dirsi soddisfatte anche in assenza di un modello di democrazia parlamentare, quando si realizzi, soprattutto in sede processuale, un

controllo reciproco tra i diversi poteri dell'ordinamento capace di impedire abusi di potere e di realizzare un'adeguata tutela di tutti i soggetti, posti in condizione di partecipare alla progressiva formazione giurisprudenziale del diritto . Questo schema, secondo tale dottrina, potrebbe trovare applicazione nella dialettica tra le alte giurisdizioni comunitarie e nazionali che, nell'esercitare forme di controllo reciproco, manifesterebbero un segno della legittimazione democratica e pluralista del sistema . Su base di tali argomentazioni, dunque, si afferma che non può negarsi al diritto comunitario una complessiva legittimazione democratica, dunque, si ritiene che possa affermarsi la sua compatibilità con il principio di legalità previsto dalla Costituzione italiana .

Sotto un diverso profilo si rileva che secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo la produzione penale non risulterebbe soggetta ad una riserva di legge parlamentare in senso stretto, ma ad un generale principio di derivazione democratica dell'intervento penale: su questa linea sembrerebbe che nel diritto comunitario vi sia spazio per procedimenti di formazione del diritto penale diversi dal tipico procedimento assembleare .

Nell'ambito dell'orientamento che ipotizza l'esistenza di una competenza penale comunitaria, vi è una seconda voce che sostiene questa conclusione con argomentazioni di carattere generale, che prendono le mosse dai requisiti giuridici necessari per potersi parlare di un ordinamento penale internazionale . Secondo questa concezione la condizione minima per poter parlare di un ordinamento di questo tipo è l'esistenza di un complesso di norme da esso derivanti che tutelino penalmente interessi internazionali, nel nostro caso rilevanti per gli Stati della Comunità europea (anche se disciplinanti soltanto la fattispecie con rinvio ai singoli Stati per l'identificazione della pena da infliggere), e il conferimento ai giudici e agli apparati punitivi dei singoli Stati del potere di irrogare e gestire l'esecuzione delle

pene . Secondo tale dottrina, dunque, la mancanza di organi giurisdizionali e di apparati puntivi propri è un fattore che può condizionare il giudizio sul livello di evoluzione del modello, ma non è un elemento idoneo ad escludere la configurabilità di un sistema penale internazionale.

Su queste premesse si ritiene che di ordinamento penale internazionale, ancorché di piccole dimensioni, possa parlarsi rispetto all'ambito comunitario. Le norme che autorizzerebbero tale ricostruzione sono l' art. 194 del Trattato EURATOM che prevede un obbligo di segreto professionale a carico di determinate persone, riconoscendo a ogni Stato membro il potere di infliggere all'inosservante le congrue pene previste dall'ordinamento interno in materia di attentati alla sicurezza dello Stato o di divulgazione dei segreti professionali; l'art. 27 del protocollo sullo statuto della Corte di giustizia, che dispone: "ogni Stato membro considera qualsiasi violazione dei giuramenti dei testimoni e dei periti alla stregua del corrispondente reato commesso davanti a un tribunale nazionale"; l'art. 280 par. 2 del T.CE, che recita: "Gli Stati membri adottano per combattere le frodi che ledono gli interessi finanziari della Comunità le stesse misure che adottano per combattere le frodi che ledono i loro interessi finanziari". Da questi casi, siccome la sanzione penale è irrogabile per condotte che non necessariamente sarebbero punibili in forza delle norme nazionali, offensive di interessi tutelati propri della Comunità europea, si ritiene possano enuclearsi le condizioni ritenute idonee a soddisfare l'assunto di partenza circa l'esistenza di un ordinamento penale sovranazionale .

2.4. Il *Corpus Iuris*: un esempio 'storico' di competenza penale diretta.

La nascita delle Comunità europee, secondo la dottrina che per prima si è occupata del tema, ha determinato l'emersione di 'nuovi' beni giuridici, in

particolare nel settore delle finanze comunitarie, ritenuti “meritevoli” e “bisognosi” di tutela penale.

Quest’esigenza si è manifestata sotto un duplice profilo. Innanzitutto, riguardo alla protezione penale delle c.d. “risorse proprie”, in secondo luogo, in rapporto alla tutela di altri beni relativi alle varie forme di sovvenzione previste dalla politica agricola comune ovvero agli altri meccanismi comunitari d’intervento²³⁶.

Il sistema di tutela apprestato con gli strumenti dell’assimilazione, dell’armonizzazione e della cooperazione, invero, era apparso inadeguato rispetto allo scopo. In particolare, si era diffuso il convincimento che tali tecniche di protezione degli interessi comunitari non fossero idonee a garantire una tutela, ad un tempo efficace ed omogenea nei diversi Stati membri. Proprio le iniziative di armonizzazione, alle quali si era guardato con un certo favore, non erano sembrate dotate di impatto immediato²³⁷. In materia di finanze comunitarie queste lacune erano state segnalate al Parlamento europeo dagli stessi funzionari della Commissione e da alcuni settori della dottrina penalistica.

Tale constatazione indusse gli operatori del diritto, impegnati nella prevenzione e repressione dei fatti lesivi delle finanze comunitarie ovvero nella lotta alla criminalità di tipo transnazionale e transfrontaliero, a richiedere espressamente la creazione di un vero spazio giudiziario europeo. Esempio è al riguardo il c.d. “Appello di Ginevra”, lanciato da pubblici ministeri e magistrati appartenenti a diversi Paesi europei²³⁸.

²³⁶ GRASSO, *Il Corpus Iuris e le prospettive di un diritto penale europeo*, cit., p. 322.

²³⁷ Cfr. GRASSO, *Il Corpus Iuris e le prospettive di un diritto penale europeo*, cit., p. 330; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, cit., p. 530, sottolinea che la prospettiva unificatrice ha connotato il *Corpus Iuris*, sin dalla prima versione, e rileva come la stessa relazione di sintesi degli esperti che hanno realizzato il progetto presenti le proposte formulate, nel senso del superamento dei percorsi della cooperazione, dell’assimilazione e dell’armonizzazione.

²³⁸ GRASSO, *Il Corpus Iuris e le prospettive di un diritto penale europeo*, cit., p. 331.

Questo appello segnalava l'urgenza di un miglioramento dei metodi di intervento, e, in particolare, sollecitava a valutare l'opportunità di adottare un sistema penale comunitario, che prevedesse l'introduzione di norme penali, capaci di garantire, in uno spazio europeo largamente unificato, una repressione più giusta, semplice ed efficace²³⁹.

A queste esigenze ha inteso dare risposta il *Corpus Iuris* per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea, realizzato nel 1996 da una commissione di esperti istituita su iniziativa del Parlamento europeo, e rielaborato nel 2000 in un nuovo testo, chiamato "versione di Firenze". Il Corpus non è stato approvato ma costituisce il precedente a partire dal quale i compilatori del Trattato di Lisbona hanno ridisegnato il nuovo assetto dei rapporti tra diritto penale e Unione europea.

Il Corpus, composto di 35 articoli, ha rappresentato il primo progetto organico, orientato alla creazione di un complesso normativo europeo in materia penale, destinato ad affiancare la proposta di codice degli *Europa-Delikte*, al fine di realizzare la tutela penale delle libertà riconosciute dal Trattato, e delle istituzioni di politica economica della Comunità.

La sua struttura è quella tipica di un codice. Il *Corpus Iuris*, infatti, disciplina una parte generale, fondata sui principi di legalità, di imputazione dolosa e di proporzione in materia di sanzioni, e delinea una sintetica disciplina in tema di errore sul fatto e sul precetto, di concorso di persone nel reato, di tentativo, di sistema sanzionatorio e commisurazione della pena. L'art. 13, poi, prevede la responsabilità penale delle persone giuridiche, unitamente alla disciplina della responsabilità all'interno dell'impresa.

²³⁹ DELMAS-MARTY, *Relazione illustrativa del Corpus Iuris*, in Aa.Vv., *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Iuris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Milano, 1997, p. 50.

Per quanto riguarda la parte speciale, nonostante l'intenzione originaria di circoscrivere l'intervento normativo alla materia delle frodi, il testo prevede agli artt. 1-8 un complesso di fattispecie incriminatrici relative, non solo alla frode in danno al bilancio comunitario nella forma del reato di pericolo, ma anche alla turbativa del mercato, alla corruzione, all'abuso d'ufficio, alla rivelazione del segreto d'ufficio, al riciclaggio ed alla ricettazione dei proventi di tali reati, all'associazione criminosa finalizzata alla loro realizzazione.

Il testo contiene, infine, una parte di diritto processuale volta alla creazione di uno spazio giudiziario, con l'istituzione di un procuratore generale europeo e di singoli procuratori europei delegati nei vari Stati, riservando, invece, agli ordinamenti interni la fase del giudizio. Sono anche previste disposizioni in tema di difesa, presunzione di non colpevolezza e disciplina della prova.

I sostenitori del *Corpus Iuris* ritenevano tale strumento d'intervento necessario, per superare una serie di ostacoli di ordine pratico, che le strategie attuali pongono alla repressione delle frodi su scala comunitaria²⁴⁰.

L'esistenza dei segreti, innanzitutto, in se stessi legittimi, ma considerati di ostacolo, quando sono invocati per rifiutare di trasmettere informazioni agli investigatori europei.

In secondo luogo, per la complessità estrema della cooperazione orizzontale, derivante dalle molteplici convenzioni multilaterali, che si applicano in spazi geografici differenti, con regole, spesso, diverse.

Una terza difficoltà viene individuata nelle lacune della cooperazione verticale, cioè quella che associa gli agenti della Commissione alle investigazioni

²⁴⁰ DELMAS-MARTY, *Il Corpus Juris delle norme penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, in *Quest. giust.*, I, 2000, 166 ss.

interne. I problemi maggiori nascono, poiché il loro statuto giuridico, nella procedura penale nazionale, varia da Stato a Stato.

Infine l'ultimo ostacolo sembra posto dalla diversità delle regole di prova. Quando si riesce ad arrivare al giudizio, infatti, la procedura è spesso vanificata per ragioni concernenti la prova.

Tale modello di normativa penale comunitaria, invero, per la mancanza delle condizioni politiche e giuridiche, necessarie a legittimare un diritto penale europeo in senso stretto, è apparso ad una parte della dottrina prematuro.

In particolare, si è avvertita, da un lato, l'assenza di una definizione univoca del popolo dell'Unione, inteso come motore del procedimento rappresentativo e destinatario dei precetti penali, un'identità in trasformazione, dunque, che non costituiva una base certa per la cd. *Europa dei cittadini*.²⁴¹ Dall'altro, la mancanza di una costituzione, propriamente detta, che permettesse di realizzare pienamente il principio democratico, chiarendo il rapporto tra i poteri. Ma soprattutto la mancanza della sovranità dell'Unione sugli Stati membri²⁴².

Il primo intervento organico di diritto penale europeo presentava, inoltre, diversi profili d'incompatibilità con le esigenze di uno stato sociale di diritto, per ragioni che riguardano il modo dell'elaborazione, le scelte di politica criminale, la selezione dei beni giuridici e le soluzioni normative, sostanziali e processuali, adottate. Sotto il primo aspetto, è stato osservato che il percorso elaborativo del *Corpus Iuris* risultava poco appagante dal punto di vista del rispetto di elementari ragioni di democraticità. Un primo nucleo sistematico di diritto penale europeo avrebbe richiesto una ben più ampia partecipazione e, dunque, un più ampio confronto all'interno della scienza penalistica, con un'apertura pure ad altri settori

²⁴¹ BARATTA, *Il Corpus Iuris e la cultura giuridico-penale europea*, in AA.VV., *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, cit., p. 38.

²⁴² BARATTA, *Il Corpus Iuris e la cultura giuridico-penale europea*, cit., p. 39.

dell'esperienza giuspenalistica. Si osservava, inoltre, che il percorso seguito rispecchia il generale *deficit* di democraticità, che caratterizza i meccanismi decisionali dell'Unione europea²⁴³. In questo senso appariva significativo il fatto che il dibattito si sia esaurito in una discussione sui modi di recepimento nell'ordinamento nazionale, tralasciando il fatto che il *Corpus Iuris* risulta sempre un testo redatto da una commissione privata di esperti, senza che vi sia stato un ampio dibattito, sia politico sia all'interno della scienza penalistica²⁴⁴. A questa obiezione, peraltro, si è ribattuto rilevando che il *Corpus Iuris* è solo un testo elaborato grazie all'attività di ricerca di alcuni studiosi, su incarico della Commissione e su sollecitazione del Parlamento europeo, dunque, un “*work in progress*” che è stato sottoposto all'esame di numerosi congressi in tutti gli Stati membri ed è stato modificato una prima volta sulla base dei contributi ricevuti²⁴⁵.

Per quanto riguarda la scelta dei beni giuridici da tutelare, si è osservato preliminarmente che, nella misura in cui è configurabile una competenza dell'Unione in materia penale, questa non può essere considerata limitata alla tutela degli interessi finanziari dell'Europa, intesa come istituzione, ma deve ritenersi estensibile alla tutela dei diritti fondamentali. In quest'ottica, dunque, il punto di partenza per la creazione di uno spazio giuridico penale europeo, dovrebbe essere, non la protezione degli interessi finanziari, pure ritenuti meritevoli di difesa, ma la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini europei e di tutte le persone fisiche che risiedono nell'Unione, sulla base di quel concetto di cittadinanza ampia, che significa titolarità

²⁴³ Cfr. BARATTA, *Il Corpus Iuris e la cultura giuridico-penale europea*, cit., p. 29, il quale sottolinea che, nonostante il potenziamento che il Parlamento europeo ha avuto con il Trattato di Amsterdam, manca l'esclusività di tale istituzione nella creazione delle norme penali in senso stretto; MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, cit., p. 45.

²⁴⁴ MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, cit., p. 45.

²⁴⁵ GRASSO, *Il Corpus Iuris e le prospettive di un diritto penale europeo*, cit., p. 338.

dei diritti fondamentali e, a maggior ragione, dei diritti umani²⁴⁶. Al contrario Il *Corpus Iuris* privilegia l'obiettivo dell'efficienza nella tutela d'interessi di natura sostanzialmente economica, a quello della tutela di tali diritti, che andrebbero protetti secondo criteri di *maximum standard*²⁴⁷.

Sul piano delle opzioni fondamentali di politica criminale, si è osservato che, nella predisposizione delle modalità d'intervento, non hanno trovato accoglimento acquisizioni fondamentali, quali la sussidiarietà e la frammentarietà dell'intervento penale, che costituiscono un patrimonio comune della scienza penalistica internazionale. Conformemente a tali principi, infatti, si sarebbe dovuto verificare preliminarmente la praticabilità di altri strumenti di eguale efficacia e meno invasivi della sfera individuale, prima dell'attivazione del controllo penale, ma iniziative di questo tipo non sono state intraprese nell'ambito delle istituzioni comunitarie. La ricerca di forme alternative di controllo, sicuramente attivabile nel settore degli illeciti finanziari, in realtà, sarebbe stata sicuramente una scelta conforme alle esigenze di uno stato sociale di diritto²⁴⁸. Questa critica in ordine al rispetto del principio di sussidiarietà, tuttavia, non è condivisa da alcuni dei coautori del *Corpus Iuris*, i quali evidenziano che il sistema comunitario conosce un articolato sistema di sanzioni amministrative, che non sembrerebbe adeguato rispetto al disvalore dei comportamenti criminalizzati nel *Corpus Iuris*. Si osserva, inoltre, che la truffa per il conseguimento delle sovvenzioni pubbliche, la corruzione, il riciclaggio e l'associazione per delinquere sono, in tutti gli Stati membri, oggetto di sanzioni penali²⁴⁹. Tale rilievo, invero, non sembra decisivo. Se tali fatti, all'interno dei

²⁴⁶ BARATTA, *Il Corpus Iuris e la cultura giuridico-penale europea*, cit., p. 29.

²⁴⁷ BARATTA, *Il Corpus Iuris e la cultura giuridico-penale europea*, cit., p. 35.

²⁴⁸ MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, cit., p. 47.

²⁴⁹ GRASSO, *Il Corpus Iuris e le prospettive di un diritto penale europeo*, cit., p. 335.

singoli Stati membri, sono già oggetto di un adeguata regolamentazione penale, non sembra necessario un ulteriore intervento di origine comunitaria.

Per quanto riguarda il rispetto del principio di sussidiarietà dell'intervento comunitario rispetto al possibile intervento degli Stati membri, è stato osservato che l'insufficienza di una tutela degli interessi finanziari dell'Unione, affidata alle previsioni nazionali, sarebbe stata già sperimentata anche attraverso analisi scientifiche e ricerche criminologiche²⁵⁰.

Da una diversa angolazione è stato, poi, evidenziato che la discussione su primo nucleo di diritto penale europeo non sarebbe dovuta partire dai dettagli di alcune figure di parte speciale, ma dalla ricognizione di quelle acquisizioni consolidate della tradizione giuridica europea, in particolare dagli esiti della dottrina penalistica²⁵¹. Questa, infatti, intesa come disciplina volta all'elaborazione di affidabili parametri di uguaglianza e giustizia, svolge il fondamentale compito di elaborare quelle definizioni e distinzioni, a cui si connette l'essenziale funzione di graduare l'intensità dell'intervento penale. In effetti, è questo il significato più pregnante e denso di implicazioni, delle differenziazioni, ad esempio, in materia di dolo o colpa, di lesione e messa in pericolo, di consumazione e tentativo, di situazioni scriminanti o quasi. Orbene, le scelte politico-criminali, che emergono dalla normativa del progetto, sembrano non tener conto di tali acquisizioni. Troviamo, infatti, l'equiparazione tra dolo e colpa in materia di frode, l'adozione consistente del pericolo astratto e l'introduzione di fattispecie particolarmente ampie, che comportano una significativa estensione della punibilità²⁵². Per queste ragioni, dunque, il *Corpus Iuris*, con la sua struttura e le sue

²⁵⁰ GRASSO, *Il Corpus Iuris e le prospettive di un diritto penale europeo*, loc. cit.

²⁵¹ MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, loc. cit.

²⁵² MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, cit., p. 47.

opzioni politico-criminali, appare lontano da un modello di diritto penale europeo, inteso come espressione di una lunga ed affidabile tradizione liberal-solidaristica, quindi, dalle esigenze dello stato sociale di diritto. E' stato, inoltre, sottolineato che il *Corpus Iuris*, qualora dovesse diventare diritto penale sovranazionale, risulterebbe un complesso di norme, destinato a svolgere una funzione sostanzialmente "simbolica", piuttosto che di repressione efficiente del fenomeno criminale²⁵³.

Per quanto riguarda le soluzioni tecniche concretamente adottate, è stata evidenziata la grave incertezza, sotto il profilo della legalità, che caratterizza le regole di parte generale, a causa della clausola di sussidiarietà contenuta nell'art. 35²⁵⁴. Il primo comma della disposizione prevede, infatti, la possibilità di integrare le norme del *Corpus Iuris*, ove "necessario", con norme nazionali, anche di parte generale, ma non chiarisce se il carattere necessario dell'integrazione debba risultare da una lacuna, come prevedeva espressamente la norma in esame nella versione del 1997. Il secondo comma, poi, stabilisce che le norme interne possono essere applicate ad integrazione di quelle comunitarie, solo se "favorevoli", secondo il testo francese, o "più favorevoli", secondo il testo inglese, ma non chiarisce se tale rinvio debba intendersi alle sole cause di non punibilità o a qualsiasi disposizione, purché più favorevole. Inoltre, non si comprende rispetto a quale disposizione la norma nazionale debba considerarsi più favorevole, nell'ipotesi in cui ci si trovi di fronte ad una lacuna della normativa comunitaria. In conclusione, sia dall'espressione "se necessario", sia dal riferimento alle norme più favorevoli, sia dal coordinamento tra entrambe, scaturisce una preoccupante indeterminatezza complessiva dell'intera

²⁵³ SGUBBI, *Principio di legalità e singole incriminazioni*, in AA.VV., *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, cit., p. 106.

²⁵⁴ Cfr. MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, cit., p. 47; SGUBBI, *Principio di legalità e singole incriminazioni*, cit., p. 106; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 530. Quest'ultima osserva che tutte le proposte di parte generale del *Corpus Iuris*, non solo l'art. 35, appaiono criticabili, poiché determinano l'inserimento nel sistema di elementi di incoerenza, oltre che di potenziale inefficacia della tutela.

parte generale, per l'incertezza che caratterizza l'individuazione delle norme applicabili. Inoltre, le interpretazioni dell'art. 35 potrebbero risultare diverse da Stato a Stato e, addirittura, da giudice a giudice, finendo, così, con l'accentuare quella nota di arbitrarietà nell'applicazione delle norme, che già risulta dalla possibilità per l'accusa di scegliere, in base a criteri di opportunità, il giudice davanti al quale promuovere l'azione penale.²⁵⁵

Per quanto riguarda le scelte di parte speciale, sono state sollevate due obiezioni fondamentali. Da un lato è stato osservato che esse presentano il tratto comune della lontananza del fatto incriminato rispetto all'offesa del bene giuridico; alcune di esse, infatti, esprimono chiaramente la scelta di incriminare la mera presunzione del pericolo per il bene protetto, cioè la criminalizzazione di mere violazioni formali²⁵⁶. Dall'altro è stato evidenziato che uno dei problemi maggiori del *Corpus Iuris* è dato, non tanto dall'incertezza della formulazione delle singole norme, ma dal rischio di un'indeterminatezza di sistema, derivante dall'incertezza nell'applicazione di fattispecie di difficile decifrazione²⁵⁷.

Particolarmente significativa appare la fattispecie prevista dall'art. 1, che disciplina la frode in danno agli interessi finanziari della Comunità europea, rispetto ai quali la condotta incriminata realizza un'ipotesi di reato di pericolo. Con riferimento a tale figura, si osserva che gli elementi strutturali della fattispecie rendono ardua la ricostruzione del bene giuridico in termini economico-patrimoniali; di conseguenza, l'inafferrabilità del bene tutelato e la costruzione dell'illecito, secondo lo schema del reato di pericolo, sembrano rendere l'offesa così incerta, da rendere decisivi, ai fini l'accertamento, i dati delle risultanze contabili offerte dal

²⁵⁵ MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, cit., p. 60.

²⁵⁶ MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, cit., p. 52.

²⁵⁷ SGUBBI, *Principio di legalità e singole incriminazioni*, cit., p. 106.

bilancio comunitario. In questo modo la sanzione penale per il comportamento fraudolento sembra trovare l'unica ragione nella mera violazione di una disciplina di tipo finanziario²⁵⁸. Il co. 2, inoltre, introduce cause di non punibilità rispetto al reato disciplinato, legate ad una forma di pentimento successivo al fatto. Anche questa disposizione pone seri dubbi di legittimità, ove si consideri che il soggetto che ha commesso una frode al bilancio comunitario, per avvalersi della causa di non punibilità, dovrebbe autodenunciarsi rispetto al fatto, rischiando la sanzione prevista nel singolo ordinamento per l'illecito commesso²⁵⁹.

Analoghe perplessità suscita la fattispecie di cui all'art. 8, che sanziona la rivelazione dei segreti d'ufficio. L'incriminazione sembra esaurirsi nella definizione della violazione mediante il rinvio a criteri extra-giuridici, evidenziando, pertanto, tutti i limiti e gli inconvenienti tipici di un modello di intervento ispirato alla concezione sanzionatoria del diritto penale. La norma, infatti, rinvia ad una rivelazione del segreto che dev'essere, comunque, ricostruita attingendo da tutte quelle norme che, poste in altri settori dell'ordinamento, prevedono l'obbligo del segreto. L'incriminazione, poi, esplicita il riferimento agli interessi finanziari dell'Unione europea, rispetto ai quali sarebbe sufficiente che il danno appaia semplicemente probabile. Ebbene, per l'incertezza che caratterizza il bene tutelato e la lontananza della condotta incriminata dal momento dell'offesa, l'unico elemento utile ad una limitazione della rilevanza penale del fatto sembra rappresentato dal riferimento, del tutto formale, all'obbligo del funzionario²⁶⁰. Entrambe le fattispecie, invero, sono caratterizzate dall'astrattezza del bene giuridico, che finisce per porre in discussione la sua funzione più significativa, cioè quella di delimitare l'intervento

²⁵⁸ MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, cit., p. 51.

²⁵⁹ SGUBBI, *Principio di legalità e singole incriminazioni*, cit., p. 109.

²⁶⁰ Cfr. MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, cit., p. 53; SGUBBI, *Principio di legalità e singole incriminazioni*, cit., p. 110.

penale. Il riferimento agli interessi finanziari della Comunità europea assume, al contrario, il compito di legittimare l'estensione del potere punitivo, così giustificando incriminazioni che, in ragione della loro estensione, si risolvono in evidenti violazioni del principio di legalità, sotto il profilo della determinatezza-tassatività²⁶¹.

Per quanto riguarda le scelte incriminatrici relative alle fattispecie a struttura plurisoggettiva necessaria, è stato sottolineato che l'illecito della turbativa del mercato, disciplinato dall'art. 2, presenta motivi di preoccupazione per le ragioni di un diritto penale del fatto. La norma, infatti, punisce il semplice accordo segreto sulle offerte, a prescindere dall'attuazione dello stesso, proponendo uno schema fondato sulla criminalizzazione della semplice intenzione, che ha avuto ampia applicazione in esperienze storiche caratterizzate da ordinamenti eticizzanti, e che è stata respinta persino dal legislatore fascista del 1930. In sostanza è prevista la punizione dell'accordo preliminare ad un concorso di persone, che il codice Rocco ha considerato, sul piano della parte generale, in quanto tale irrilevante, fino a quando il reato non viene commesso²⁶². L'applicazione della disciplina predisposta dal *Corpus Iuris* in materia di concorso comporta l'inaccettabile conseguenza per cui la pena prevista per il semplice accordo si aggiunge a quella del reato eventualmente commesso.

Sul versante delle disposizioni processuali, è stata rilevata una forte compressione delle ragioni della legalità, con riferimento alla disciplina del *ne bis in idem*, principio che rientra, senza dubbio, tra i diritti inviolabili dell'uomo, in quanto riflette il fondamentale principio di proporzionalità. L'art. 23 co. 1, lett. b, non si fonda, come avviene nel nostro codice di procedura penale, "sulla medesimezza del fatto,

²⁶¹ MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, cit., p. 54.

²⁶² Cfr. MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, cit., p. 56; SGUBBI, *Principio di legalità e singole incriminazioni*, cit., p. 109.

ma sulla medesimezza dell'infrazione formale"²⁶³. Il soggetto, quindi, non può essere sottoposto ad un secondo giudizio, se è stato già giudicato per frode o per abuso d'ufficio o per abuso di funzioni, con riferimento a quelle stesse incriminazioni, senza che in alcun modo rilevi la medesimezza del fatto storico.

In conclusione, dunque, se può affermarsi che in generale l'accentuazione dell'intervento punitivo nel settore economico e amministrativo ha recepito istanze di mutamento profondamente avvertite e condivise da settori della dottrina, le modalità di questi interventi sono apparse, tuttavia, poco rassicuranti dal punto di vista delle ragioni dello stato sociale di diritto, in particolare sotto i profili della legalità e della certezza del diritto²⁶⁴.

Con riferimento alle modalità di recezione nell'ordinamento interno, la scienza penalistica si è interrogata sui diversi strumenti esperibili, per conseguire l'obiettivo dell'unificazione. I compilatori del *Corpus* propongono la diretta emanazione di norme penali, direttamente efficaci negli Stati membri, da parte delle istituzioni comunitarie. Questa soluzione è generalmente respinta dalla dottrina, anche se con diverse argomentazioni. Secondo la concezione prevalente, non è possibile l'emanazione di un regolamento, poiché vi si oppone la riserva di legge in materia penale, prevista dall'art. 25 co. 2 Cost.²⁶⁵. Una soluzione del genere, dunque, è ritenuta praticabile soltanto attraverso l'eliminazione del *deficit* democratico comunitario, cioè con l'attribuzione della potestà normativa penale al Parlamento

²⁶³ SGUBBI, *Principio di legalità e singole incriminazioni*, cit., p. 111.

²⁶⁴ Cfr. MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, cit., p. 60; SGUBBI, *Principio di legalità e singole incriminazioni*, cit., p. 110.

²⁶⁵ Cfr. DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 550; MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, cit., p. 60. L'Autore sottolinea che non sono ammissibili eventuali "scorciatoie" rispetto al percorso di legalità, che deve caratterizzare l'introduzione di norme penali in uno stato di diritto, e che in democrazia solo i rappresentanti del popolo sono legittimati a decidere, e non codecidere, in relazione alla limitazione dei diritti fondamentali dell'individuo; SGUBBI, *Principio di legalità e singole incriminazioni*, cit., p. 105. Questi, pur rilevando che la riserva di legge, intesa nel senso illuministico dell'espressione, non è soddisfatta nei diversi ordinamenti europei, sottolinea che con il *Corpus Iuris* la "qualità della legge" è piuttosto pregiudicata.

europeo, nel quadro di un ripensamento complessivo delle funzioni delle istituzioni europee. Secondo una diversa prospettiva, il limite al recepimento con tale strumento non è dato dal rispetto del principio di legalità, dal momento che si considera la procedura di codecisione idonea a garantire le esigenze di democrazia in materia penale. Si ritiene, invece, che il *Corpus Iuris* non potrebbe essere introdotto attraverso un regolamento adottato ai sensi dell'art. 280, poiché quest'ultima disposizione esclude la possibilità di adottare misure di applicazione diretta nei sistemi penali nazionali, "per combattere la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione".²⁶⁶ Il recepimento del *Corpus Iuris* mediante una direttiva, da adottare ai sensi dell'art. 280 T.CE, presenterebbe ostacoli di natura pratica. Si osserva, infatti, che la direttiva è uno strumento adatto a realizzare l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali, così da introdurre in essi incriminazioni uniformi, ma non è tecnicamente efficace a creare un sistema penale sovranazionale. Una soluzione di questo tipo sarebbe accettabile soltanto qualora il *Corpus Iuris* venisse inteso come un "modello normativo", da imporre ai singoli Stati con una direttiva di armonizzazione. Alla luce di tali inconvenienti, è stata proposta l'adozione di una convenzione internazionale, con la quale gli Stati si impegnino ad emanare leggi penali che riproducono il contenuto di quelle convenzionali: in questo caso il rispetto del principio di legalità sarebbe assicurato attraverso la mediazione della legge penale²⁶⁷. Questa soluzione, tuttavia, non è considerata appagante, poiché la convenzione non sarebbe, comunque, idonea ad una modifica del sistema istituzionale comunitario²⁶⁸. Parte della dottrina, che considera superato il *deficit* democratico comunitario dall'introduzione della procedura di codecisione di cui

²⁶⁶ GRASSO, *Il Corpus Iuris e le prospettive di un diritto penale europeo*, cit., p. 347.

²⁶⁷ Cfr. JESCHECK, *Possibilità e limiti di un diritto penale per la protezione dell'Unione europea*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di L. PICOTTI, Milano, 1999, p. 25; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 69.

²⁶⁸ GRASSO, *Il Corpus Iuris e le prospettive di un diritto penale europeo*, cit., p. 348.

all'art. 251 T.CE, ritiene che l'ostacolo fondamentale all'emanazione di norme penali, in materia di frodi e tutela degli interessi finanziari dell'Unione, sia rappresentato dalla mancanza di un'esplicita attribuzione di tale potere dalle norme del diritto primario. Secondo tale concezione, dunque, la soluzione preferibile è una modifica del Trattato sull'Unione europea, che affidi chiaramente al Parlamento la competenza ad introdurre fattispecie penali (anche se esclusivamente nei settori che riguardano la tutela dei fondamentali interessi dell'Unione) direttamente efficaci negli Stati membri²⁶⁹.

Il problema, in realtà, dev'essere affrontato, non solo cercando la soluzione tecnica più idonea ed efficace, ma valutando la compatibilità del mezzo prescelto alla luce dei principi fondamentali, riservati dalla Costituzione al sistema punitivo nel suo complesso, quali il principio di legalità, di frammentarietà, di sussidiarietà. Ebbene, posto che la titolarità delle scelte politico-criminali è di competenza esclusiva del legislatore, la sede in cui questa può esprimersi pienamente, al di fuori dei confini nazionali, è quella del diritto internazionale. Per questo motivo l'introduzione delle norme penali del *Corpus Iuris* negli Stati membri, agendo nell'ambito del terzo pilastro, sembra una soluzione che rispetta, insieme, la sovranità nazionale e il principio di legalità, poiché le norme adottate in tale ambito necessitano, comunque, della ricezione mediante legge ordinaria²⁷⁰. In ossequio al principio di sussidiarietà, poi, in una prospettiva di riduzione dell'intervento penale, sembra opportuno un "salto qualitativo all'indietro", ²⁷¹ cioè, per la tutela degli interessi finanziari, verificare la praticabilità dello strumento del diritto penale amministrativo,

²⁶⁹ GRASSO, *Il Corpus Iuris e le prospettive di un diritto penale europeo*, cit., p. 349.

²⁷⁰ BARATTA, *Il Corpus Iuris e la cultura giuridico-penale europea*, cit., p. 40.

²⁷¹ BARATTA, *Il Corpus Iuris e la cultura giuridico-penale europea*, loc. cit.

nell'ambito della competenza sanzionatoria diretta dell'Unione, e soltanto in caso d'inefficacia, provvedere all'attivazione dello strumento penale²⁷².

3. La dubbia 'funzione creatrice' della Corte di Giustizia.

La Corte aveva già fatto un passo in avanti con la sentenza Pupino in cui aveva sancito l'obbligo di interpretazione conforme anche per le decisioni quadro del terzo pilastro.

In questo quadro, caratterizzato, da un lato, dalle posizioni dei Governi tese alla conservazione delle prerogative punitive statuali, avallate dalla dottrina contraria alla comunitarizzazione del diritto penale dall'altro, dalle spinte della Commissione verso l'emanazione di norme di diritto penale di primo pilastro, vanno interpretate due storiche pronunce della CGCE, la sentenza 13 settembre 2005, C-176/03, e la sentenza 23 ottobre 2007, C-440/05, con le quali la Corte ha aperto la strada ad atti normativi di primo pilastro a contenuto penale contenenti i c.d. obblighi di penalizzazione²⁷³.

Con la sentenza 13 settembre 2005, C- 176/03, la Corte ha riconosciuto per la prima volta l'implicita competenza delle istituzioni comunitarie ad emanare, nell'ambito del primo pilastro, emanare direttive a contenuto penale.

La controversia nasceva da un ricorso con cui la Commissione chiedeva l'annullamento della decisione quadro in materia di protezione penale dell'ambiente. La Commissione, in particolare, nei motivi di ricorso obiettava che l'atto normativo da utilizzare per obbligare gli Stati membri ad introdurre sanzioni a carattere penale all'interno dei rispettivi ordinamenti fosse la direttiva e non la decisione quadro, in

²⁷² BARATTA, *Il Corpus Iuris e la cultura giuridico-penale europea*, loc. cit.

²⁷³ La Corte di Giustizia con la sentenza del Mais Greco aveva già riconosciuto il potere dell'Unione di imporre obblighi di tutela adeguata, fatta comunque salva la facoltà dello Stato di individuare lo strumento sanzionatorio più idoneo allo scopo.

ragione dell'afferenza della materia ambientale alle competenze comunitarie di primo pilastro, considerando così la materia penale recessiva rispetto a quella ambientale nel riparto di competenze. Il Consiglio, dal canto suo, in base al rilievo della mancanza di competenze comunitarie in materia, riteneva che fosse la decisione quadro lo strumento da adottare, riservando così i profili sanzionatori della materia alla cooperazione intergovernativa del terzo Pilastro.

La Corte, riconoscendo l'incompetenza della decisione quadro, accoglieva il ricorso e annullava la decisione quadro, ritenendo legittimati ad intervenire in tale materia gli atti del primo pilastro. In tal senso, rilevando come l'obiettivo primario della decisione quadro impugnata fosse la protezione dell'ambiente, dunque una politica comunitaria disciplinata dagli artt. 174, 175 e 176 del TCE, la decisione quadro nella misura parte in cui qualificava come reati taluni comportamenti particolarmente gravi contro l'ambiente, sconfinava nelle competenze che l'art. 175 TCE attribuisce alla Comunità, violando l'art. 47 TUE. Il dictum più importante della sentenza è tuttavia nella parte in cui la sentenza riconosce che "in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità. Quest'ultima constatazione non può tuttavia impedire al legislatore comunitario [...] di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente", e che lo strumento tipico che l'Unione ha a disposizione è la direttiva.

Con la sentenza 23 ottobre 2007, C-440/05, in materia di trasporti marittimi, la Corte interviene a specificare e puntualizzare quanto aveva espresso nella sentenza del 2005, poiché la Commissione aveva inviato una comunicazione al Parlamento e al Consiglio interpretativa della sentenza del 2005, con cui si riconosceva titolare di

competenza penale sia nella formulazione dei precetti, sia nel determinare l'entità e il tipo di sanzione penale in tutti i settori di competenza normativa comunitaria.

La Corte, in dettaglio, mantenendo fermo l'orientamento espresso con la sentenza del 2005, ha posto un freno alla tendenza espansiva manifestata dalla Commissione. In tal senso ha ribadito la legittimità dell'intervento comunitario in materia penale attraverso lo strumento della direttiva, ma chiarisce che esso è legato a specifici settori, e quanto alla sua estensione precisa che la determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali applicabili non rientra tra le competenze delle Comunità.

La Corte di Giustizia, in definitiva, con queste due sentenze chiariva, quanto alla materia penale, che il riparto di competenze tra la primo e terzo pilastro non era netto, nel senso che il diritto penale non doveva essere considerato una 'materia' di terzo pilastro quale strumento deputato a disciplinare la cooperazione in materia penale.

La Corte ha considerato il diritto penale una materia trasversale comune al primo e al terzo pilastro, collegata all'obiettivo perseguito, nel senso che, con riferimento particolare al primo, l'obbligo comunitario di penalizzazione è legittimato perché collegato ad una politica essenziale della Comunità, dunque esso è da ritenere legittimo in tutte le politiche repute essenziali per la Comunità. In secondo luogo, la CGCE ritiene che la possibilità di obblighi comunitari di penalizzazione sia possibile solo nei casi in cui questi siano indispensabili²⁷⁴.

La tecnica degli obblighi comunitari di penalizzazione ha trovato poi un positivo riscontro nella successiva, e conseguente, direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 in materia di tutela penale dell'ambiente.

²⁷⁴ L. PICOTTI, *Superamento della tecnica del "doppio testo" e tutela penale degli interessi europei*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 327.

4. La competenza penale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona.

L'evoluzione dei Trattati comunitari, unitamente agli arresti della Corte di Giustizia, sollecitati dalle spinte della Commissione all'ampliamento delle competenze europee concorrenti, è giunta - fino all'approvazione del Tratto di Lisbona - a configurare un sistema piuttosto articolato.

Tale sistema si snodava tra primo e terzo pilastro, tra competenze esplicite ed implicite, e denotava chiaramente una contraddizione di fondo tra ciò *'che si poteva dire'*, cioè i poteri normativi espressamente riconosciuti dai Trattati, e ciò *'che non si poteva dire'*, cioè le competenze riconosciute dalla Corte di Giustizia. Tale contrapposizione rifletteva diverse difficoltà tecniche e, non a caso, politiche²⁷⁵. Da un lato, le forti resistenze dei Governi nazionali ad assecondare la Commissione europea nel riconoscere esplicitamente la competenza penale dell'Unione europea, in sede di revisione dei Trattati luogo pur sempre caratterizzato dal metodo intergovernativo. Tali resistente sono storicamente dovute sia all'ontologica ritrosia nei confronti delle cessioni di sovranità in una materia *'sensibile'* come quella penale, sia a ragioni squisitamente elettorali, fondate sul timore dell'impopolarità di una scelta di questo tipo, in un contesto europeo oramai caratterizzato da un notevole euroscetticismo. Dall'altro, il limite invalicabile del rispetto della riserva di legge, principio fondamentale comune a diversi paesi europei.

In tale contesto, la Corte di Giustizia, aveva fatto ciò che in sede intergovernativa *'non si poteva fare'*, cioè aveva attribuito attraverso il riconoscimento degli obblighi di penalizzazione di primo pilastro il potere in capo all'Unione europea di stabilire *sostanzialmente* attraverso lo strumento della direttiva ciò che doveva considerarsi socialmente dannoso e penalmente rivalente dunque meritevole di penale, attraverso

²⁷⁵ Sui rapporti tra diritto e politica MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., *passim*.

un metodo deliberativo certamente meno ‘problematico’, più snello e agevole della sede intergovernativa.

La dottrina unanime ha tradizionalmente interpretato il sistema previgente il Trattato di Lisbona nel senso della carenza in capo all’Unione europea di una *competenza penale diretta*, e del riconoscimento di una *competenza penale indiretta*, cioè intesa come potere di imporre agli Stati membri l’emanazione di norme penali, la quale poteva assumere due diverse configurazioni rispettivamente nell’ambito del primo e del terzo pilastro. La prima collegata all’obiettivo di realizzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia mediante la cooperazione internazionale, la seconda volta a soddisfare le esigenze di tutela di interessi comunitari²⁷⁶.

L’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, come è stato osservato da autorevole dottrina, ha aperto una fase nuova nei rapporti tra diritto penale e diritto dell’Unione europea, innovando sostanzialmente rispetto al passato sia in termini di impianto generale sia con riferimento ai singoli poteri riconosciuti all’Unione europea. Con il Trattato di Lisbona, infatti, quel coacervo fenomenico denominato diritto penale europeo, nozione all’interno della quale si sono fatti in passato rientrare fenomeni alquanto eterogenei, ha preso per la prima volta ed esplicitamente la forma di una competenza penale, sia pure indiretta, dell’Unione europea, delineando il Trattato nella materia sostanziale e in quella processuale poteri nuovi e diversi rispetto al passato. Di conseguenza, ha posto la necessità di una ricostruzione sistematica per principi generali ed in tale chiave la necessità di decodificare le linee di una politica

²⁷⁶ BERNARDI, *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 13 ss.; PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa*, cit., p. 346; SICURELLA, *La tutela penale mediata degli interessi della costruzione europea*, in *Lezione di diritto penale europeo*, a cura di GRASSO, 2007, pp. 384-385.

criminale europea al fine di ricostruire i parametri che debbono orientare il concreto operare di tale competenza²⁷⁷.

Il Trattato, nel suo complesso, ha apportato modifiche consistenti all'assetto delle Istituzioni europee, conservando comunque la distinzione tra il Trattato sull'Unione europea (TUE), e l'originario Trattato sulla Comunità europea (TCE), denominato ora Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

Sul piano generale, le due principali innovazioni hanno riguardato l'abolizione del tradizionale sistema dei pilastri a favore del metodo comunitario ed il riconoscimento del valore giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali.

Quanto alla prima, è stata sottolineata la porta 'rivoluzionaria' dei suoi effetti. Essa, infatti, comporta la comunitarizzazione della materia penale del terzo pilastro, che significa assoggettamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia al principio di preminenza del diritto dell'Unione europea sul diritto interno, estraneo al terzo pilastro, nell'ambito del quale dalla sentenza Pupino vigeva il principio dell'obbligo di interpretazione conforme; l'applicazione della regola di cui all'art. 2, paragrafo 2 del TFUE, secondo cui "*gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria*", cioè la competenza penale è divenuta una *competenza concorrente*, nonché l'applicazione delle regole e dei principi dell'ordinario iter legislativo, pertanto maggioranza qualificata per l'approvazione degli atti nel Consiglio e tendenziale pariordinazione del Parlamento europeo.

²⁷⁷ GRASSO, *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di GRASSO, PICOTTI, SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2011, p. 684 ss.; SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di BILANCIA – D'AMICO, Milano, 2009.

Quanto alla seconda, l'art. 6 TUE ha indubbiamente il pregio di tramutare in fonte del diritto una dichiarazione di principi il cui valore vincolante in passato era stato, in maniera frammentaria, riconosciuto soltanto attraverso le sentenze della Corte di Giustizia.

Nella materia penale, in particolare, nell'ambito dell'art. 83 TFUE ha codificato e riorganizzato la competenza penale indiretta, mentre nell'ambito dell'art. 86 TFUE ha previsto l'introduzione di una procura europea competente ad individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea definiti con apposito regolamento.

L'art. 83 TFUE, primo paragrafo, al primo comma, consente al Parlamento e al Consiglio di porre, attraverso lo strumento della direttiva, *“norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni”*. Tali sfere di criminalità sono ulteriormente specificate al secondo comma in un elenco di nove materie, in cui refluiscano testualmente quelle precedentemente attratte nel terzo pilastro, costituite da terrorismo, tratta di esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione dei mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata. Al terzo comma, consente al Consiglio di individuare altre sfere di criminalità, corrispondenti a tali criteri, con una decisione adottata all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

Le competenze del primo paragrafo sintetizzano quelle tradizionalmente riferibili al terzo pilastro con una previsione normativa che, nei tre commi in cui si articola, si presenta caratterizzata da una certa genericità ed imprecisione, oltre che di incertezza applicativa, derivante dal fatto che le materie in cui essa si snoda possono essere

ulteriormente estese attraverso un atto del Consiglio e del Parlamento, ma in cui quest'ultimo svolge una funzione meramente consultiva rispetto al testo formulato dal Consiglio. Tale competenza è *autonoma* perché prescinde da un precedente intervento di armonizzazione.

L'art. 83 TFUE, secondo paragrafo, invece consente al Parlamento e al Consiglio, attraverso il medesimo strumento della direttiva, l'introduzione di "*norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni*", "*allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione*".

Le competenze del secondo paragrafo sono quelle tradizionalmente riferibili al primo pilastro. Secondo una parte della dottrina, tale competenza ha natura funzionale, nel senso che si radica soltanto ove sia indispensabile all'attuazione di una politica dell'Unione, ed *accessoria*, cioè accede ad interventi di armonizzazione già avviati in termini non penalistici. Altra parte della dottrina ritiene, invece, che tale potestà sia da riconoscere, indipendentemente da precedenti iniziative di armonizzazione, anche nelle materie di competenza esclusiva, ai sensi dell'art. 3 TFUE in cui è escluso l'impiego della tecnica dell'armonizzazione, e nelle materie di oggetto unificazione.

In concreto, secondo le previsioni dell'art. 83 TFUE, primo e secondo paragrafo, la competenza indiretta dell'Unione si esplica nel potere di stabilire "*norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni*". Tale formula ripropone il testo previgente dell'art. 31 TUE che nell'ambito del terzo pilastro prevedeva una azione comune per la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni in materia di criminalità organizzata, terrorismo e traffico illecito di stupefacenti.

L'estensione dell'art. 83, anche in termini di ambito applicativo, è alquanto oscura, poiché impiega espressioni generiche, suscettibili di diverse letture nei singoli contesti ordinamentali, incapaci di fornire all'interprete criteri certi e risolutivi.

La questione ha assunto dimensioni di particolare problematicità in ordine al possibile riconoscimento di una competenza penale indiretta sulla parte generale del codice penale. La prevalente dottrina opta per un'interpretazione restrittiva, nel senso di ritenere possibili interventi endosistematici di parte generale nelle materie comprese nell'art. 83, come è accaduto in materia di responsabilità da reato delle persone giuridiche, mentre si è escluso un potere di intervento sulla parte generale sganciato da tali materie. La norma, innovando rispetto al passato, riconosce espressamente un potere di intervento nella materia delle sanzioni, aspetto che evidenzia il profilo funzionale della competenza indiretta, risolvendo il nodo interpretativo posto dalle sentenze della Corte di Giustizia del 2005 e del 2008, che non avevano chiarito se gli obblighi di criminalizzazione potessero essere imposti esclusivamente in termini di armonizzazione delle risposte sanzionatorie. Com'è stato osservato, infatti, la previsione di un livello omogeneo di sanzioni su scala europea è uno strumento particolarmente efficace di realizzazione delle politiche comunitarie²⁷⁸.

Tale norma ha legittimato testualmente il potere per l'Unione europea di obbligare gli Stati membri ad adottare norme penale attraverso i cosiddetti obblighi di armonizzazione penale, riconoscendo *expressis verbis* una competenza penale, sia pure indiretta, dell'Unione europea. In tal senso rappresenta la codificazione di quei

²⁷⁸ GRASSO, *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 700; SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 150; SICURELLA, *La tutela penale mediata degli interessi della costruzione europea*, in GRASSO – SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 38; GRASSO, *Introduzione. Diritto penale e integrazione europea*, in *Lezioni cit.*, pp. 75-76.

poteri in materia penale già previsti nell'ambito del primo e del terzo pilastro. Tale competenza indiretta è esercitata attraverso lo strumento della direttiva che richiede l'atto di recepimento legislativo da parte del legislatore nazionale, la cui discrezionalità viene fortemente limitata e circoscritta sia quanto ai beni giuridici da tutelare, sia quanto alle tecniche di tutela, struttura della fattispecie e scelte sanzionatorie²⁷⁹.

Viene da chiedersi cosa residui, nell'ambito di tale tecnica, sia dello strumento della direttiva, che dovrebbe vincolare nello scopo e non nel mezzo, sia della discrezionalità del legislatore, che sembra assumere un mero ruolo esecutivo, visto che non può contrabbandarsi come esercizio di discrezionalità legislativa un obbligo di recepimento, spesso puntuale, il cui inadempimento dà luogo ad una serie di meccanismi sanzionatori per lo Stato inadempimento, compreso il risarcimento del danno. In realtà, sembra trattarsi un 'equivoco terminologico' che riflette quella prospettata contrapposizione tra ciò che si può dire e ciò che non si può dire, tant'è vero che una parte della dottrina non ha esitato a definire tale competenza diretta seppure esercitata attraverso lo strumento della direttiva e limitatamente ad una funzione armonizzante²⁸⁰.

5. Le nuove competenze penali dell'Unione europea alla prova del principio di legalità.

L'attribuzione della competenza penale indiretta, prima per via giurisprudenziale con le sentenze del 2005 e del 2008, poi con l'espressa previsione dell'art. 83 TFUE ha posto il problema del rispetto del principio di legalità in una duplice direzione.

²⁷⁹ GRASSO, *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., 696; G. MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, IV ed., Milano, 2012, p. 43.

²⁸⁰ PADOVANI, a cura di, *Codice penale*, Giuffrè, 2010, *sub art. 1*, p. 24.

Per un verso, nella dimensione internazionale ed europea, poiché il principio di legalità, com'è noto, rappresenta un principio fondamentale dell'Unione europea appartenente alla tradizione costituzionale comune degli Stati membri, codificato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, già elaborato dalla giurisprudenza della CGCE, nonché ulteriormente previsto dall'art. 7 della CEDU²⁸¹.

Per altro verso, nell'ottica del diritto interno, in quanto l'art. 25, co.2, Cost., come interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale, rappresenta indubbiamente un principio di civiltà giuridica, i cui contenuti non coincidono con il principio di legalità inteso nella dimensione internazionale ed europea, nell'ambito della quale esso svolge essenzialmente la funzione di garantire l'accessibilità e la prevedibilità dell'intervento penale. Nell'ordinamento interno, invece, riserva di legge, tassatività, determinatezza, divieto di analogia, intesi anche in chiave politico criminale, costituiscono livelli avanzati di garanzia rispetto al potere punitivo molto più ampi ed incisivi rispetto ai principi di accessibilità e prevedibilità della norma penale.

Una parte della dottrina sostiene con diversi argomenti che l'attribuzione della competenza penale indiretta all'Unione europea sia rispettosa del principio di legalità²⁸².

In primo luogo, si osserva che gli obblighi di criminalizzazione sono posti con la direttiva, strumento che com'è noto impone un vincolo di scopo ma non dimezzo e che fa salve le prerogative del Parlamento in fase attuativa. Gli obblighi di

²⁸¹ Cfr. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, n.1, pp. 37-64; HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 972 ss.

²⁸² Si tratta di posizione dottrinarie sulla falsariga di quanto sostenuto dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle conclusioni formulate nella causa 13 settembre 2005, riportate da HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 967: "il principio *nullum crimen sine lege* rimane intatto, in quanto l'armonizzazione comunitaria richiede l'intervento dei parlamenti nazionali ai fini della definitiva integrazione delle disposizioni esterne nei rispettivi ordinamenti giuridici".

criminalizzazione, in quest'ottica, possono essere non adempiuti dal legislatore senza conseguenze sul piano interno, poiché la Corte costituzionale non può sindacare l'omesso recepimento di una direttiva. La dottrina evidenzia inoltre l'applicazione nella materia penale del principio elaborato dalla CGCE secondo cui una direttiva non attuata ovvero attuata in modo inesatto incompleto non può creare, estendere o aggravare la responsabilità penale dell'individuo nell'ordinamento interno²⁸³.

In secondo luogo, la dottrina 'europeista' ritiene che il problema del deficit democratico e di legittimazione delle Istituzioni comunitarie, tradizionalmente considerati i principali ostacoli al riconoscimento di una competenza penale, seppure indiretta, dell'Unione europea debba ritenersi superato per diverse ragioni²⁸⁴.

L'art. 11 Cost., sul piano generale, consentirebbe cessioni di sovranità anche nella materia penale, purché tali cessioni garantiscano il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento penalistico, tra cui quello di democraticità dell'intervento punitivo sancito dalla riserva di legge.

Nel caso della competenza indiretta dell'Unione europea in materia penale tali requisiti sarebbero soddisfatti. In particolare, la procedura legislativa ordinaria per

²⁸³ TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 670; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 63 ss.; SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 151; GRASSO, *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., 703.

²⁸⁴ GRASSO, *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., 705; DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in GRASSO – SICURELLA, *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 291; GRASSO, *Relazione introduttiva*, cit., 20-21; SICURELLA, *Il Corpus Iuris come modello per la definizione di un sistema penale europeo*, in *Lezioni*, cit., p. 739 ss.; BERNARDI, *All'indomani*, cit., passim; ID, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Diritto penale e processo*, 2004, p. 9.

l'approvazione delle direttive garantirebbe il rispetto della riserva di legge sia nella *fase ascendente* sia nella *fase discendente* dell'imposizione dell'obbligo penale²⁸⁵.

Nella fase ascendente, infatti, i protocolli n. 1 e n. 2 al Trattato di Lisbona, rispettivamente sul ruolo dei Parlamenti nazionali dell'Unione europea e sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, stabiliscono che il Parlamento nazionale sia informato del progetto di direttiva ed chiamato a rendere pareri, peraltro non vincolanti, sul rispetto del principio di sussidiarietà, che quando depongano in senso contrario alla conformità rispetto a tale principio aggravano la procedura di approvazione. Nella fase discendente, il Parlamento nazionale è in ogni caso chiamato ad attuare la direttiva, quindi sarebbe fatte salve le sue prerogative in termini di sovranità, poiché la legge sarebbe l'unico atto decisivo ai fini dell'esistenza dell'incriminazione penale. L'aspetto che in tale viene ulteriormente considerato come deciso è l'applicazione a tali direttive della procedura legislativa ordinaria prevista dall'art. 294 TFUE, che prevede un potere di emendamento e di veto del Parlamento europeo sugli atti del Consiglio, che assumerebbe una posizione equiordinata rispetto ad esso²⁸⁶.

Altra parte della dottrina, pur nell'ambito di posizioni 'europeiste', contesta tali argomenti, evidenziamo come il problema del rispetto del principio di democraticità dell'intervento sia ancora aperto.

Quanto al presunto coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel processo di formazione delle direttive in materia penale nella fase ascendente, si osserva che i poteri ad essi riconosciuti sono ancora marginali ed insuscettibili di soddisfare le

²⁸⁵ Per un puntuale ricostruzione del dibattito sul rispetto del principio di legalità, con ampia bibliografia, BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 22 ss.

²⁸⁶ Cfr. MANZELLA, *Un trattato necessitato*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di BASSANINI, TIBERI, Bologna, 2008, p. 444; MORVIDUCCI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2008, p. 86; PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 642 ss.

garanzie tradizionalmente connesse alla riserva di legge, poiché non dispongono di un potere di veto vincolante²⁸⁷.

Quanto al presunto ruolo decisivo assunto dal Parlamento nazionale nella fase attuativa discendente, si è ulteriormente obiettato che in tale fase il contributo in termini di specificazione è ‘democraticamente meno significativo’ dell’obbligo di trasposizione della direttiva, in quanto le scelte del Parlamento sono libere ma entro gli stretti margini di discrezionalità lasciati dalla direttiva²⁸⁸.

Si contesta inoltre il rilievo secondo cui la procedura legislativa ordinaria sia rispettosa del principio di legalità. Infatti, è vero che con il Trattato di Lisbona si è realizzato un rinvigorismento delle prerogative del Parlamento europeo, ma quest’ultimo non partecipa in modo pieno alla formazione dell’atto normativo comunitario. Il Parlamento europeo, inoltre, esprime un livello di democraticità diverso e non paragonabile a quello dei Parlamenti nazionali poiché manca un popolo europeo, inteso come proiezione del corpo elettorale costituzionalmente sovrano²⁸⁹. In tal senso, è stato osservato che, mentre nell’ambito della competenza penale autonoma del primo paragrafo dell’art. 83 TFUE, le direttive sono sempre emanate con la procedura di cui all’art. 294 TFUE, per cui rispetto ad esse un minimo di democraticità dell’intervento penale sarebbe garantito, ciò non accade nei casi di competenza penale accessoria di cui al secondo paragrafo, poiché le direttive di armonizzazione penale in tale ambito seguono la procedura legislativa prescelta

²⁸⁷ BERNARDI, *All’indomani del Trattato di Lisbona*, cit., p. 62.

²⁸⁸ In argomento cfr., da ultimo e per tutti, R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell’Unione europea in materia penale*, cit., p. 2584 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁸⁹ PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, cit., p. 254 ss.; RASPADORI, *Il deficit di rappresentatività del Parlamento europeo: limiti e soluzioni*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2009, p. 125 ss.

per le misure di armonizzazione extrapenale già adottate, che può non esser quella ordinaria²⁹⁰.

In dottrina, sotto altra prospettiva e sul piano genetale, con argomenti piuttosto convincenti, si pone in evidenza il vulnus che la competenza indiretta dell'Unione europea arreca al principio di legalità²⁹¹.

Le tesi europeiste interpretano, difatti, il principio di legalità in chiave meramente formale, non nel senso ad esso attribuito dalla dottrina tradizionale, quanto piuttosto di un principio di legalità inteso in senso formalistico. L'obbligo di criminalizzazione sostanzialmente è posto al livello europeo e la legge del Parlamento nazionale costituisce il recepimento di un obbligo che, diversamente da quanto sostenuto dalla tesi contraria, è sanzionato a livello europeo con il tradizionale strumento della procedura d'infrazione. La legge nazionale, dunque, è la mera veste formale di un provvedimento assunto dall'Unione con la direttiva, muovendosi in un ambito di discrezionalità estremamente ridotto. In definitiva, il Parlamento nazionale si vede privato del potere di valutare l'*an* dell'incriminazione penale e della ricorrenza dei suoi presupposti, oltre che di ponderare l'opportunità di diversi strumenti di tutela non penali.

La competenza penale indiretta, autonoma o accessoria, crea in termini analogamente problematici un vulnus di per il rispetto del principio di legalità, inteso in chiave di determinatezza della fattispecie e tassatività della sua interpretazione e applicazione.

Si potrebbe, infatti, sostenere che la previsione di "norme minime" richieda ontologicamente un grado di determinatezza della fattispecie inferiore a quello

²⁹⁰ BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 23.

²⁹¹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 70; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 120; HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 967; MOCCIA, *Il Corpus Iuris*, cit., p. 376.

richiesto per le norme interne di recepimento deputate alla loro applicazione, sulla falsariga di quanto avviene nei rapporti tra legge delega e decreto legislativo. Il problema interpretativo non è di agevole soluzione poiché la stessa norma del Trattato, esplicitamente, sembra descrivere “norme minime” strutturalmente caratterizzate da una certa genericità, in violazione del principio costituzionale di determinatezza.

La dottrina, per scongiurare una contraddizione, che a dire pare difficilmente sanabile, ha proposto, almeno con riferimento alla competenza penale indiretta accessoria, di declinare il principio di determinatezza nel senso di richiedere alle norme penali minime un grado di chiarezza e precisione funzionale ad esplicitare la scelta dello strumento penale, cioè una sorta di onere di puntuale motivazione in ordine alle ragioni legittimanti il ricorso alla sanzione penale rispettoso del principio di proporzionalità ed *extrema ratio*. Una conclusione di questo tipo non dovrebbe valere per la competenza penale indiretta autonoma, poiché il ricorso allo strumento penale appare fondato sulla gravità della materia oggetto di elencazione²⁹².

Allo stesso modo, si potrebbe sostenere che la tassatività non sarebbe richiesta per le “norme penali minime”, poiché insuscettibili di diretta applicazione, e poiché destinate ad essere interpretate ed applicate sono soltanto le norme interne. In tal senso, il problema di tassatività troverebbe soluzione a monte nel ricorso pregiudiziale alla CGCE che potrebbe così sciogliere eventuali nodi interpretativi e fornire le coordinate ermeneutiche utili a chiarire la portata applicativa delle norme minime. La dottrina ha, al contrario, evidenziato che il ricorso pregiudiziale si presenta spesso insufficiente in quanto i pronunciamenti della Corte lungi dall’offrire

²⁹² MARTUFI, *Qualità intrinseche delle norme penali e controllo di legalità*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., par. 5, in corso di pubblicazione., richiamato da BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 27.

soluzioni univoche, spesso sono fonti di ulteriori dubbi e incertezze²⁹³. La problematica, dunque, resta aperta a soluzioni interpretative che si facciano carico di puntellare un norma che, evidentemente, consente all'Unione europea di emanare norme penali connotate da un altro grado di genericità.

L'art. 86 TFUE prevede l'istituzione di una Procura europea, a partire da Eurojust, "*competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, quali definiti dal regolamento*" istitutivo, da adottarsi con procedura legislativa speciale, cioè con voto unanime del Consiglio e approvazione del Parlamento europeo.

Tale previsione, che costituisce applicazione di una delle più significative proposte avanzate con il Corpus Iuris²⁹⁴, era già presente nel testo predisposto dalla Convenzione per il progetto di Costituzione europea. Nella Costituzione europea, l'istituzione della Procura europea era estesa anche alla lotta alla criminalità grave di dimensioni transnazionali. Nel testo adottato con il Trattato di Lisbona tale riferimento è stato eliminato, ma l'art. 86 TFUE ha attribuito al Consiglio Europeo il potere di ampliare le competenze, attraverso un regolamento, estendendole anche a tali forme di criminalità²⁹⁵.

Tale norma rappresenta quella più problematica, sotto il profilo ricostruttivo, tra quelle introdotte con il Trattato di Lisbona, poiché non è chiaro se la norma con l'inciso "*quali definiti dal regolamento*" si riferisca ai reati, che si configurerebbero così di conio europeo, o agli interessi finanziari dell'Unione. Il dibattito nella scienza penalistica è piuttosto contrastato e le principali letture avanzate rispecchiano le

²⁹³ BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 28.

²⁹⁴ Così SOTIS, *Le novità*, cit., p. 158.

²⁹⁵ Sul raffronto tra previsioni della Costituzione europea e Trattato di Lisbona, GRASSO, *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 714.

opinioni maturate proprio con riferimento all'art. III-274 del Trattato costituzionale, rispetto al quale analogamente si era posto il problema dell'attribuzione di una competenza penale diretta.

Una parte della dottrina, evidentemente ispirata da una lettura del primo tipo, ritiene che il regolamento istitutivo della Procura europea sarebbe legittimato a definire i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, configurando l'art. 86 TFUE una forma di competenza diretta dell'Unione europea in materia penale, che radicherebbe una competenza più estesa di quella indiretta dell'art. 83 TFUE, in ragione del peculiare oggetto, costituito dagli interessi finanziari dell'Unione europea²⁹⁶.

Altra parte della dottrina, nello stesso senso, ritiene che la norma configuri una competenza penale 'quasi diretta', poiché riferibile soltanto alla fattispecie incriminatrice, rimandando al legislatore nazionale la determinazione delle sanzioni nell'ambito di uno 'standard di riferimento' fissato a livello europeo²⁹⁷. Si osserva, in tal senso, che la norma in questione assegnerebbe una competenza penale quasi diretta, poiché l'Unione nel porre il precetto penale con norme direttamente applicabili sarebbe legittimata a svolgere il giudizio di necessità di pena, ma non anche ad esercitare la potestà punitiva, poiché in essa manca il riferimento alle sanzioni. Questo dato testuale risulterebbe particolarmente significativo, così non si potrebbe desumere implicitamente il riferimento alle sanzioni, poiché quando il legislatore comunitario ha voluto riferirsi anche all'apparato sanzionatorio lo ha fatto espressamente come nel caso dell'art. 82 TFUE.

²⁹⁶ PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del Progetto di Costituzione per l'Europa*, in *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, 2004, p. 80.

²⁹⁷ SOTIS, *Le novità*, cit., p. 161.

La prevalente dottrina, ispirata da una lettura del secondo tipo, esclude che l'art. 86 TFUE possa essere interpretato nel senso del riconoscimento di una competenza penale diretta o quasi diretta in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea per diversi ordini di ragioni che riflettono in filigrana l'inammissibilità di tale conclusione pena la violazione del limite invalicabile costituito dal principio di legalità²⁹⁸.

Una devoluzione così estesa ed incondizionata, sul piano generale, sarebbe foriera di produrre effetti eversivi nel quadro degli attuali rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione e richiederebbe in ogni caso di essere realizzata attraverso una norma chiara e precisa, diversa dall'art. 86 TFUE, caratterizzato invece da una strutturale ambiguità di fondo.

Per tali ragioni appare preferibile interpretare il verbo "*individuare*", richiamato nella prima parte della norma, nel senso di selezionare reati già esistenti e l'espressione "*quali definiti nel regolamento*" in essa contenuta come riferita non ai reati bensì agli interessi. In tale chiave, la norma è letta nel senso che l'Unione attraverso il regolamento può individuare reati già esistenti a livello europeo, già posti a protezione gli interessi finanziari dell'Unione, e che in esso verrebbero ad essere ulteriormente specificati.

Quanto all'interpretazione del participio passato "definiti" si è osservato che mentre nelle lingue in cui i sostantivi "reati" e "interessi" sono di genere maschile l'espressione può accordarsi con entrambi, cioè "definiti" potrebbe riferirsi tanto ai reati quanto agli interessi, nelle lingue europee in cui il termine "reato" è di genere femminile, ad esempio nel francese e nello spagnolo, "definiti" può riferirsi

²⁹⁸ Cfr. GRASSO, *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 716; ID., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C. E. PALIERO, I, Milano, 2006, p. 697; SICURELLA, *La tutela mediata*, cit., p. 392.

esclusivamente agli interessi finanziari dell'Unione europea²⁹⁹. E' stato inoltre precisato che nel vocabolario giuridico internazionale il verbo "definire" è impiegato per esprimere l'idea dell'indicazione del *nomen iuris* delle singole fattispecie.

²⁹⁹ Cfr. MARINUCCI, *Manuale*, cit., p. 43.

CAPITOLO TERZO

LE INFLUENZE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

SUL DIRITTO INTERNO

Sommario. 1. I conflitti tra diritto dell'Unione europea e diritto penale: la disapplicazione. 2. L'efficacia riflessa o indiretta del diritto dell'Unione europea sul diritto penale. 2.1. L'influenza sulla fattispecie incriminatrice. 2.2. L'influenza sulla sanzione penale. 3. L'influenza interpretativa. 4. L'influenza integratrice. 5. Le influenze del diritto dell'Unione europea sul diritto penale alla prova del principio di legalità.

1. I conflitti tra diritto dell'Unione europea e diritto penale: la disapplicazione.

L'attuale sistema europeo, riconosciuto dalla dottrina prevalente incompetente a creare nuove norme incriminatrici immediatamente applicabili negli Stati membri, dunque privo di competenza penale diretta, può tuttavia incidere sul diritto penale interno in senso opposto, cioè limitando o neutralizzando l'applicabilità della legge penale italiana contrastante con le disposizioni comunitarie, potendo tale effetto limitativo estendersi tanto sulle norme penali anteriori quanto su quelle successive alla normativa europea³⁰⁰.

Questa forma di incidenza, definita anche *disapplicatrice*³⁰¹, particolarmente incisiva nel riplasmare e comprimere gli ambiti del diritto penale interno, secondo la dottrina dominante trova il suo fondamento giuridico nel primato del diritto comunitario sul diritto interno,³⁰² principio elaborato dalla Corte di giustizia³⁰³ e oggi integralmente riconosciuto dalla Corte costituzionale³⁰⁴.

³⁰⁰ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 977; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 69; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 123; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 259. Corte Cost., sent. 18 aprile 1991, n. 168, cit., 1414.

³⁰¹ Questa terminologia, utilizzata dalla giurisprudenza citata della Corte costituzionale e di Giustizia, è impiegata in dottrina da BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, cit., p. 68; Id., *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 13 ss.

³⁰² Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 62; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 67; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 977; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 123; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*,

Sulla base di tale principio, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni comunitarie direttamente applicabili³⁰⁵ prevalgono, *ipso iure*, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, su qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, di conseguenza obbligano il giudice a disapplicare le fattispecie interne qualora risultino assolutamente o parzialmente incompatibili con il diritto comunitario nel precetto o nella sanzione. Rispetto alla produzione normativa successiva, invece, le norme direttamente applicabili impediscono la valida formazione di nuove disposizioni nazionali incompatibili con esse.³⁰⁶

Questa conclusione elaborata dalla Corte di Giustizia, invero, è stata messa in discussione nell'ordinamento italiano dalla Corte Costituzionale la quale, in una prima fase, riteneva che le norme confliggenti con la normativa comunitaria non potessero essere disapplicate direttamente dal giudice, ma solo dichiarate incostituzionali per contrasto con l'art. 11 Cost.: secondo questa prospettiva, dunque, il giudice italiano, di fronte ad una norma interna contrastante con il diritto comunitario, poteva sollevare soltanto una questione di legittimità³⁰⁷.

cit., pp. 259, 277; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 123; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 44. Parte della dottrina ritiene che le norme di diritto comunitario debbano comunque ricevere diretta applicazione nell'ordinamento interno, con un eventuale effetto disapplicante, sia che i rapporti tra diritto comunitario e diritto interno vengano configurati in termini di primato, sia considerando questi ordinamenti come distinti e coordinati, Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 70.

³⁰³ Cfr. CGCE, sent. 9 marzo 1978, causa 106/77 (*Simmenthal*), in *Racc.*, 1978, 629; CGCE, sent. 16 febbraio 1978, causa 88/77 (*Schonenberg*), in *Racc.*, 1978, 473.

³⁰⁴ Corte Cost., sent. 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, 2062, con nota di TIZZANO, *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo*; Corte cost. sent. 18 aprile 1991, n. 168, cit., 1409 ss., spec. 1414.

³⁰⁵ Cfr. CGCE, sent. 9 marzo 1978, causa 106/77 (*Simmenthal*), cit., 629; Corte cost., sent. 8 giugno 1984, n. 170, cit., 2062; Corte Cost., sent. 18 aprile 1991, n. 168, cit., 1414. In dottrina TESAURO, *Diritto Comunitario*, cit., p. 119 ss; GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione Europea*, cit., pp. 303, 554. Nel sistema delineato dalla Corte di Giustizia e dalla giurisprudenza costituzionale le norme comunitarie sono direttamente applicabili e, dunque, capaci di esplicitare l'influenza disapplicatrice sulle norme interne incompatibili, quando sono chiare e precise, e la loro applicazione non è condizionata all'emanazione di ulteriori atti comunitari o nazionali

³⁰⁶ CGCE, sent. 9 marzo 1978, causa 106/77 (*Simmenthal*), cit., 643-644.

³⁰⁷ Corte Cost., sent. 22 ottobre 1975, n. 232, in *Foro it.*, 1975, I, 542.

Con la sentenza n. 170 del 1984, la Corte realizza un radicale ribaltamento dell'indirizzo precedente, aderendo alle medesime conclusioni della Corte di Giustizia. Premesso che *“le disposizioni comunitarie che soddisfano i requisiti dell'immediata applicabilità devono, al medesimo titolo, entrare e permanere in vigore nell'ordinamento italiano senza che la sfera della loro efficacia possa essere intaccata dalla legge ordinaria dello Stato”*, la Corte ha affermato che queste ultime hanno l'effetto *“non di caducare la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia dinanzi al giudice nazionale”*³⁰⁸.

In seguito alla soluzione dello storico conflitto interpretativo tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia con il riconoscimento esplicito del primato del diritto comunitario su quello interno, si è posto il problema di verificare la compatibilità degli effetti da esso derivanti con i meccanismi giuridici che caratterizzano la produzione normativa penale, considerata dalla cultura giuridica europea l'espressione immediata della sovranità nazionale.

In questo contesto, di fronte ai costanti tentativi dei governi degli Stati membri di sottrarre i sistemi penali nazionali all'influenza del diritto comunitario, la Corte di Giustizia, con una linea giurisprudenziale che ormai può dirsi consolidata, ha affermato che il diritto penale, pur esorbitando dalle competenze attribuite dai Trattati alle istanze sovranazionali, non rimane al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto comunitario, il cui rispetto non può variare tra i diversi settori normativi degli ordinamenti nazionali.

In questo modo si è escluso che una tale fondamentale branca del diritto presenti una generale e superiore forza di resistenza rispetto agli altri settori normativi, che ne

³⁰⁸ Corte Cost., sent. 8 giugno 1984, n. 170, cit., p. 2064.

determini la totale impermeabilità al processo di integrazione comunitaria³⁰⁹. Questa ricostruzione è stata accolta positivamente dalla dottrina dominante, che ha sottolineato come una diversa soluzione, che consentirebbe ai singoli Stati di sanzionare penalmente prescrizioni incompatibili con il diritto comunitario, inserirebbe un pericoloso elemento di contraddizione negli ordinamenti nazionali, all'interno dei quali dovrebbero essere applicate tanto la disposizione comunitaria, quanto la norma penale con essa confliggente³¹⁰.

La dottrina penalistica prevalente, dunque, ha ritenuto tecnicamente valida la prospettazione dei rapporti tra fonte comunitaria e interna fornita dalla Corte di Giustizia e recepita dalla Corte costituzionale³¹¹, e ha ribadito il principio in base al quale la disapplicazione per contrasto con il diritto comunitario non determina l'abrogazione o l'invalidazione della legge penale incompatibile, ma soltanto la sospensione della sua efficacia, producendo un effetto inibitorio destinato a perdurare fino a quando vige la norma comunitaria e, di conseguenza, ad esaurirsi con il

³⁰⁹ La possibilità che i generali meccanismi di integrazione giuridica preposti alla costruzione comunitaria incidano anche sul diritto penale è stata affermata dalla Corte di Giustizia in particolare nelle sentenze CGCE, sent. 21 marzo 1972, 82/71, (*SAIL*), in *Racc.*, 1972, 119, V; CGCE, 11 novembre 1981, 203/80 (*Casati*), in *Racc.*, 1981, 2595 ss.; CGCE, 15 novembre 1976, 41/76 (*Donckerwolke*), in *Racc.*, 1976, 1921 ss.; teorizzano in modo compiuto l'incidenza indiretta del diritto comunitario sul diritto penale CGCE, 2 febbraio 1989, 186/87, (*Cowan*), in *Racc.*, 1989, 196 ss.; CGCE, 16 giugno 1998, C-226/97 (*Lemmens*), in *Racc.*, 1998, 3711 ss. Questa soluzione è stata adottata in modo forte rispetto alla strenua difesa dell'impermeabilità del sistema penale nazionale nei confronti del diritto comunitario, sostenuta dal governo italiano e francese.

³¹⁰ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 70; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 977 ss.; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 259.

³¹¹ La Corte precisa che "il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statale" e sottolinea che "il regolamento è reso efficace, in quanto e perchè atto comunitario, e nessuna legge può abrogarne né invalidarne le statuizioni". Corte Cost., sent. 8 giugno 1984, n. 170, cit., p. 2064. Recentemente ribadisce la posizione in termini che non lasciano dubbi: "l'eventuale conflitto tra il diritto comunitario direttamente applicabile e quello interno non dà luogo ad ipotesi di abrogazione o deroga, né a forme di caducazione o annullamento per invalidità della norma interna incompatibile, ma produce un effetto di disapplicazione di quest'ultima". Corte Cost., sent. 11 luglio 1989, n. 389, in *Foro it.*, 1991, I, 1076.

mutamento o la sua rimozione.³¹² La dottrina, inoltre, distingue una disapplicazione per incompatibilità totale³¹³ quando la normativa comunitaria è assolutamente inconciliabile con quella interna, e per incompatibilità parziale,³¹⁴ quando il contrasto non travolge completamente la normativa nazionale, ma comporta una limitazione del campo di applicazione della legge penale: la norma comunitaria, dando una regolamentazione diversa a una parte dei casi che rientrerebbero nella legge penale, imporrebbe il suo primato come legge speciale.

Sebbene questa tesi abbia suscitato un consenso unanime presso le Corti, una dottrina minoritaria ritiene che le norme comunitarie direttamente applicabili contrastanti con quelle nazionali determinerebbero un'implicita abrogazione ed in certi casi una modifica delle disposizioni nazionali confliggenti³¹⁵.

³¹² Esplicitamente sul punto MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 978; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 70; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., p. 181.

³¹³ Nel caso in cui il precetto o la sanzione risultino illegittimi nella loro interezza si ha disapplicazione totale. Un esempio di incompatibilità totale con il diritto comunitario è stato individuato nella L. 16 giugno 1938, n. 841, che attribuiva l'esclusiva della raccolta e della vendita del latte nelle zone urbane alle Centrali del latte e puniva con ammenda la violazione di tale esclusiva, profilandosi un contrasto con i regolamenti comunitari che sopprimevano l'esclusiva di vendita a favore di tali enti. Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 72; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 978; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 14. Questo radicale conflitto è stato dapprima rilevato dalla Corte di Giustizia nella causa SAIL (CGCE, sent. 21 marzo 1972, 82/71, (SAIL), cit., 119, V.), successivamente dalla Corte di Cassazione. Questa, infatti, ha espressamente dichiarato che "le disposizioni relative alle centrali del latte, e in particolare quelle che vietano l'introduzione e la vendita nella zona urbana di latte che non sia di pertinenza della centrale, non sono più applicabili perché la legislazione della Comunità economica europea ha soppresso il regime di esclusiva della vendita riconosciuto alle centrali in alcune zone del territorio nazionale." Cfr. Cass., 4 aprile 1973, in *Giust. pen.*, 1974, II, 214.

³¹⁴ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 72; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 978; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 14. Un esempio di incompatibilità parziale è dato dal caso Ratti, affrontato dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee nel corso di un procedimento penale nel quale il Pretore di Milano contestava all'imputato la violazione della L. 5 marzo 1963, n. 245 in materia di etichettatura di solventi e vernici. La legge italiana imponeva che l'etichettatura contenesse indicazioni ulteriori rispetto a quelle previste da una direttiva analitica non tempestivamente attuata dal legislatore italiano. La Corte di Giustizia ha stabilito che, dopo la scadenza del termine per l'attuazione della direttiva, gli Stati membri non possono imporre che le etichette contengano indicazioni ulteriori rispetto a quelle previste dalla direttiva comunitaria, con la conseguenza che le norme che impongono indicazioni ulteriori non potranno essere applicate a chi si sia conformato alle prescrizioni comunitarie. Cfr. CGCE, sent. 5-4-1979, causa 148/78 (*Ratti*), cit., 1629.

³¹⁵ RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, cit., p. 18 ss.

Si argomenta in questo senso osservando preliminarmente che non è dato rilevare nel sistema costituzionale italiano un potere generale del giudice di disapplicare le norme dell'ordinamento vigente, comprese quelle penali.³¹⁶ Questa concezione, inoltre, considera artificioso ritenere che il primato della normativa comunitaria operi sul giudice anziché sul sistema delle fonti, poiché, affermato come principio essenziale ed irrinunciabile quello dell'efficacia immediata ed uniforme delle norme comunitarie in ciascuno degli Stati membri, appare consequenziale sotto un profilo logico e tecnico-giuridico ritenere che tale principio operi direttamente sulla norma nazionale. In sostanza si rileva che se si discute di fonti giuridiche e, dunque, di relazioni tra disposizioni appartenenti a diversi livelli ordinamentali, il rapporto deve essere ricostruito necessariamente in questi termini. In quest'ottica, il primato non può riguardare che un contrasto tra norme, rispetto al quale i giudici, rilevato che l'atto comunitario ha tolto efficacia alla legge interna, dovrebbero considerare quest'ultima implicitamente abrogata e disapplicarla³¹⁷. In sintesi l'idea centrale di questa ricostruzione è che la disapplicazione rappresenta la conseguenza che il giudice deve assumere rispetto ad un effetto di caducazione o modificazione che la preminenza materiale, spaziale e personale del diritto comunitario esplica sulle fonti del diritto interno.

A sostegno di tali conclusioni si evidenzia come il nostro sistema contemplerebbe innumerevoli ipotesi di abrogazione tacita. Un primo caso è ravvisato nella vicenda relativa alla L. 9 ottobre 1964, n. 991, che vietava la produzione e il commercio di aceto o prodotti contenenti acido acetico non derivanti dalla fermentazione del vino e del vinello, impedendo così la produzione e il commercio dell'aceto di mele. La Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sul caso, con la sentenza 26 giugno 1980,

³¹⁶ RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, cit., p. 21.

³¹⁷ RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, loc. cit.

causa n. 788/79 (*Gilli e Andres*), ha dichiarato che la proibizione di misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative all'importazione, prevista dall' art. 28 T.CE, comprende il divieto sancito da uno Stato membro di importare o porre in commercio aceto di mele, qualora si tratti di aceto legalmente prodotto e messo in commercio in altro Stato membro. Un secondo caso è individuato con riferimento all' art. 29 L. 4 luglio 1967, n. 580, che vietava la produzione e il commercio di paste fresche fatte con grano tenero anziché con grano duro. La Corte di Giustizia, con la sentenza 14 luglio 1988, causa n. 407/85 (*Drei Glocken*), ha dichiarato che l'estensione ai prodotti importati di un divieto di vendere pasta prodotta con grano tenero o con una miscela di grano tenero e duro è incompatibile con gli art. 28 e 30 T.CE³¹⁸. Secondo la prospettiva esposta, le argomentazioni svolte dalla Corte in queste due circostanze consentirebbero di riconoscere un implicito effetto abrogativo delle norme pattizie sulle norme interne incompatibili.

Per cogliere le dimensioni e la reale incidenza del fenomeno, occorre accertare quali atti del sistema comunitario possiedano tali caratteristiche, considerando che quelli di sicura efficacia vincolante sono i Trattati e gli atti di diritto derivato descritti dall'art. 288 TFUE: regolamenti, direttive e decisioni.

Le caratteristiche richieste per la diretta applicabilità sono sicuramente presenti nelle norme dei Trattati, perciò si afferma pacificamente la legittimità della disapplicazione per contrasto sia con disposizioni, sia con principi, espliciti o impliciti, del diritto primario. Norme particolarmente rilevanti del TFUE che hanno pieno contenuto dispositivo e producono, quindi, effetti diretti sull'ordinamento penale degli Stati membri sono l'art. 18, che vieta le discriminazioni fondate sulla nazionalità, l'art. 21, che proibisce l'introduzione di nuovi dazi doganali, l'art. 34, che vieta le restrizioni quantitative all'importazione di merci e le misure di effetto

³¹⁸ Esempificazioni riportate in RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, cit., p. 20.

equivalente, l'art. 45, che sancisce la libera circolazione dei lavoratori nel territorio degli Stati membri, l'art. 49, che vieta le restrizioni al diritto di stabilimento, l'art. 56, che sancisce il divieto di restrizioni alla libera prestazione dei servizi e l'art. 110, che obbliga all'osservanza delle prescrizioni in materia di fiscalità³¹⁹.

Il regolamento, principale atto normativo derivato, è pacificamente considerato idoneo ad esercitare tale efficacia limitativa alla luce dell'art. 288 co. 2 del TFUE, che lo descrive come un atto normativo avente portata generale, obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri³²⁰. Con riferimento non solo al regolamento, ma a tutti gli atti normativi dotati di efficacia diretta, parte della dottrina ritiene che la disapplicazione non incontri nessun ostacolo nel principio di legalità sotto il profilo della riserva di legge, poiché il primato e l'efficacia diretta della fonte comunitaria comportano la produzione di un effetto non espansivo, ma riduttivo della portata della fattispecie incriminatrice³²¹.

Discussa, invece, è la diretta applicabilità delle direttive, atti normativi che vengono adottati secondo l'art. 288 co. 2 del TFUE, dalle stesse istituzioni competenti ad emanare i regolamenti, cioè il Consiglio e in via eccezionale la Commissione. In linea generale, si ritiene che le direttive non possano avere efficacia diretta, poiché lo impedirebbe la natura stessa dell'atto, che vincola lo Stato membro al raggiungimento di un risultato nei tempi prescritti, ferma restando la competenza degli organi nazionali quanto alla forma e ai mezzi per conseguirlo³²².

³¹⁹ Queste ed altre esemplificazioni sono riportate da RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., pp. 38-39 e 206 ss.

³²⁰ Parte della dottrina ritiene che la disapplicazione abbia origine nell'efficacia diretta quando il regolamento è successivo alla norma interna, e nel primato del diritto comunitario quando è anteriore; Cfr. PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 123.

³²¹ Cfr. PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 123; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 45, che sottolinea come l'efficacia "disapplicante" del regolamento trovi fondamento nell'art. 11 Cost., norma la cui applicazione eviterebbe il contrasto con la riserva di legge.

³²² Questa posizione è sostenuta unanimemente in dottrina. Per tutti v. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 71.

Sin dagli anni Ottanta, tuttavia, Consiglio e Commissione hanno frequentemente emanato direttive sempre più dettagliate, con disposizioni particolareggiate ed analitiche, lasciando agli Stati pochissimo spazio per dare un proprio indirizzo nella realizzazione della finalità stabilite. In questo modo esse predispongono una disciplina tanto dettagliata della materia che non solo esclude qualsiasi discrezionalità dello Stato, ma non consente alcuna attività di attuazione che non sia quella del puro e semplice recepimento nell'ordinamento interno³²³. Con riferimento a direttive di questo genere, definite 'dettagliate' o 'analitiche', parte della dottrina, conformemente alla tesi sostenuta dalla Corte di Giustizia³²⁴ ed accolta anche dalla Corte Costituzionale³²⁵, ritiene che, quando lo Stato destinatario sia inadempiente, lasciando decorrere inutilmente il termine per il recepimento, il giudice penale è tenuto a disapplicare la norma penale che contrasti con la regola contenuta nella direttiva. Specificamente si riconosce alla direttiva il requisito della diretta applicabilità e, dunque, un'efficacia, in termini di disapplicazione del diritto penale nazionale, alla stregua delle norme dei Trattati e dei regolamenti, quando la direttiva contenga una disciplina incondizionata, che non lascia alcun margine di discrezionalità nella sua attuazione, e sia sufficientemente precisa, cioè tale che la fattispecie astratta e il contenuto precettivo siano determinati con completezza in tutti i loro elementi³²⁶. Per spiegare sul piano generale il fondamento dell'efficacia

³²³ RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 57.

³²⁴ Cfr. CGCE, sent. 5 aprile 1979, causa 148/78 (*Ratti*), cit., 1629; CGCE, sent. 22 settembre 1983, causa 271/1982, (*Auer*), in *Racc.*, 1983, 2727.

³²⁵ Corte Cost., sent. 18 aprile 1991, n. 168, cit., 1415.

³²⁶ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 63; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 68; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 978; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 71; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., 118, che sottolinea come la diretta applicabilità si produca in base ad un meccanismo diverso dai regolamenti, in quanto ritiene che tale conseguenza costituisca una sorta di "sanzione" per lo Stato inadempiente; RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, cit., p. 18 ss.; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., p. 186; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 48; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 297; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., pp. 57 e 86 ss.; SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, cit., p. 91 ss; BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, cit., p. 60. Svolge

riconosciuta alle direttive non attuate si è osservato che, quando le disposizioni della direttiva non lasciano agli Stati membri alcuno spazio discrezionale, all'obbligo di ricezione certamente esistente nell'ordinamento internazionale a carico dello Stato in virtù dell'art. 287 TFUE, si affianca un obbligo immediatamente operante nell'ordinamento interno che poggia sull'ordine di esecuzione del Trattato istitutivo³²⁷. L'impegno assunto con questo atto dallo Stato membro, dunque, è considerato la ragione che impedirebbe di continuare a dare applicazione alle norme interne confliggenti con la direttiva non attuata. A sostegno della diretta applicabilità della direttiva dettagliata e, quindi, della disapplicazione della fattispecie interna con essa contrastante, parte della dottrina rileva che una differente conclusione produrrebbe una conseguenza inaccettabile: la rilevanza penale della condotta deriverebbe non dalla conformità alla fattispecie tipica come risulta dalla combinazione tra la norma preesistente e quella contenuta nella direttiva, ma dalla diligenza del legislatore nel rispetto degli obblighi scaturenti dalla direttiva³²⁸. Su questa linea la Corte di Giustizia, muovendo dal presupposto secondo cui la direttiva ha efficacia vincolante esclusivamente per gli Stati membri, ha stabilito che il privato può far valere le disposizioni di una direttiva non attuata o recepita in modo scorretto davanti alle giurisdizioni nazionali³²⁹. In questo modo ha attribuito alla direttiva un'efficacia a vantaggio dei singoli, definita, secondo una terminologia comune nella giurisprudenza comunitaria, *efficacia diretta in senso verticale*. Sulla stessa premessa dell'efficacia vincolante riferita esclusivamente agli Stati, la Corte ha stabilito che la direttiva dettagliata, in caso di mancato recepimento, non può far sorgere obblighi a carico di soggetti privati, né verso altri privati, né nei confronti dello Stato,

argomentazioni sostanzialmente contrarie GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 86, che, assumendo una posizione critica nei confronti dell'efficacia "disapplicante" dei regolamenti, sembra implicitamente escludere l'ammissibilità di tale effetto per le direttive.

³²⁷ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 262.

³²⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 64.

³²⁹ CGCE, sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), in *Racc.*, 1987, 3986, punto 13.

escludendo di conseguenza quella che è definita *efficacia diretta in senso orizzontale*³³⁰. In questo senso, quindi, la Corte ha sottolineato che una direttiva non recepita non potrebbe né fondare, né aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione dei suoi precetti. L'efficacia diretta della direttiva non recepita, ammessa sostanzialmente dalla giurisprudenza comunitaria quando si risolve in una limitazione della responsabilità penale, è considerata dalla dottrina come un ulteriore elemento di garanzia dei diritti soggettivi che le direttive riconoscono ai cittadini comunitari³³¹, ma nel contempo è configurata come un rimedio giuridico temporaneo e di portata limitata, che non appare idoneo a dare completa attuazione all'interno degli Stati membri alle direttive non eseguite. In questo senso è considerata emblematica la posizione della Corte di Giustizia che, nel corso delle procedure di infrazione verso gli Stati membri che non hanno recepito le direttive, non ha mai escluso la responsabilità per inadempimento per il fatto che la direttiva, in quanto chiara, precisa e dettagliata, non necessitava di una normativa di attuazione³³².

Le decisioni sono la terza categoria di atti vincolanti che possono essere emanati dagli organi dell'Unione europea per l'assolvimento dei compiti indicati dai Trattati. L'art. 288 co. 4 dispone che "la decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi per i destinatari da essa designati". Nella prassi, le decisioni rivolte ai singoli privati sono generalmente emanate dalla Commissione, mentre quelle dirette agli Stati sono emanate dal Consiglio: queste ultime si avvicinano molto alle direttive,³³³ tranne che nelle ipotesi in cui prevedano un precetto completo al quale lo Stato membro si deve semplicemente adeguare, senza la necessità di emanare norme di attuazione a

³³⁰ Cfr. CGCE, sent. 11 giugno 1987, causa 14/86 (*Pretore di Salò c. X*), in *Racc.*, 1987, 2545 ss.; CGCE, sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), cit., p. 3986, punto 13.

³³¹ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 263.

³³² GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 264.

³³³ Cfr. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione Europea*, cit., p. 308; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 49.

carattere normativo. Adottate in settori cruciali come quelli della concorrenza e degli aiuti statali alle imprese, entrambe le categorie di decisioni producono un'efficacia diretta negli ordinamenti, tanto che, nell'ipotesi di inadempimento da parte dello Stato, fanno sorgere in capo al privato un diritto attivabile direttamente davanti alle giurisdizioni nazionali.

Questi profili inducono parte della dottrina penalistica a ritenere, sulla scia di una datata pronuncia della Corte di Giustizia³³⁴, che l'efficacia immediata e diretta della decisione potrebbe portare ad un'eventuale disapplicazione di precetti o sanzioni nazionali con essa incompatibili³³⁵. Tale conclusione è tuttavia contestata: il fatto che le decisioni non abbiano generalmente contenuti penalistici, non abbiano portata generale e non si riflettano sull'ordinamento penale degli Stati membri, spinge alcuni studiosi ad escludere le decisioni dal meccanismo della disapplicazione della norma interna incompatibile³³⁶.

In generale, l'autorità competente a rilevare il contrasto tra la norma interna e il diritto comunitario è sempre il giudice nazionale che, nel caso in cui dubiti della corretta interpretazione della disposizione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE può – e se si tratta di giudice di ultima istanza (la Corte di Cassazione) deve – sottoporre in via pregiudiziale la questione interpretativa alla Corte di Giustizia. Ebbene, con riferimento a tali ipotesi la Corte Costituzionale ha rilevato che il requisito della immediata applicabilità deve essere riconosciuto anche alle statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia, definita interprete qualificata dei Trattati e della normativa derivata³³⁷. Tale decisione della Consulta ha indotto la dottrina a verificare la legittimità del riconoscimento dell'immediata applicabilità e,

³³⁴ CGCE, sent. 6 ottobre 1970, causa 9/70 (*Grad*), in *Racc.*, 1970, 825.

³³⁵ Cfr. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 50; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 260; CGCE, sent. 6 ottobre 1970, causa 9/70 (*Grad*), cit., 825.

³³⁶ RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 99.

³³⁷ Corte Cost., sent. 23 aprile 1985, n. 113, in *Giur. it.*, 1986, I, c. 28 ss.

dunque, di un eventuale vincolo nascente da una pronuncia interpretativa in capo ai giudici nazionali, chiamati sovente ad un'operazione interpretativa di rilevante complessità, nonché a valutare l'incidenza di tale fenomeno alla luce del principio di legalità.

Si è osservato che il riferimento all'immediata applicabilità operato dalla Corte Costituzionale con riguardo alle sentenze interpretative della Corte di Giustizia risulta ambiguo, poiché sembra riconoscere a tali sentenze una qualità di cui esse non sono necessariamente fornite³³⁸. In questo senso, si è osservato che il valore delle statuizioni interpretative risulta funzione del valore degli atti normativi o dei principi ai quali si collega, così si è escluso che attraverso la pronuncia della Consulta in esame si possa conferire efficacia diretta ad un atto normativo che ne sia privo³³⁹.

In sostanza, questa tesi sembra ribadire che le sentenze interpretative non hanno di per se la caratteristica della diretta applicabilità, ma possono ripetere tale forza dagli atti rispetto ai quali l'interpretazione è stata compiuta. Se la sentenza interpretativa riguarda un regolamento, sarà immediatamente applicabile poiché è il regolamento stesso che è configurato come tale dal Trattato, viceversa non avranno forza vincolante le statuizioni su atti privi in generale del requisito della immediata applicabilità.

Questa dottrina, pur contestando i termini in cui la questione è stata posta e risolta dalla Corte Costituzionale, riconosce comunque che l'uniformità di applicazione della normativa comunitaria, che l'ordinamento europeo tende a realizzare attraverso il monopolio interpretativo della Corte di Giustizia, sarebbe messa in pericolo se si riconoscesse al giudice nazionale la facoltà di discostarsi dall'interpretazione fornita. Di conseguenza, ritiene che il giudice – anche il giudice

³³⁸ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 340.

³³⁹ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 341.

di merito, non solo quello di ultima istanza – debba considerarsi vincolato alla pronuncia della Corte di Giustizia³⁴⁰. Se egli non intenderà seguire l'interpretazione data, non avrà altra strada che quella di sottoporre alla Corte una nuova questione interpretativa³⁴¹.

Sotto questo profilo, si osserva, inoltre, che il meccanismo del rinvio pregiudiziale non sempre è in grado di fornire al giudice dello Stato membro una risposta chiara sull'incidenza che la normativa comunitaria esercita sul contenuto o sull'area di applicazione delle incriminazioni previste nei sistemi penali nazionali, ovvero sulla natura o la misura delle sanzioni stabilite con riguardo ad un certo fatto di reato. Inoltre si evidenzia che una valutazione di identica complessità deve compiere il privato che voglia conoscere se un certo comportamento costituisca reato. Queste valutazioni inducono a ritenere che l'influenza del diritto comunitario sui sistemi penali nazionali abbia un rilevante costo in termini di certezza del diritto: in tutte queste ipotesi, infatti, verrebbero meno la prevedibilità dell'intervento punitivo dello Stato, compromettendo così una delle esigenze fondamentali che stanno alla radice del principio di legalità³⁴².

³⁴⁰ Sul carattere vincolante delle sentenze della Corte di Giustizia Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 978; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., p. 186; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 50; RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, cit., p. 18 ss., che sottolinea come l'immediata efficacia delle statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative implichi per le autorità nazionali il divieto assoluto di applicare la disposizione dichiarata contrastante e l'impossibilità per gli Stati membri di opporvisi sia pure in base a norme di rango costituzionale; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 342.

Al riguardo è opportuno ricordare che la Corte di Giustizia è competente ai sensi dell'art 234 T.CE esclusivamente a formulare l'interpretazione della disposizione comunitaria pertinente, non invece a decidere sulla compatibilità di una norma nazionale con il diritto comunitario. Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 70; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 344; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 978. Il giudice, dunque, sarà vincolato all'interpretazione fornita della disposizione comunitaria, ma sarà libero di valutare discrezionalmente se la disposizione interna è con essa incompatibile e di disporre la disapplicazione. Cfr. Corte Cost., ord. 7-16 marzo 1990, n. 132, in *Rep. Corte Cost.*, 1990, 122.

³⁴¹ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 342.

³⁴² GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 347.

2. L'efficacia riflessa o indiretta del diritto dell'Unione europea sul diritto penale.

Il primato del diritto dell'Unione sul diritto interno produce effetti ulteriori. Una normativa europea direttamente applicabile, caratteristica pacificamente riscontrata nelle norme dei Trattati, regolamenti e direttive dettagliate, avente ad oggetto un settore extrapenale, rientrando nelle competenze dell'Unione, può produrre effetti tradizionalmente definiti 'indiretti' o 'riflessi'³⁴³ sul diritto penale, in quanto conseguenza non direttamente perseguita dall'ordinamento comunitario.

Tali norme infatti possono indirettamente incidere sulla definizione di un elemento costitutivo della fattispecie o anche sull'intero precetto ovvero sulla sanzione. Un tale esito del conflitto tra norma comunitaria e nazionale è a sua volta manifestazione di un conflitto di competenze, che trova soluzione attraverso l'applicazione dei principi generali di prevalenza e di diretta efficacia del diritto comunitario.

Il fenomeno, tradizionalmente ricostruito sulla base della distinzione tra effetti riflessi interessanti la fattispecie incriminatrice e effetti riguardanti la sanzione³⁴⁴, assume forme eterogenee che non sembrano riconducibili alle tradizionali categorie dommatiche degli ordinamenti interni, ma risultano inquadrabili esclusivamente nell'ambito della dinamica della prevalenza del diritto comunitario³⁴⁵. Mentre il fenomeno dell'incidenza del diritto comunitario sulla parte generale del codice penale è ancora allo stato embrionale³⁴⁶, esso ha assunto una consistenza notevole nel

³⁴³ Questa terminologia, divenuta ormai comune nelle trattazioni che affrontano i rapporti tra diritto penale e diritto comunitario, è utilizzata per la prima volta da GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., *passim*.

³⁴⁴ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 72.; 69 ss.; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 267; BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 13 ss.

³⁴⁵ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 67.

³⁴⁶ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 62; SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, cit., p. 1230; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 266. Si ritiene, ad esempio, che la normativa comunitaria, in particolare l'inosservanza delle norme del Trattato, possa costituire il parametro oggettivo su cui fondare un giudizio di colpa.

settore della parte speciale, sia con riferimento ai precetti, sia con riguardo all'apparato sanzionatorio³⁴⁷.

2.1. L'influenza sulla fattispecie incriminatrice.

Una prima forma di influenza della normativa comunitaria sulla sfera di applicazione delle incriminazioni previste nei sistemi penali nazionali si realizza attraverso la creazione di cause di giustificazione.

L'ordinamento comunitario, attraverso le norme dei Trattati e mediante atti esecutivi di diritto derivato, ha istituito le quattro libertà fondamentali dell'Unione europea, il cui esercizio può risultare confliggente con alcune disposizioni interne. Ebbene, in questi casi la dottrina ritiene che l'esercizio del diritto riconosciuto dalla normativa comunitaria paralizzi l'applicazione delle fattispecie penali contrastanti, sia in virtù del primato del diritto comunitario, sia in applicazione dell'art. 51 c.p. Si rileva, infatti, che in queste ipotesi le fattispecie incriminatrici non sono abrogate, ma restano in vigore e, dunque, continuano ad applicarsi a tutti quei casi non coperti dall'esercizio delle libertà comunitarie, ricalcando così lo schema applicativo tipico delle cause di giustificazione, che escludono l'antigiuridicità penale di un fatto che presenta tutti gli elementi della tipicità³⁴⁸.

Il *leading case* di questa forma di influenza è dato dal caso *Auer*³⁴⁹ in cui il ricorrente, laureato in veterinaria e abilitato all'esercizio della professione in Italia, più volte condannato in Francia per esercizio abusivo della professione poiché gli era stata rifiutata l'iscrizione all'albo, ha tuttavia beneficiato, in occasione del giudizio

³⁴⁷ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 63.

³⁴⁸ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 63; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 72; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 270; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 67.

³⁴⁹ CGCE, sent. 22 settembre 1983, causa 271/1982, (*Auer*), cit., 2727.

d'appello, del diritto riconosciutogli dal diritto comunitario di esercitare la professione veterinaria in tutto il territorio dell'Unione³⁵⁰.

Alle medesime conclusioni è pervenuto, in un caso abbastanza simile, il Pretore di Lodi, che ha assolto l'imputato, al quale era stato contestato il reato dell'esercizio abusivo della professione di veterinario, con la formula "perché il fatto non costituisce reato", poiché ha ritenuto che dall'art. 43 TCE, oggi 49 TFUE, e dalle direttive 78/1026 e 78/1027 derivasse il diritto al libero esercizio, in Italia, della professione di veterinario sulla base di titoli di studio e di iscrizioni ad albi professionali effettuate in un Paese europeo³⁵¹.

La norma nazionale relativa all'esercizio abusivo della professione, di conseguenza, pur rimanendo valida ed applicabile nei casi di mancanza del titolo o dell'abilitazione, nei casi esaminati dalla Corte non è stata applicata per l'esistenza dell'esimente del legittimo esercizio di un diritto³⁵².

In un secondo gruppo di ipotesi si verifica una peculiare interferenza tra il livello comunitario e quello nazionale che si risolve in una tipica forma di incompatibilità tra l'incriminazione prevista dalla legislazione nazionale e la normativa europea³⁵³ differenziandosi però dalle ipotesi di influenza disapplicatrice.

Il diritto penale, nella disciplina delle attività economiche, è impiegato frequentemente in funzione sanzionatoria di regolamentazioni extrapenali, senza che

³⁵⁰ Le disposizioni comunitarie che riconoscono tale facoltà sono contenute nelle direttive 78/1026 CEE e 78/1027 CEE che riguardano rispettivamente il reciproco riconoscimento dei diplomi di veterinario e il coordinamento delle disposizioni nazionali relative all'esercizio di tale professione.

³⁵¹ Pretore Lodi, 17 maggio 1984, (*Rienks*), in *Dir. com. scam. int.*, 1984, 189.

³⁵² Cfr. GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 272; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 67.

³⁵³ Occorre anticipare, qui, necessariamente la trattazione delle problematiche relative alla tecnica del rinvio, alla norma penale in bianco e agli elementi normativi della fattispecie, argomenti che saranno trattate successivamente, nel par. 3. Questa anticipazione, tuttavia, è sembrata opportuna e corretta sotto il profilo sistematico, poiché in questa sede ci si occuperà soltanto dei profili interferenti con la tematica qui trattata, dell'incompatibilità e della disapplicazione, mentre nel par. 3 rinvio, norma penale in bianco e elementi normativi della fattispecie saranno affrontati come modelli di tecnica legislativa attraverso i quali si realizza l'influenza integratrice del diritto comunitario sul diritto penale nazionale.

si ricorra necessariamente allo schema della norma penale in bianco. Può dunque verificarsi che la norma penale svolga una funzione meramente sanzionatoria di un precetto descritto prevalentemente in un altro settore extrapenale dell'ordinamento.

In questi casi, se la norma incriminatrice, posta in un ramo extrapenale del diritto, risulta parzialmente o totalmente incompatibile con il diritto comunitario, sia perché contrastante dall'inizio con una disposizione comunitaria, sia perché confliggente con una successiva, il principio del primato impedisce di continuare ad applicare la disposizione sanzionatoria di un precetto che non è più applicabile³⁵⁴.

Le ipotesi nelle quali i giudici comunitari e nazionali hanno constatato il contrasto di talune discipline nazionali la cui violazione risultava penalmente sanzionata con la normativa comunitaria sono state molto frequenti e interessano casi che la dottrina riconduce a due filoni giurisprudenziali.

L'incompatibilità, infatti, è stata affermata soprattutto con riferimento a previsioni contrastanti con i regolamenti comunitari istitutivi di organizzazioni comuni di mercato nell'ambito del mercato comune agricolo ovvero con il divieto di misure di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione prevista dall' art. 34 TFUE³⁵⁵.

Con riguardo al settore agricolo, l'intervento della normativa comunitaria è stato particolarmente penetrante ed incisivo attraverso lo strumento giuridico economico delle organizzazioni comuni di mercato, finalizzate alla realizzazione di una politica agricola comune. La Corte di Giustizia, a partire dal caso *Galli*, ha sostenuto che nei settori disciplinati da una organizzazione comune di mercato, in particolar modo quando si fonda su un regime comune dei prezzi, gli Stati membri non possono più intervenire con norme interne nel processo di formazione dei prezzi

³⁵⁴ Cfr. GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 272; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 68.

³⁵⁵ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 276 ss.

gestito dall'organizzazione stessa³⁵⁶: i regimi nazionali dei prezzi, di conseguenza, risultano incompatibili con il diritto comunitario quando alterino il meccanismo di formazione previsto a livello europeo o influiscano sullo stesso.

Sulla base di tali principi sviluppati dalla giurisprudenza comunitaria, i giudici degli Stati membri e, soprattutto, della Francia e dell'Italia, dove è stato massiccio il ricorso a regimi di prezzi controllati, hanno disapplicato le sanzioni previste per la violazione delle normative statali in materia di prezzi contrastanti con la disciplina delle organizzazioni comuni di mercato³⁵⁷.

Un secondo filone giurisprudenziale nel quale si è manifestata l'incompatibilità di incriminazioni nazionali con il diritto comunitario riguarda il divieto di misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative all'importazione, previsto dall'art. 34 TFUE.

Parte della dottrina desume dalle pronunce della Corte di Giustizia un principio applicativo peculiare, in base al quale una disciplina nazionale in materia di prezzi, valida indistintamente per i prodotti nazionali e quelli importati potrebbe costituire una misura di effetto equivalente, quando nella sua concreta applicazione sia in grado di favorire i secondi rispetto ai primi. Tale effetto, si osserva, potrebbe verificarsi sia quando il prezzo è fissato ad un livello tanto basso da rendere antieconomica l'importazione di prodotti provenienti da altri Stati membri, sia quando il prezzo sia fissato ad un livello tanto alto che i prodotti importati perdono il vantaggio concorrenziale risultante da un prezzo all'origine inferiore³⁵⁸. In applicazione di tale principio, la Corte di giustizia ha ritenuto che un prezzo massimo da applicare indistintamente ai prodotti nazionali ed a quelli importati, pur non costituendo, di per sé, una misura di effetto equivalente può, tuttavia, divenire tale

³⁵⁶ CGCE, 23 gennaio 1975, 31/74 (*Galli*), in *Foro it.*, 1975, IV, 25 ss.

³⁵⁷ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 278.

³⁵⁸ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 279.

qualora sia fissato ad un livello tale da rendere impossibile il commercio dei prodotti importati rispetto a quelli nazionali, e un prezzo molto basso può essere compreso nelle misure di effetto equivalente quando gli importatori che intendono acquistare tali merci possono farlo soltanto in perdita³⁵⁹. Facendo applicazione di questi principi, i giudici nazionali hanno in molti casi disapplicato le disposizioni penali che sanzionano la violazione delle regolamentazioni in materia di controllo dei prezzi, poiché considerate contrastanti con il diritto comunitario³⁶⁰.

Questioni particolarmente complesse si pongono con riguardo ad un terzo gruppo di ipotesi, in cui la normativa extrapenale interna penalmente sanzionata non risulta semplicemente inapplicabile per contrasto con disposizioni comunitarie, ma viene sostituita, totalmente o parzialmente, da una normativa comunitaria volontariamente adottata per disciplinare il settore.

Un primo profilo attiene alla rilevanza penale della condotta dell'agente che si sia attenuto alle prescrizioni normative risultanti dall'intervento della disciplina comunitaria, contravvenendo alla preesistente normativa nazionale. Ebbene, secondo una giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia e in applicazione del principio della prevalenza del diritto comunitario, appare consequenziale concludere nel senso della liceità della condotta, non più sanzionabile per l'avvenuta sostituzione della disciplina interna originaria con quella europea³⁶¹.

Un secondo aspetto decisamente problematico concerne l'eventuale estensibilità della previsione di una sanzione penale, originariamente prevista per la normativa interna, alla nuova disciplina introdotta dall'atto comunitario in caso di

³⁵⁹ Cfr. CGCE, 26 febbraio 1976, 65/75 (*Tasca*), in *Foro it.*, 1976, IV, c. 290; CGCE, 26 febbraio 1976, 88-89/75 (*SADAM c/ CIP*), *ivi*, c. 286-287.

³⁶⁰ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 280.

³⁶¹ CGCE, sent. 5 aprile 1979, causa 148/78 (*Ratti*), cit., 1979, 1629.

sua violazione, pur nell'ottemperanza della precedente legislazione nazionale o in caso di contestuale violazione delle due discipline.

Tale possibilità è pacificamente esclusa con riguardo alle disposizioni contenute in una direttiva che, anche se dotate di efficacia diretta, non possono comunque costituire il fondamento per vincoli giuridici in capo agli individui – e *a fortiori* non possono fondare o estendere l'illiceità penale di un comportamento³⁶² - potendo determinare esclusivamente obblighi in capo agli Stati.

Con riferimento ad una normativa comunitaria di natura regolamentare, è stato sostenuto che una soluzione positiva non potrebbe risultare *a priori* radicalmente esclusa, dovendosi distinguere varie ipotesi³⁶³.

In ossequio al principio di legalità, parte della dottrina esclude che la nuova normativa comunitaria possa subentrare alla preesistente regolamentazione nella definizione del precetto, in tutti quei casi in cui la norma penale sanzionatoria contenga un *rinvio esplicito* alla specifica disposizione legislativa extrapenale preesistente. Secondo questo orientamento, in tali ipotesi si esclude qualunque possibilità che la sanzione penale, disposta in relazione alla precedente disciplina nazionale non più applicabile, sia automaticamente estesa a tutela delle nuove previsioni comunitarie, che risulterebbero destinate a rimanere sprovviste di tutela fino a quando il legislatore nazionale non intervenga in modo espresso³⁶⁴. L'estensione della normativa sanzionatoria alla nuova disciplina comunitaria sarebbe

³⁶² La Corte di Giustizia è stata piuttosto chiara sul punto. Cfr. CGCE, sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), cit., p. 3986, punto 13.; CGCE, sent. 11 giugno 1987, causa 14/86 (*Pretore di Salò c. X*), cit., p. 2570, punti 18-20; CGCE, sent. 26 settembre 1996, causa 168/95 (*Arcaro*), in *Racc.*, 1996, 4729, punto 36; CGCE, sent. 12 dicembre 1996, causa 74/95 (*Ignoti*), in *Dir. pen. proc.*, 1998, III, 307.

³⁶³ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 75.

³⁶⁴ Cfr. GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 288; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 76.

ammessa esclusivamente nell'ipotesi di una sostanziale coincidenza di contenuto con la disciplina nazionale preesistente³⁶⁵.

I termini del problema risultano differenti quando il legislatore abbia fatto ricorso alla tecnica della norma penale in bianco, affidando in tutto o in parte a fonti di rango sublegislativo la descrizione del fatto illecito. In ipotesi di questo genere la regolamentazione comunitaria sostituisce, modifica o integra il contenuto precettivo contenuto nella fonte sublegislativa, cosicché sorge il problema di verificare l'ammissibilità dell'applicazione della disposizione sanzionatoria preesistente al nuovo contenuto precettivo modellato dalla normativa europea. La questione presenta diversi punti sensibili, poiché la soluzione del problema dipende dalla configurazione assunta nell'ordinamento dalla riserva di legge in senso assoluto o relativo e, dunque, dal ruolo riservato alle fonti secondarie nella definizione dei precetti penali.

Per l'ordinamento italiano, forme di eterointegrazione ispirate al modello della norma penale in bianco sono considerate dalla dottrina dominate inammissibili, poiché la delega alla descrizione del precetto da parte della norma penale in favore della norma secondaria si porrebbe in conflitto con il principio di legalità, in particolare con la riserva di legge in materia penale³⁶⁶. Questa posizione dovrebbe portare a ritenere coerentemente esclusa la legittimazione del sistema di integrazione, a prescindere dalla fonte interna o comunitaria della disposizione in questione³⁶⁷. Sennonché la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione, ha affermato che le norme penali in bianco non violano il principio di legalità quando è una legge dello Stato ad indicare caratteri, presupposti, i limiti ed il contenuto degli

³⁶⁵ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 289.

³⁶⁶ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 50 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 31.

³⁶⁷ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 77.

Atti dell' autorità amministrativa ai quali la legge affida la descrizione del fatto tipico³⁶⁸. Questa ricostruzione ha indotto parte della dottrina a ritenere non esclusa *a priori* la legittimità dell'incidenza sulla definizione del precetto da parte di una normativa comunitaria che per il principio di prevalenza del diritto comunitario si sostituisce ad una disciplina extrapenale di rango secondario. In questo senso, infatti, è stato sostenuto che, una volta che la regolamentazione comunitaria si venga a sostituire alla precedente disciplina interna di fonte sublegislativa, alla quale era affidata la determinazione del precetto da parte della norma penale in bianco, sarebbe ammissibile che la violazione dei precetti posti dalla normativa comunitaria continui ad essere penalmente sanzionata come lo era la violazione della precedente disciplina nazionale, sempreché non vi ostino ragioni di tecnica legislativa. Secondo questa tesi, un impedimento di questo tipo potrebbe nascere quando la norma penale in bianco si riferisca a provvedimenti specifici o adottati da una determinata autorità amministrativa³⁶⁹. Detta soluzione conseguirebbe alla considerazione secondo cui alla normativa comunitaria non potrebbe comunque essere negato per lo meno il ruolo riconosciuto alla normativa nazionale di rango sublegislativo³⁷⁰. Si rileva, inoltre, che la posizione di chi nega qualunque apporto della normativa comunitaria alla formulazione del precetto penale si rivelerebbe troppo rigida sotto il profilo dommatico e smentita, sul piano meramente fattuale, dalla prassi giurisprudenziale di alcuni Stati membri delle Comunità che, sia pure in limiti assai contenuti, non escluderebbe del tutto il ruolo delle fonti sovranazionali³⁷¹. In termini generali, infine, si riconosce che, quando una regolamentazione di fonte comunitaria si sostituisce ad una precedente normativa interna nella disciplina di un determinato

³⁶⁸ Corte Cost., sent. 14 giugno 1990, n. 282, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 989.

³⁶⁹ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 293.

³⁷⁰ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 294.

³⁷¹ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 296.

settore, la sanzione della relativa violazione richiederebbe un esplicito intervento del legislatore nazionale³⁷².

Questa tesi, sostanzialmente favorevole all'applicabilità della sanzione prevista dalla norma penale in bianco alla nuova disciplina comunitaria, è contestata da quanti osservano che la sostituzione, la modifica o l'integrazione della normativa secondaria nazionale da parte della disciplina comunitaria infrangerebbe o comunque disattenderebbe sostanzialmente quell'unico debole filtro di protezione delle esigenze sottese al principio di legalità, rappresentato dalla condizione che gli atti normativi secondari cui la legge penale rinvia per la concreta definizione, totale o parziale, del precetto siano comunque provvedimenti di cui la legge statale determini i presupposti, il contenuto, i limiti³⁷³. Un tale preventivo inquadramento dei contenuti dei provvedimenti sublegislativi nazionali, requisito della legittimità del meccanismo, sarebbe in fatti per definizione escluso nel caso di sostituzione o modifica della normativa secondaria nazionale ad opera di quella europea³⁷⁴.

Incerta e, comunque, non univoca si presenta la soluzione riguardo alle ipotesi in cui la disciplina extrapenale sostituita, modificata o integrata dall'intervento comunitario è destinata a fornire i contenuti di uno degli elementi costitutivi del precetto, costruito come elemento normativo della fattispecie. A tal proposito si osserva che quando la normativa extrapenale descrittiva dell'elemento normativo è di rango legislativo, il rispetto della riserva di legge si porrebbe quale fattore di sbarramento all'operatività del principio di prevalenza e di diretta efficacia del diritto comunitario, tutte le volte in cui la normativa comunitaria che va a sostituirsi a quella nazionale comporti un'estensione o un'aggravamento della responsabilità penale dell'agente, inibendo il generale meccanismo della

³⁷² GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, loc. cit.

³⁷³ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 79.

³⁷⁴ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 80.

disapplicazione della normativa nazionale seguita dall'applicazione della disciplina contenuta nell'atto comunitario³⁷⁵. Su questo punto è stato rilevato inoltre che il pieno rispetto della riserva di legge richiederebbe che ogni eventuale incidenza *in malam partem* della legislazione comunitaria sulla disciplina penale di un determinato settore, quale conseguenza dell'incidenza sulla normativa extrapenale integratrice di un elemento normativo della fattispecie, risulti mediato dall'intervento modificativo della disciplina legale nazionale ad opera del legislatore³⁷⁶.

L'ammissibilità di un'incidenza *in peius* della normativa comunitaria sulla portata applicativa della norma incriminatrice, come conseguenza della prevalenza sulla normativa extrapenale nazionale di rango legislativo, è sostenuta da parte della dottrina effettuando una distinzione tra *norme extrapenali definitorie* integratrici del precetto (come nel caso della definizione di imprenditore commerciale contenuta negli art. 2082-2083 c.c. che integra molte fattispecie penali descritte dalla legge fallimentare) e *norme extrapenali di qualificazione di concetti normativi* (come avviene nel caso delle norme del codice civile che disciplinano i modi di acquisto della proprietà e necessarie per identificare il concetto di "altruità" essenziale nella configurazione del reato di furto) che non esprimerebbero "il senso dell'illecito" ponendosi come semplice criterio di applicazione del precetto e non quale criterio di determinazione delle condotte dei consociati³⁷⁷. Sulla base di tale distinzione, mentre nel caso di norme definitorie un'automatica sostituzione dovrebbe essere preclusa, con riguardo alle norme extrapenali di rango legislativo qualificative di concetti normativi risulterebbe legittimo un intervento estensivo della responsabilità da parte della disciplina comunitaria, con conseguente ampliamento dell'ambito applicativo

³⁷⁵ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 81.

³⁷⁶ DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 961.

³⁷⁷ ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 2^a ed., 1995, sub art. 47, p. 497.

della fattispecie incriminatrice, anche al di fuori di un apposito intervento del legislatore nazionale, poiché esse non contribuirebbero alla definizione del tipo di illecito e del relativo nucleo significativo³⁷⁸.

Nei casi in cui la definizione dei contenuti di un elemento normativo della fattispecie avvenga ad opera di una normativa secondaria, modificabile pertanto *in peius* da una disciplina di pari grado, parte della dottrina ritiene legittimo l'intervento sostitutivo della normativa europea, in quanto espressione di un'esigenza di continuo aggiornamento tecnico della fattispecie, rispetto alla quale non sembrerebbero sussistere fondate ragioni per escludere l'ammissibilità di un tale contributo anche con possibili effetti estensivi della responsabilità penale³⁷⁹.

Sulla base della ricognizione effettuata, può affermarsi che l'intervento della normativa comunitaria in sostituzione di una normativa interna che concorra a definire in tutto, come nel caso della norma penale in bianco, o in parte, come nelle ipotesi di integrazione con elementi normativi, il contenuto precettivo presenti profili di frizione con il principio di legalità sotto il profilo della determinatezza-tassatività, in ragione della frequente ambiguità dei testi normativi comunitari, spesso di carattere tecnico. Questo non è considerato un problema capace di bloccare l'integrazione del precetto da parte della normativa comunitaria da parte di chi osserva che è riscontrabile una tendenza delle istituzioni comunitarie a porre una sempre maggiore attenzione alla chiarezza e alla precisione della normazione, con un conseguente impegno concreto sia sul piano del miglioramento della formulazione, sia sul piano dell'accessibilità³⁸⁰.

³⁷⁸ Cfr. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, cit., p. 375.

³⁷⁹ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 82.

³⁸⁰ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 84.

2.2. L'influenza sulla sanzione penale.

Il contrasto con il diritto dell'Unione europea può riguardare, oltre che il precetto, anche la sanzione prevista dalla legge incriminatrice statale, producendo effetti indiretti o riflessi sulla tipologia o la misura delle sanzioni in una duplice direzione.

Per un verso, con riguardo ad alcune sanzioni che, per il loro contenuto, possono interferire direttamente con le libertà fondamentali riconosciute dai Trattati.

Per altro verso, un problema di conflittualità indiretta può porsi nelle materie in cui il diritto dell'Unione, riconoscendo le quattro libertà fondamentali, quali la circolazione delle persone, delle merci, dei capitali e dei servizi, consente agli Stati membri di regolare l'esercizio di tali diritti e stabilire eventuali sanzioni. Quando tali sanzioni assumono in concreto un contenuto impeditivo dell'esercizio del diritto si pone un problema di conflittualità con l'ordinamento comunitario³⁸¹.

Con riferimento alla prima categoria, il contrasto con il contenuto della sanzione, emerge indipendentemente dal tipo di reato cui essa è ricollegata, dunque, anche quando si tratti di offese a beni di pertinenza non comunitaria. Vengono in considerazione, in particolare, le misure di sicurezza dell'espulsione, dell'allontanamento dello straniero e quelle attraverso le quali si interdice ad un soggetto il soggiorno su una parte del territorio di uno Stato membro, in quanto contrasterebbero con la regolamentazione della libertà di soggiorno riconosciuta dal diritto comunitario.

La misura di sicurezza del divieto di soggiorno che si applica indistintamente ai cittadini italiani e agli stranieri non sembrerebbe porre problemi di compatibilità

³⁸¹ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 75; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 309; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 85.

con il diritto comunitario³⁸², poiché ritenuta pienamente rispettosa del principio di non discriminazione³⁸³.

L'espulsione dello straniero, ai sensi dell'art. 235 c.p., si configura come misura di sicurezza che può essere applicata, oltre che nei casi espressamente previsti dalle singole norme incriminatrici, per qualsiasi reato che abbia comportato una condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a dieci anni.

Tale disciplina ha posto diversi problemi di compatibilità con la direttiva 64/221 e con i principi elaborati dalla Corte di Giustizia³⁸⁴. Le norme del Titolo III del TFUE sulle libertà fondamentali e la direttiva citata, infatti, legittimano l'adozione di provvedimenti che incidano sulla libertà di soggiorno riconosciuta ai cittadini degli Stati membri ad una duplice condizione: presupposto del provvedimento deve essere un comportamento personale dello straniero e non la mera esistenza di una sentenza di condanna e, inoltre, quel comportamento deve rappresentare una minaccia per l'ordine o la sicurezza pubblica, intesa, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia, come minaccia effettiva e abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali dell'Unione³⁸⁵.

In base a tali premesse, si è sostenuto la parziale incompatibilità della disciplina prevista nel diritto italiano per l'espulsione, nella misura in ritenga sufficiente per l'espulsione la mera pericolosità sociale del condannato.

Pertanto, ne è stata proposta una lettura correttiva in base alla quale, per applicare tale misura nei confronti del cittadino di uno Stato membro, non basterà

³⁸² GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 315.

³⁸³ La Corte di Giustizia ha avuto modo di precisare, nella sentenza *Rutili*, che provvedimenti restrittivi del diritto di soggiorno su limitate parti del territorio nazionale possono essere adottati nei confronti dei cittadini di altri Stati membri cui si applica il Trattato, solo negli stessi casi e ricorrendo agli stessi presupposti per l'applicazione di tali provvedimenti ai cittadini dello Stato precedente. CGCE, 28 ottobre 1975, 36/75 (*Rutili*), in *Racc.*, 1975, 1234-1235.

³⁸⁴ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 75; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 315; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 86; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 358 ss.

³⁸⁵ CGCE, 27 ottobre 1977, 30/77, in *Racc.*, 1977, 2013 ss.

che il giudice accerti la pericolosità sociale del condannato, come definita dal codice penale italiano, ma sarà necessario che questi assuma una nozione più restrittiva e pregnante di pericolosità, circoscritta alla possibilità di commissione di reati particolarmente gravi, tali da rappresentare una seria minaccia per uno dei fondamentali interessi della Comunità europea³⁸⁶.

La seconda forma di influenza del diritto comunitario sulle sanzioni previste dai sistemi penali nazionali, concernente le sanzioni stabilite per la violazione di precetti il cui contenuto interferisca con la regolamentazione comunitaria, si è manifestata nei settori nei quali la normativa comunitaria primaria e derivata ha prodotto in capo ai cittadini comunitari un diritto soggettivo. E' il caso ancora delle libertà di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali.

In tali settori il diritto comunitario conferisce agli Stati la possibilità di intervenire a tutela di interessi nazionali, introducendo misure di controllo o imponendo obblighi accessori a carico dei titolari del diritto.

Specificamente il contrasto è sorto tra le sanzioni penali stabilite dalle norme statali per l'inosservanza delle misure di controllo alla libera circolazione delle persone, merci, servizi e capitali adottate dagli Stati membri, e la normativa comunitaria³⁸⁷.

La Corte di Giustizia, pur riconoscendo la legittimità dell'adozione di determinate misure di controllo e dell'imposizione di taluni obblighi ai beneficiari dei diritti, ha individuato una serie di limiti alle scelte di politica sanzionatoria compiute dai legislatori, riguardanti la natura, la misura o il criterio di

³⁸⁶ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 75.

³⁸⁷ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 76; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 318; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 88.

commisurazione delle sanzioni previste per l'inosservanza delle restrizioni stabilite dalla normativa nazionale³⁸⁸.

Secondo la giurisprudenza della CGCE, la sanzione per la violazione delle prescrizioni che si ricollegano all'esercizio del diritto riconosciuto dalla normativa comunitaria non può essere tale da comportare la negazione dello stesso diritto di libertà.

Così, in materia di libera circolazione delle persone, la Corte ha affermato che tra le sanzioni previste per l'inosservanza dell'obbligo di denunciare all'autorità competente dello Stato ospitante l'ingresso nel territorio ovvero per l'inosservanza delle formalità prescritte per comprovare il diritto di soggiorno non può essere compresa l'espulsione, poiché comporta la negazione del diritto conferito e garantito dal Trattato³⁸⁹.

Un secondo limite la Corte di Giustizia lo ha desunto dal *principio di proporzione*, da quell'esigenza di comparazione tra le finalità perseguite dall'intervento pubblico e i mezzi impiegati, che risulta essenziale in uno Stato sociale di diritto e che dovrebbe permeare anche l'ordinamento comunitario. Un tale principio, che potrebbe essere desunto dai principi generali comuni agli Stati membri sulla base dell'art. 246 TFUE, è considerato dalla dottrina come uno dei principi generali non scritti del diritto comunitario³⁹⁰ ed è stato eretto dalla giurisprudenza comunitaria a principio cardine di ogni intervento in materia sanzionatoria³⁹¹.

³⁸⁸ I principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria come parametro di riferimento per valutare la legittimità delle scelte nazionali rispetto alle libertà sancite dal Trattato sono riportati con le medesime argomentazioni da MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 76; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 319 ss.; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 86-93.

³⁸⁹ CGCE, 3 luglio 1980, 157/79 (*Regina c/ Pieck*), in *Racc.*, 1980, 2186-2187.

³⁹⁰ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 321.

³⁹¹ I primi accenni al principio di proporzione quale principio fondamentale dell'ordinamento comunitario si rinvencono già nelle prime decisioni della Corte di Giustizia relative al Trattato CECA. Cfr. CGCE, 29 novembre 1956, (*Fédération Charbonnière de Belgique c/ Alta Autorità*), causa 8/55, in *Racc.*, 285 ss. A partire dalla sentenza CGCE, 17 dicembre 1970, causa 11/70 (*Internazionale*

Interpretato dalla Corte di Giustizia in termini estremamente ampi, che finiscono per ricomprendere i parametri relativi al criterio della non discriminazione, nella giurisprudenza comunitaria il canone della proporzionalità si pone, oltre che come parametro di controllo di ogni palese sproporzione, quale criterio di una più incisiva valutazione in termini di stretta proporzione e di ragionevolezza³⁹².

Nell'ambito di tale valutazione, risulterà incompatibile con l'ordinamento comunitario qualunque sanzione che superi i limiti della stretta necessità³⁹³, valutata tenendo conto dell'ostacolo eventualmente posto alle libertà riconosciute dal Trattato, e che si presenti, quanto all'intensità dell'intervento lesivo, comunque sproporzionata rispetto alla natura e alla gravità della violazione, valutate alla luce delle ripercussioni che il riconoscimento delle libertà fondamentali dell'ordinamento comunitario produce sulla gerarchia dei valori tutelati dall'ordinamento interno³⁹⁴.

Attraverso questi riferimenti assiologici la Corte si è dotata di un importante strumento per interferire in modo piuttosto deciso sulla sovranità sanzionatoria statale, giungendo a stabilire se determinate ipotesi di illecito potessero essere

Handelsgesellschaft), in *Racc.*, 1970, 1125 ss. , nelle conclusioni dell'Avvocato generale Dutheillet del Lamotte, si affronta specificamente la questione relativa alla fonte giuridica di tale principio che egli riconduce ai principi generali di diritto non scritto dell'ordinamento comunitario, nel senso che costituirebbe espressione del generale principio dello Stato di diritto immanente nell'ordinamento comunitario. Accenni a tale problematica sono contenuti implicitamente in CGCE, 13 luglio 1962, (*Mannesmann*), causa 19/61, in *Racc.*, 1091 ss.

³⁹² SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 91.

³⁹³ In questo modo si tratterebbe di verificare che non sia disponibile nessun altro mezzo egualmente efficace ma meno gravemente incidente. Ampiamente, su questo punto, CGCE, 18 maggio 1993, (*Rocher*), causa C-126/91, in *Racc.*, 2361 ss. spec. punto 18; CGCE, 26 giugno 1980, (*Obstessig I*), causa 788/79, in *Racc.*, 2071 ss.; CGCE, 9 dicembre 1981, (*Obstessig II*), causa 193/80, in *Racc.*, 3019 ss.; CGCE, 7 febbraio 1984, (*Jongeneel Kaas*), causa 237/82, in *Racc.*, 483 ss.; CGCE, 20 settembre 1988, (*Dänischen Pfandflaschen*), causa 302/86, in *Racc.*, 4607; CGCE, 2 febbraio 1989, (*Wurs-Warten*), causa 274/87, in *Racc.*, 229 ss.

³⁹⁴ Tale parametro sviluppato maggiormente con riguardo alla sanzioni di origine comunitaria è stato citato anche con riferimento a quelle nazionali. Per tutti CGCE, 28 novembre 1989, (*Groener*), causa 379/87, in *Racc.*, 229 ss.; CGCE, 20 settembre 1988, (*Dänischen Pfandflaschen*), cit., 4613.

sanzionate con pene pecuniarie o con pene detentive, ovvero con sanzioni amministrative o sanzioni penali³⁹⁵.

La Corte, inoltre, ha chiarito che tale principio trova applicazione non solo con riguardo alla fase attuativa del diritto, ma anche in quella creativa, assumendo quale destinatario il legislatore nazionale e comunitario, implicando l'invalidità di eventuali atti comunitari con esso confliggenti. In questo modo, al principio di proporzione è evidentemente riconosciuta la qualità di principio generale ed un rango analogo alle norme di diritto comunitario primario³⁹⁶.

E' stata rilevata, dunque, la peculiarità del metodo seguito dalla Corte di Giustizia che, ponendosi in una posizione diversa da quella della Corte Costituzionale italiana - che si limita a censurare ingiustificati arbitri del legislatore rilevabili mettendo in relazione scelte legislative e interessi³⁹⁷ -, imposta il giudizio di proporzione mettendo in relazione l'interesse nazionale a tutela del quale l'opzione sanzionatoria è stata predisposta e l'interesse comunitario che risulta sacrificato da tale disciplina sanzionatoria nazionale³⁹⁸. Nell'ambito di un tale confronto in cui l'interesse nazionale potrebbe peraltro risultare ridimensionato rispetto al generale riassetto della gerarchia di valori determinato dal processo di integrazione comunitaria, la relativa disciplina sanzionatoria potrebbe risultare sproporzionata e pertanto incompatibile con l'ordinamento comunitario.

Un terzo limite al potere discrezionale degli Stati membri in tema di sanzioni è stato tracciato attraverso il richiamo al *principio di non discriminazione*, che risulta talvolta collegato all'applicazione del principio di proporzione. Il carattere eccessivo

³⁹⁵ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 76; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 91, che sottolinea come la Corte stia gettando in questo modo le basi per una penetrante opera di armonizzazione punitiva, ad oggi non ancora pienamente sviluppata.

³⁹⁶ CGCE, 24 ottobre 1973, (*Balkan-import-export*), causa 5/73, in *Racc.*, 1091 ss.; CGCE, 5 luglio 1977, (*Bela Müle*), causa 114/76, in *Racc.*, 1211 ss.

³⁹⁷ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 92.

³⁹⁸ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 327.

e sproporzionato di una misura di controllo e della relativa sanzione potrebbe risultare proprio dall'aver impiegato a carico di cittadini di altri Stati membri sanzioni più gravi rispetto a quelle previste a carico dei propri cittadini³⁹⁹. In applicazione del principio in esame la Corte di Giustizia, ad esempio, ha ritenuto che le sanzioni penali previste da una legislazione nazionale a carico di chi violi le norme sulla qualità dei prodotti ortofrutticoli commercializzati nella Comunità non possano essere diverse a seconda che si tratti di un prodotto nazionale ovvero di un prodotto proveniente da altri Stati membri⁴⁰⁰.

Sembra, quindi, che la Corte di Giustizia abbia gradualmente delineato, argomentando a partire dai principi di proporzione e non discriminazione, una vera e propria teoria della *pena nazionale adeguata* in cui convergono valutazioni inerenti non solo al rapporto tra la sanzione e i principi essenziali del Trattato, ma anche all'idoneità della stessa rispetto alla gravità e alla natura dell'infrazione, all'oggetto della regolamentazione e alle conseguenze che essa tende a prevenire o reprimere⁴⁰¹. Tale forma di controllo, in ossequio al principio di legalità delle pene, deve ritenersi ammassabile, soltanto in *bonam partem*, cioè può ritenersi legittimo, soltanto quando dalla pronuncia derivino effetti favorevoli al reo.

La CGCE ha, recentemente, fatto applicazione di tali coordinate interpretative vagliando la compatibilità della sanzione della reclusione, che era stata stabilita dell'art. 14, co.5-ter e 5-quater del d.l.gs. 286/1998 per i casi di violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore allo straniero illegittimamente presente sul territorio nazionale, rispetto alla c.d. direttiva rimpatri 2008/115/CE che l'Italia avrebbe dovuto recepire entro il 24 dicembre 2010.

³⁹⁹ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 325.

⁴⁰⁰ CGCE, 30 novembre 1977, 52/77, in *Racc.*, 1977, 2280 ss.

⁴⁰¹ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 88.

In particolare, la Corte, con la sentenza 28 aprile 2011, C-6/11, resa nel caso *El Dridi*, ha censurato la disciplina interna che prevedeva la pena della reclusione, poiché ha ritenuto che la direttiva del rimpatri, nel prevedere in tale materia i principi di sussidiarietà e di proporzionalità dell'intervento repressivo per i casi di violazione di norme sull'ingresso regolare nello Stato membro, sia ostativa, anche sul piano degli obiettivi che la stessa direttiva intende realizzare, all'applicazione della pena detentiva.

Riguardo alle conseguenze che dovrebbero essere tratte dai giudici nazionali in caso di accertamento del contrasto tra le sanzioni previste nei sistemi penali interni e le previsioni comunitarie, la dottrina distingue il caso il conflitto riguardi la pena accessorie dalle ipotesi in cui investa la pena principale.

Quando l'incompatibilità emerge con riguardo a sanzioni che, quale che sia il *nomen iuris* assunto nei sistemi penali degli Stati membri, presentano carattere accessorio (può trattarsi di misure di sicurezza, pene accessorie, o comunque di sanzioni che seguono ad una condanna come effetto penale, poiché il dato che viene in rilievo è che tali sanzioni si aggiungono ad una pena principale), il diritto comunitario dovrebbe comportare l'inapplicabilità delle stesse, senza escludere, però, che la relativa fattispecie di reato trovi applicazione⁴⁰². Con riferimento all'ordinamento italiano, dunque, l'eventuale disapplicazione della misura di sicurezza dell'espulsione non dovrebbe comportare la disapplicazione della fattispecie penale alla quale si ricollega.

E' possibile una seconda ipotesi, in cui il contrasto con i principi del sistema comunitario concerna la pena principale nella sua natura o nella sua misura. All'interno di questa categoria, tuttavia, bisogna distinguere il caso in cui al giudice

⁴⁰² Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 77; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 333.

sia possibile ricondurre la sanzione a livelli compatibili con il diritto comunitario: in tale evenienza il giudice, in sede di commisurazione della pena, applicherà la norma penale, ma nell'esercizio del suo potere discrezionale sarà tenuto ad applicare una pena adeguata che non contrasti con i menzionati principi⁴⁰³. Così, ad esempio, se sia prevista in alternativa una pena detentiva o una pena pecuniaria, il giudice dovrà irrogare la pena pecuniaria qualora la sanzione detentiva risulti sproporzionata per eccesso rispetto alla gravità dell'infrazione⁴⁰⁴. In ipotesi di questo genere la dottrina ritiene che il potere discrezionale del giudice risulti necessariamente compresso, così da consentire un'interpretazione della norma sanzionatoria che la riconduca nel rispetto dei limiti che il diritto comunitario impone al legislatore nazionale in materia di sanzioni⁴⁰⁵.

Il discorso si presenta più complesso quando la pena principale prevista per una determinata fattispecie, per la sua natura, misura o soltanto per il criterio di commisurazione adottato risulti contrastante con il diritto comunitario, senza che sia possibile eliminare tale contrasto attraverso un'interpretazione giudiziale adeguatrice. In questo caso la dottrina esclude che il giudice possa applicare al caso concreto una sanzione diversa da quella che il legislatore ha previsto: in un sistema penale ispirato al principio di legalità la predeterminazione della tipologia e della misura della pena edittale per le diverse figure di reato non può che essere operata dal legislatore⁴⁰⁶. Nei casi considerati, dunque, si conclude rilevando che l'incompatibilità totale determinerebbe l'inapplicabilità della sanzione e, dunque, del

⁴⁰³ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 77; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 334. CGCE, 14 luglio 1977, causa 8/77 (*Sagulo e a.*), in *Racc.*, 1977, 1495 ss.

⁴⁰⁴ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 77.

⁴⁰⁵ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 334.

⁴⁰⁶ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 335.

precetto: ai sensi dell'art. 2 co. 2 c.p., se vi è stata condanna definitiva, ne cesserebbero l'esecuzione e gli effetti penali⁴⁰⁷.

3. L'influenza interpretativa.

Una seconda forma di influenza che deriva dal principio del diritto comunitario sul diritto penale è quella c.d. "interpretativa"⁴⁰⁸.

La preminenza della fonte comunitaria comporta vincoli per tutti i poteri dello Stato, dunque, non solo per il legislatore, ma anche per il giudice, che è tenuto ad interpretare il diritto interno conformemente al diritto comunitario. Questa regola trova applicazione anche nel diritto penale, di conseguenza l'interprete può rivolgersi ad esso sia al fine di trarre elementi per un'interpretazione sistematica della norma incriminatrice statale, sia per precisare il contenuto di elementi che rinviano a fonti europee, nel rispetto del limite invalicabile segnato dai possibili significati letterali della norma, con il conseguente rigetto di tutte le interpretazioni incompatibili con il diritto europeo.⁴⁰⁹

Oltre a schemi interpretativi di tipo sistematico o teleologico, parte della dottrina ritiene ammissibili, per la presunzione di congruenza della legge interna rispetto alla normativa europea, forme di interpretazione restrittiva o estensiva di fattispecie penali interne in adeguamento a precetti comunitari.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 77; GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 336; Similmente SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 85.

⁴⁰⁸ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 978; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 72; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 123; BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, cit., p. 68; BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 13 ss.

⁴⁰⁹ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 978; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 72; VASSALLI, voce *Nullum crimen*, cit., p. 317.

⁴¹⁰ MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 978; BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, cit., p. 60; BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 14.

L'influenza interpretativa, destinata talora ad investire non solo elementi normativi, ma anche elementi descrittivi della fattispecie, tuttavia, trova un limite significativo nel campo penale⁴¹¹.

L'organo giudicante nazionale, infatti, non solo non è tenuto, ma è obbligato a non leggere la disposizione interna conformemente al diritto comunitario quando questa si traduca nella creazione di un nuovo illecito o nell'inasprimento della risposta sanzionatoria, per la rilevanza del divieto di analogia in *malam partem*⁴¹². Per lo stesso motivo si esclude il ricorso a forme di interpretazione *contra legem*.

Eguale il giudice non potrà attribuire alla fattispecie penale nazionale un significato più ristretto rispetto a quello inequivocabilmente fornito dalla lettura della fattispecie in questione al fine di preservarla dal giudizio di illegittimità comunitaria. Il giudice nazionale, in sostanza, dovrà limitarsi sempre e comunque a far ricorso alle tecniche interpretative consentite in ambito penale dal principio di legalità⁴¹³.

Nella prassi giudiziaria, tuttavia, la giurisprudenza è spesso tendente ad interpretare la norma penale in modo tale da farla risultare forzatamente conforme al diritto comunitario, determinando una compressione del principio di stretta legalità.

Rispetto a questa forma di incidenza si osserva che la normativa comunitaria svolge un innegabile e legittimo ruolo interpretativo in ambito penale, ma favorisce in concreto subdole forme di interpretazione analogica contrastanti con il principio di legalità e di certezza giuridica⁴¹⁴.

Un esempio di interpretazione conforme al diritto comunitario tratto dalla giurisprudenza italiana è rappresentato da una risalente decisione della Corte di

⁴¹¹ La sentenza del 16 giugno 2005, C-105/2003, *Pupino*, la Corte di Giustizia ha stabilito che anche nell'ambito del terzo pilastro, con riferimento alle decisioni quadro, vige il principio dell'obbligo dell'interpretazione conforme.

⁴¹² Cfr. nella manualistica per tutti MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, loc. cit.; RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea*, cit., p. 128 ss; BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, cit., p. 62; BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, loc. cit.

⁴¹³ BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, loc. cit.

⁴¹⁴ BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, cit., p. 62.

Cassazione che ha interpretato la normativa europea riconducendo i diritti di prelievo previsti dalla disciplina comunitaria ai diritti di frontiera previsti dalla legge doganale del 1940, deducendone in questo modo che il delitto di contrabbando è integrato dalla frode ai diritti di prelievo⁴¹⁵.

4. L'influenza integratrice.

Una tipo forma di influenza sistematicamente distinguibile dalle precedenti, ma derivante comunque dal primato e dall'efficacia diretta del diritto comunitario sul diritto interno, è quella definita "*integratrice*",⁴¹⁶ poiché attuata tramite l'integrazione del precetto penale ad opera della normativa comunitaria. Tale integrazione può aversi essenzialmente in due ipotesi.

La prima si ha quando la norma interna si avvale di *elementi normativi della fattispecie* desunti da disposizioni extrapenali e la normativa comunitaria che si sovrappone o eventualmente si sostituisce a quella interna interviene a precisarne il contenuto, come è accaduto con la nozione di rifiuto, ampliata da alcune norme di diritto derivato, con quella di mezzo pubblico, con quella di "genuinità", che muta sulla base di ciò che i regolamenti comunitari, nel fissare le regole di composizione del prodotto, stabiliscono sia tale⁴¹⁷.

Un caso tipico sembrerebbe offerto dalla direttiva bancaria 77/780, che definendo l'attività creditizia come attività imprenditoriale, sembra abbia contribuito al

⁴¹⁵ Cfr. Cass., 13 ottobre 1969, in *Foro it.*, 1970, II, c. 57; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 72.

⁴¹⁶ BERNARDI, *L'europizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 15.

⁴¹⁷ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 978; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., p. 171, che rileva come in queste ipotesi gli atti comunitari costituiscano, evidentemente, fonte di diritto penale interno; GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 42; BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, cit., p. 63, che sottolinea positivamente tale forma di intervento del diritto comunitario sulla struttura della norma nella prospettiva della armonizzazione interstatale.

mutamento in senso privatistico della normativa sul credito, avallando la disciplina privatistica degli operatori bancari.⁴¹⁸

Con riferimento a tale fenomeno, in dottrina è stato sostenuto che la nozione di ente pubblico contenuta nella direttiva 89/440⁴¹⁹, in materia di appalti pubblici, possa avere delle ripercussioni sulla qualifica di pubblico ufficiale, in modo tale da realizzare un'estensione delle fattispecie penali che presuppongono tale qualifica⁴²⁰. Contro tale conclusione è stato, tuttavia, obiettato che la formula "agli effetti della legge penale" posta in apertura degli art. 357 e 358 c.p. sarebbe una tipica formula espressiva dell'autonomia dei significati penalistici, tale da escludere qualsiasi ripercussione delle norme comunitarie sugli elementi normativi della fattispecie incriminatrice⁴²¹.

La dottrina sottolinea che la vasta produzione normativa comunitaria esercita una notevole incidenza sugli elementi normativi di fattispecie integrati da norme extrapenali, rilevando, in sostanza, che la comunitarizzazione del nostro ordinamento è destinata inevitabilmente a tradursi in comunitarizzazione degli elementi normativi a cui rinviano le norme penali. Su queste premesse si sottolinea, tuttavia, che tale fenomeno può suscitare perplessità circa il rispetto del principio di legalità, quando la natura comunitaria dell'elemento normativo cui si rinvia contribuisce a renderne difficile la conoscibilità, sia per l'estrema variabilità di interi settori della legislazione tecnica di matrice europea, sia per la difficile accessibilità dei testi comunitari⁴²².

⁴¹⁸ BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, cit., p. 63.

⁴¹⁹ Tale direttiva è stata attuata in Italia con D. lgs. 19 dicembre 1991, n. 406.

⁴²⁰ PICOTTI, *Le nuove definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, 264 ss.

⁴²¹ VALIANTE, *Norma comunitaria e diritto penale. La qualifica di pubblico ufficiale*, in *Riv. dir. eur.*, 1993, 116 ss.

⁴²² BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, cit., p. 65.

Una seconda forma di incidenza integratrice si ha quando la fattispecie interna è strutturata con la tecnica del *rinvio* a norme di fonte comunitaria⁴²³. Questo fenomeno di eterointegrazione, diffuso nel diritto penale complementare, nasce perché il divieto di riproduzione del contenuto dei regolamenti comunitari⁴²⁴, che opera perfino nell'ipotesi di una rigorosa trascrizione letterale tale da garantire la fedeltà del testo nazionalizzato alla norma europea, induce il legislatore a produrre una previsione interna meramente sanzionatoria destinata ad essere definita nel precetto da quella comunitaria. Il fenomeno trova riscontro nella pratica, inoltre, per una diversa ragione. Le tante norme penali complementari rinviano frequentemente a fonti di diritto interno che, rientrando nei settori di competenza comunitaria, vengono frequentemente modificate o sostituite da atti di diritto derivato varati nella prospettiva dell'armonizzazione interstatuale.

Il rinvio è *recettizio* quando la norma rinviante si riferisce a quella richiamata, cristallizzandone il contenuto precettivo: la norma interna sanzionatoria assume il contenuto di un regolamento preesistente e individuato nei suoi estremi. Questa tecnica di rinvio, che investe l'atto e la disciplina in essa contenuta, secondo parte della dottrina non presenterebbe vizi di legalità, poiché la recezione del contenuto normativo del regolamento implicherebbe la sua trasformazione in fonte legislativa nazionale⁴²⁵. Ciononostante, essa è considerata inutilizzabile sotto il profilo comunitario, sia perché determina l'impossibilità di un adeguamento automatico agli eventuali successivi prodotti normativi, riferendosi la norma interna al contenuto

⁴²³ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 288 ss.

⁴²⁴ La Corte Costituzionale ha stabilito che i regolamenti non devono essere oggetto di provvedimenti statali a carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo, che possono comunque differirne o condizionarne l'entrata in vigore, sostituirsi ad essi, derogare o abrogarne le disposizioni. Cfr. Corte Cost., sent. 27 dicembre 1973, n. 183, in *Giur. cost.*, 1973, 2041.

⁴²⁵ Cfr. PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 123.

normativo recepito al momento del rinvio e perché impedisce, sia perché impedisce di sottoporre il regolamento recepito al sindacato della Corte di giustizia.⁴²⁶

Il rinvio è *formale* quando la norma rinviante si riferisce sia alla disciplina contenuta nell'atto, sia alle modifiche. In questo modo un mutamento di disciplina determina come conseguenza l'adattamento automatico dei contenuti precettivi della fattispecie penale: il rinvio, dunque, in questo caso si intende effettuato alla fonte di produzione e non al contenuto normativo in quanto tale. Sebbene si presenti in perfetta corrispondenza con le esigenze comunitarie, il rinvio formale è considerato particolarmente problematico sotto il profilo della legalità. In dottrina si rileva, infatti, che il contenuto della norma interna verrebbe interamente determinato da una fonte priva di legittimazione democratica, senza che il Parlamento possa effettuare una valutazione sui contenuti precettivi introdotti; si osserva, inoltre, che il regolamento comunitario non è suscettibile di controllo nei contenuti da parte della Corte costituzionale, che può soltanto verificarne la compatibilità con quei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, considerati come limiti alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. Sulla base di queste argomentazioni si considera l'integrazione mediante rinvio formale incompatibile con le esigenze fondamentali tutelate dalla riserva di legge: la democraticità della norma penale e la sua assoggettabilità al controllo di costituzionalità⁴²⁷. Secondo questa prospettiva il rinvio alla fonte comunitaria sarebbe legittimo solo se circoscritto alla specificazione degli elementi tecnici da operarsi sulla base dei criteri indicati nella stessa legge⁴²⁸. Altra dottrina, che appare legata ad una diversa concezione dei rapporti di integrazione con la legge penale e, di conseguenza della riserva di legge, sottolinea a

⁴²⁶ PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 123; BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, cit., p. 67.

⁴²⁷ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 64; PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 125.

⁴²⁸ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 65.

tal proposito i problemi di legalità emergenti per la difficoltà per il legislatore nazionale, di precisare i presupposti, il contenuto e i limiti delle norme integratrici comunitarie di futura emanazione: il potenziale conflitto con la riserva di legge emergerebbe in modo chiaro, quando si consideri che il regolamento comunitario non è una fonte subordinata, come avviene nel caso analogo dei regolamenti amministrativi, ma una fonte prevalente⁴²⁹.

5. Le influenze del diritto dell'Unione europea sul diritto penale alla prova del principio di legalità.

La progressiva apertura nei confronti della normativa comunitaria è stata, invero, considerata da una parte della dottrina penalistica come una frattura rilevante rispetto ai principi costituzionali che riguardano le fonti di produzione del diritto penale.

In questo senso è stato rilevato che un'influenza comunitaria costituzionalmente compatibile sarebbe ammissibile soltanto nei limiti in cui la riserva di legge consenta l'apporto delle fonti secondarie nella disciplina penale, poiché gli organi comunitari, alla luce della gerarchia interna dei pubblici poteri, sarebbero da considerare come autorità amministrative .

Contrariamente a tale prospettiva la Corte costituzionale, sotto l'impulso della Corte di giustizia e nell'inerzia delle nostre autorità politiche, avrebbe concesso all'influenza comunitaria prerogative ingiustificabili sotto il profilo costituzionale, creando nel settore degli interessi comunitari un sistema di fonti di produzione del diritto penale parallelo e divergente da quello valido per il diritto penale comune .

Si osserva, quindi, che un limite generale al primato del diritto comunitario andava posto con riguardo alla materia penale, in cui vige la riserva di legge, che sembra praticamente scavalcata dall'attuale meccanismo della disapplicazione. Il

⁴²⁹ BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, cit., p. 67.

modello attuale, derivante dal primato del diritto comunitario, sembra autorizzare un paradosso: attraverso il Consiglio e d'accordo con gli esecutivi degli Stati membri, il Governo italiano potrebbe fare nel diritto penale, in via mediata, ciò che la Costituzione gli inibisce di fare direttamente . A sostegno di tali argomentazioni, inoltre, si sottolinea che l'attuale regime non pare legittimato dall'art. 11 Cost., nella parte in cui autorizza le cessioni di sovranità necessarie ad un ordinamento sovranazionale con il compito di garantire la pace tra le nazioni. Si evidenzia, infatti, che la norma, interpretata in questo modo permetterebbe, attraverso i Trattati e le convenzioni, di aggirare il complesso procedimento di revisione posto a presidio della rigidità della Costituzione, poiché risulterebbe capace di legittimare norme abrogative della riserva di legge, recepite nel nostro ordinamento attraverso un'ordinaria legge di ratifica.

Sotto un profilo generale, infine, si osserva che, tralasciati i vincoli costituzionali in tema di fonti del diritto penale, limitare l'efficacia della normativa comunitaria soltanto ai casi in cui essa è più favorevole di quella interna sarebbe una conclusione priva di un fondamento teorico soddisfacente, data l'inscindibilità della potestà normativa penale .

Nell'ambito dell'orientamento che assume una posizione sostanzialmente contraria alla soluzione descritta dalla Corte di Giustizia e dalla Corte costituzionale, è dato registrare un'autorevole voce contraria che su premesse analoghe sviluppa ulteriori rilievi critici. Questa dottrina rileva, innanzitutto, che il primato del diritto comunitario esplica la sua efficacia nei limiti fissati dai principi fondamentali di natura costituzionale che investono la materia trattata: in quella, penale dunque, deve confrontarsi con i corollari fondamentali del principio di legalità, in particolare con la riserva di legge. In questo senso si rileva che, intendendosi per legge l'atto formale emanato dal Parlamento od ogni altro atto ad essa equiparato, la diretta applicabilità

degli atti comunitari dotati di tale forza non può estendersi alla materia penale in deroga alla riserva . La peculiarità del sistema di produzione normativa penalistico, la tradizione storica, e la perentorietà della formulazione normativa portano a ritenere che la regola di cui all'art. 25 co. 2 Cost. non sia superabile a vantaggio di fonti sovranazionali .

In questa prospettiva è respinta l'opinione di chi ritiene che le norme comunitarie direttamente applicabili, sebbene incompetenti a creare nuove figure di reato, siano idonee a modificare o, addirittura, abrogare quelle esistenti, poiché si considera la riserva di legge posta a tutela di tutta la vicenda normativa. In tal senso, dunque, il principio di stretta legalità presiederebbe non soltanto alla posizione della regola di diritto, ma a tutto il percorso della vigenza, passando per la modifica fino all'abrogazione. In sintesi, si fa notare che quel principio non può essere aggirato parlando di disapplicazione piuttosto che di abrogazione. Si osserva, inoltre, un dato di incoerenza del sistema: se la disapplicazione è esclusa quando il giudice ravvisa motivi d'illegittimità costituzionale, sarebbe contraddittorio accordarla quando si profili un contrasto con la norma comunitaria . Il diritto comunitario realizza, attraverso le tre principali forme d'influenza - quella disapplicatrice, interpretativa ed integrativa - una particolare penetrazione nel sistema penale, che presenta diversi profili di contrasto con i principi costituzionali, in particolare, con il principio di legalità.

L'influenza disapplicatrice, in generale, rappresenta la manifestazione più evidente degli effetti prodotti dal primato sul diritto interno. Il fenomeno si sta estendendo in modo graduale, parallelamente all'ampliamento delle competenze delle istituzioni comunitarie, cosicché, oggi, è possibile affermare che esso investe tutte le branche del diritto nazionale.

Con riferimento al sistema penale, tuttavia, la disapplicazione comprime le esigenze del principio di legalità sotto diversi aspetti.

Innanzitutto, sembra opportuno rilevare un contrasto con il principio della riserva di legge, insito nel percorso seguito dall'ordinamento comunitario verso l'affermazione del primato, anche sul diritto penale. Tale riconoscimento, infatti, non è avvenuto con una legge dello Stato o, comunque, con un atto di derivazione parlamentare (requisito necessario per tutte le forme di recepimento di fonti internazionali), ma con una sentenza della Corte costituzionale, organo politico-giurisdizionale privo di rappresentatività democratica, che, dopo un contrasto giurisprudenziale durato circa vent'anni, si allinea alle conclusioni della Corte di Giustizia, sostanzialmente, per ragioni di opportunità istituzionale.

Il nostro Parlamento, che ha ratificato i Trattati comunitari nella consapevolezza dell'assenza di ripercussioni sul diritto penale, per l'assenza testuale di ogni tipo di riferimento, si è ritrovato a subire, poi, una decisione di senso opposto, assunta da un'istituzione priva di mandato popolare, che autorizza la neutralizzazione di un'incriminazione legalmente posta.

Secondo la concezione dominante l'incidenza disapplicatrice trova la sua legittimità nel primato del diritto comunitario, in forza dell'art. 11 della Costituzione

In realtà, il primato del diritto comunitario non è assoluto, ma incontra, come limiti, il rispetto dei diritti fondamentali e la tutela dell'ordine pubblico⁴³⁰. In questo senso, la riserva di legge, che sembra praticamente violata dal meccanismo della disapplicazione, si pone come ostacolo legittimo al meccanismo della prevalenza.

⁴³⁰ Cfr. in argomento Cass. pen., Sez. Un., 26 aprile 2004, n. 23271, in *Cass. pen.*, 2004, 3105. Le Sezioni Unite, con tale pronuncia, ribadiscono la validità della disciplina penale prevista dall'art. 4 co. 4 *bis* della L. n. 401 del 1989, in materia di giochi e scommesse. Di conseguenza, considerano legittima la disciplina sanzionatoria prevista per l'esercizio della professione in oggetto, senza concessione o autorizzazione, ritenendola supportata da motivi di interesse generale, quindi, giustificabile ai sensi dell'art. 56 T.CE, come misura derogatoria alla libertà di stabilimento. In questo modo, in sostanza, la Corte di Cassazione ribadisce il limite dell'ordine pubblico rispetto al primato del diritto comunitario sul diritto interno.

Com'è stato osservato, il modello attuale derivante dal primato sembra autorizzare un paradosso: attraverso il Consiglio e d'accordo con gli esecutivi degli Stati membri, il Governo italiano potrebbe fare nel diritto penale, in via mediata, ciò che la Costituzione gli inibisce di fare direttamente⁴³¹. Inoltre, limitare l'efficacia della normativa comunitaria soltanto ai casi in cui essa è più favorevole di quella interna, sembra una conclusione contraddittoria, data l'inscindibilità della potestà normativa penale⁴³².

Analoghe perplessità suscita tale forma d'incidenza, se ricondotta, non agli effetti del primato, ma all'esistenza di una causa di giustificazione comunitaria. Una parte della dottrina, infatti, ritiene legittimo tale fenomeno, poiché le norme estensive della non punibilità non presenterebbero natura penale e, dunque, sarebbero estranee all'oggetto della riserva. In questo senso si ritiene che, essendo norme che riguardano l'intero ordinamento giuridico, la loro produzione potrebbe venire da qualsiasi fonte rilevante per l'ordinamento.⁴³³

In realtà, la riserva di legge, prevista dall'art. 25 co. 2 Cost., esige che la legge sia la fonte dell'illecito, sia nella determinazione degli elementi che fondano la punibilità sia di quelli che la escludono⁴³⁴. Infatti, la Carta fondamentale, nel definire il monopolio legislativo in materia penale, descrive in una dimensione sostanzialmente politica, un rapporto tra i diversi pubblici poteri, attribuendo al popolo sovrano rappresentato in Parlamento la titolarità delle scelte politico-criminali. In questo senso, sembra incoerente, sotto il profilo ordinamentale, affidare all'organo democraticamente eletto la titolarità della scelta punitiva e, nello stesso tempo, a fonti promananti da altri organi, magari privi di tale legittimazione, la

⁴³¹ VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., p. 179.

⁴³² VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., p. 187.

⁴³³ Nella manualistica MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 29; FIANDACAMUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 49; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 61 ss.

⁴³⁴ BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 39 ss.

possibilità di neutralizzare tali opzioni. In questo senso appare opportuno evidenziare che il meccanismo attuale consente, ad un atto comunitario di diritto secondario, un regolamento o una direttiva dettagliata, adottato con procedure caratterizzate da un forte *deficit* democratico, di elidere le scelte punitive assunte nella sede parlamentare, dove si svolge pienamente la dialettica tra maggioranza e opposizione.

Un'impostazione di questo tipo, invero, mette in discussione anche l'unitarietà, la coerenza e l'efficacia delle scelte politico-criminali nazionali, che potrebbero essere superate per effetto della disapplicazione, nella completa impotenza dell'organo legislativo.

In una prospettiva teleologica, inoltre, la funzione della pena può esplicare i suoi effetti d'integrazione sociale, solo se i consociati sono in grado di conoscere chiaramente il contenuto di disvalore delle proprie azioni⁴³⁵. Ciò non si verifica quando il giudice, successivamente alla commissione del fatto, su basi normative, spesso ignote ai cittadini, decide sulla liceità della condotta posta in essere.

In una prospettiva di prevenzione generale positiva, dunque, la possibilità che un precetto penale possa essere disapplicato dal singolo giudice, mi sembra capace di generare disorientamento tra i consociati, mettendo seriamente in discussione la funzione della pena, sotto il profilo dell'aggregazione dei consensi intorno alle ragioni dell'ordinamento.

Infine, l'influenza disapplicatrice si pone in contrasto con l'esigenza fondamentale di uno stato di diritto, cioè la certezza delle norme giuridiche, che condiziona in modo incisivo la realizzazione dello stesso principio di uguaglianza. Sotto il profilo processuale, infatti, genera un'incertezza applicativa grave, quando il Pubblico Ministro deve decidere se esercitare l'azione penale, rispetto ad un fatto di

⁴³⁵ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 191 ss.

reato, che nella prassi giudiziaria è considerato da alcuni magistrati incompatibile con il diritto comunitario, da altri contrastante, quindi, sostanzialmente lecito.

Le stesse considerazioni riguardano la fase giudiziale, allorché il giudice irroghi una sanzione, per un fatto, che nella gran parte delle corti, non è considerato reato per incompatibilità con disposizioni comunitarie.

Tali obiezioni diventerebbero ancora più consistenti, qualora si accedesse alla concezione, che considera la disapplicazione come conseguenza di un effetto di abrogazione tacita, realizzato dal diritto comunitario⁴³⁶. Configurando il problema in questi termini, infatti, si introdurrebbe un inaccettabile potere del giudice di abrogare una norma, destinato a creare una frattura rispetto al sistema delle fonti, che non conosce forme di produzione giurisprudenziale del diritto.

L'influenza interpretativa impone al giudice nazionale una lettura della norma conforme al diritto comunitario, comprese le sentenze della Corte di Giustizia. Orbene, un evidente problema di legalità sorge, poiché i magistrati italiani, frequentemente, assumono interpretazioni tali da far risultare, forzatamente, la fattispecie penale interna conforme al diritto comunitario, anche in *malam partem*, in palese violazione del divieto di analogia⁴³⁷.

Le ragioni che spingono a tale forzatura sono due: innanzitutto, la necessità di predisporre una tutela adeguata ai beni giuridici protetti dalla normativa comunitaria; in secondo luogo, l'esigenza di non esporre lo Stato d'appartenenza ad una condanna da parte della Corte di Giustizia, per mancato rispetto dell'obbligo di garantire, attraverso adeguate sanzioni, l'effettività del diritto comunitario⁴³⁸.

⁴³⁶ RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, cit., p. 21.

⁴³⁷ Cfr. ad esempio, Cass., sent. 13 ottobre 1969, in *Foro it.*, 1970, II, c.57; Pret. Terni, 7 gennaio 1993, in *Dir. com. scambi inter.*, 1994, 381, con commento di CASTELLANETA, *Rifiuti e materie prime secondarie: una distinzione inaccettabile*, 387 ss.

⁴³⁸ BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 13 ss.

Nonostante la plausibilità di tali ragioni, sembra che, a Costituzione vigente, il giudice non sia legittimato a tali valutazioni discrezionali, che sono esclusivamente riservate al legislatore. Dunque, interpretazioni di questo tipo devono, in ogni caso, considerarsi lesive del principio di legalità.

In conclusione, sia l'influenza disapplicatrice, sia quella interpretativa riproducono una tendenza del sistema, da più parti avvertita⁴³⁹, allo svuotamento della potestà legislativa in materia penale, a vantaggio del potere giudiziario, che è capace di produrre un'inaccettabile modifica degli assetti tra i poteri, che, probabilmente, non potrebbe aver luogo nemmeno con il procedimento ordinario di revisione costituzionale, poiché la sovranità popolare rappresenta un principio fondamentale del nostro ordinamento, in quanto tale immodificabile.

Il diritto comunitario, infine, esercita un'influenza integratrice sul diritto penale, sia attraverso la definizione degli elementi normativi della fattispecie interna, sia attraverso il meccanismo del rinvio.

Con riferimento alla prima ipotesi il principio di legalità soffre per diverse ragioni. Innanzitutto, sotto il profilo della riserva di legge, poiché la normativa comunitaria, esercitando una notevole incidenza sugli elementi normativi di fattispecie penali interne intergrate da norme extrapenali, assume un ruolo decisivo nella descrizione del precetto, violando, così, una prerogativa riservata dalla Costituzione all'organo legislativo.

In secondo luogo, tale fenomeno può suscitare forti dubbi circa il rispetto del principio di legalità, sotto il profilo della conoscibilità della norma penale. Oltre che per la difficile accessibilità dei testi comunitari, linguistica e materiale, tale esigenza è frustrata, perché l'alluvionale produzione comunitaria apporta modifiche continue ad interi settori normativi di tipo sostanzialmente tecnico, tali da generare

⁴³⁹ Cfr., ad esempio, SGUBBI, *Principio di legalità e singole incriminazioni*, cit., p. 105.

un'insicurezza, sicuramente incompatibile con il bisogno di certezza, che richiede la norma penale⁴⁴⁰.

Una seconda forma d'incidenza integratrice si ha quando la fattispecie interna è strutturata con la tecnica del rinvio, recettizio o formale, a norme di fonte comunitaria⁴⁴¹.

Quando il rinvio è di tipo recettizio, la disposizione interna assume carattere sostanzialmente sanzionatorio di un precetto posto dal legislatore comunitario. Sostenere la legittimità di tale tecnica, ritenendo che la ricezione del contenuto normativo del regolamento implicherebbe la sua trasformazione in fonte legislativa nazionale,⁴⁴² significa interpretare la riserva di legge in senso puramente tecnico. In realtà, considerando la motivazione politica della riserva, cioè l'attribuzione del monopolio normativo in materia penale al legislatore, questa risulta evidentemente violata, poiché la norma interna si limita a sanzionare una disposizione, frutto di una valutazione politico-criminale, effettuata in sede europea.

Quando il rinvio è di tipo formale, siccome si intende effettuato alla fonte di produzione e non al contenuto normativo in quanto tale, il contrasto con il principio di legalità è assoluto, poiché si realizza una delega completa di competenza alle istituzioni comunitarie, senza che il Parlamento possa effettuare una valutazione sui contenuti precettivi introdotti. Inoltre, è violato un fondamentale meccanismo costituzionale di garanzia, poiché il regolamento comunitario non è suscettibile di controllo nei contenuti da parte della Corte costituzionale, che può soltanto verificarne la compatibilità con quei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, considerati come limiti alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 della Costituzione.

⁴⁴⁰ BERNARDI, *I tre volti del diritto penale*, cit., p. 65.

⁴⁴¹ GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale*, cit., p. 288 ss.

⁴⁴² PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 123.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionale e di Giustizia*, 2005, a cura di BIN-BRUNELLI-PUGIOTTO-VERONESI, *Atti del Seminario di Ferrara*, 6 maggio 2005.
- AA.VV., *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2004.
- AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di G.MARINUCCI-E.DOLCINI, Milano, 1999.
- AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G.BRANCA, Bologna-Roma, 1975/1985.
- AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di CURI-PALOMBARINI, Roma, 2002.
- AA.VV., *Diritto, giustizia e interpretazione*, a cura di J.DERRIDA e G.VATTIMO, Roma-Bari, 1998.
- AA.VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio, Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola*, 18-20 maggio 1995, a cura di S. CANESTRARI, Bologna, 1998.
- AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI, Torino, 1997.
- AA.VV., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A.PIZZORUSSO e V.VARANO, Milano, 1985.
- AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1991.
- AA.VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente e ipotesi del futuro*, Padova, 2001.
- AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G.AMATO e A.BARBERA, Bologna, 1984.

AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, a cura del CRS, Milano, 1984.

AA.VV., *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1981.

AA.VV., *Prospettive di un diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO, Milano, 1998.

AA.VV., *Quale legalità, Atti del XII Congresso di Magistratura Democratica* Milano, 2000.

AA.VV., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G.FIANDACA, Padova, 1997.

AA.VV., *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, a cura di DOLCINI-PADOVANI-PALAZZO, Milano, 1994.

AA.VV., *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Iuris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Milano, 1997.

ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 521 ss.

AMATO, *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giur cost.*, 1964, 486 ss.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 15^a ed., Milano, 2000.

BACIGALUPO, *Il Corpus juris e la tradizione della cultura giuridico-penale degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Prospettive di diritto penale europeo*, cit., p. 51 ss.

BALDUZZI-SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1218 ss.

BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, 5 ss.

BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, III, 1985, 443 ss.

BARBERA, *Principi fondamentali*, sub art. 2, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G.BRANCA, Bologna-Roma, 1975/1985, p. 50 ss.

BARBIERI, in *Codice penale commentato*, cit., I, parte generale, sub art. 1, p. 25 ss.

BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, 2003.

BECCARIA, *De' delitti e delle pene*, in *Opere scelte*, Milano, 1839, 4 ss.

BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, 181 ss.

BERNARDI, *"Europeizzazione" del diritto penale commerciale?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996.

BERNARDI, *Brevi osservazioni a margine alla sentenza della Corte di Giustizia sul falso in bilancio*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionale e di Giustizia*, 2005, cit., p. 208 ss.

BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario*, Ferrara, 1996.

BERNARDI, *Commento all'articolo 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, coord. da S. BARTOLE, B. CONFORTI E G.RAIMONDI, Padova, 2001, p. 64 ss.

BERNARDI, *Commento sub art. 7 della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

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

BERNARDI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubb. com.* 2004, II, 367 ss.

BERNARDI, *I tre volti del <<diritto penale comunitario>>*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, a cura di L. PICOTTI, Milano, 1999, p. 41 ss.

BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 485.

BERNARDI, *Il diritto penale tra unificazione europea e culture nazionali*, in *Pol. dir.*, II, 2005, 243-280

BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 22 ss.

BERNARDI, *L'europizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004.

BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 787.

BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1996, p. 74 ss.

BETTIOL, *Diritto Penale, parte generale*, 11^a ed., Padova, 1982.

BOSCARELLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma 1990.

BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, 1968, 217.

BRICOLA, *Carattere <<sussidiario>> del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Scritti in memoria di G. DELITALA*, I, Milano, 1984, 99 ss.

BRICOLA, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G.BRANCA, Bologna-Roma, 1975/1985, p. 242.

BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965.

BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Questione criminale*, 1980, 191 ss.

BRICOLA, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle Regioni*, in *Scuola Pos.*, 1963, 652 ss.

BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It* , XIX, Torino, 1973, 7 ss.

CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996.

CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 154 ss.

CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.

CADOPPI, *Verso un codice penale modello per l'Europa, Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002.

CADOPPI-VENEZIANI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 2005.

CAJANI L., *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, 1958.

CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea : quali politiche criminali per quale Europa? Atti del convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola*, 28 febbraio-2 marzo 2002, Bologna.

CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in *Dir. com. scambi intern.*, II, 2004, 221 ss.

CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, 409 ss.

CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 1998.

CARBONI, *Norme penali in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 454 ss.

CARLASSARE, voce *Riserva di legge*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990.

CASAVOLA F. P., *Argomenti per una Costituzione dell'Unione europea*, in *Dir. com.*, 2002, p. 53 ss.

CASELLA-COMBA, *Le costituzioni dei paesi dell'Unione Europea*, 2^a ed., Milano, 2001.

CATTANEO M., *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966.

CELOTTO, *Principio di legalità e 'legge europea'*, in *Rass. parl.*, 2004, IV, 911 ss.

CHIAVARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.

CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 1996.

CONTENTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in AA.VV., *Le discrasie*, cit., 3 ss.

CORDERO, *Legalità penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1990.

CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano*, 6^a ed., Padova, 1993.

CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1892.

CUPELLI, *Corte costituzionale, delega legislativa e materia penale: ancora lontani da una lettura sostanziale della riserva di legge*, in *Riv. pen.*, 2004, XII, 1183 ss.

CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012.

CUPELLI, *La legalità 'delegata'. Spunti su riserva di legge e delega legislativa nelle tendenze attuali del diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2004, 99 ss.

D'AMICO, *La legalità penale europea*, in *Rass. parl.*, 2004, IV, 919 ss.

DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 961 ss.

DASSANO-MACCAGNO-RONCO (a cura di), *Le sentenze della Corte sugli art. 25, commi 2 e 3 e art. 27, commi 1 e 2 della Costituzione (1956-1975)*, Torino, 115 s

DE VERO, *Il <<Corpus Iuris>> 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 di Catania, 18 -19 Giugno 1998, 2000, p. 203 ss.

DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 82 ss.

DEL TUFO, *La gerarchia delle fonti nel diritto penale internazionale e comunitario*, Casoria, 1999.

DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, trad. it. di A. BERNARDI, a cura di F.PALAZZO, Milano, 1992.

DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 545 ss.

DEMURO, *Legalità e scrittura dei diritti europei*, in *Rass. parl.*, 2004, IV, 935 ss.

DI LUCIA (a cura di), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, 1995.

DI MARTINO A., *Disciplina degli illeciti societari in bilico tra legalità nazionale e legittimità comunitaria*, in *Guida al dir.*, ILV, 2002, 64 ss.

DOLCINI, *Diritto penale comune europeo tra realtà e utopia; il diritto penale nella prospettiva euro*, Bologna, 2002.

DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 261 ss.

DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 12 ss.

DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 589 ss.

DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 477.

DONINI-INSOLERA, *Riserva di legge e democrazia penale. Il ruolo della scienza penale*, in *Nuovo revisionismo penale. Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, cit., p. 54 ss.

DONNARUMMA, *Il principio di legalità nella dinamica dei rapporti costituzionali*, Padova, 1988.

ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, ne *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 90 ss.

ESPOSITO, *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del Codice Penale*, in *Giur. cost.*, 1961, 537.

FALCINELLI, *Analogia: il limite logico del sistema penale*, in *Giur. it.*, 2004, I, 147 ss.

FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Diritto penale minimo*, cit., p. 74 ss.

FERRAJOLI, *Crisi della legalità e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *AA.VV., Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente e ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 43 ss.

FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.

FERRAJOLI, *Diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 44 ss.

FERRARO, *Costituzione europea e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Dir. com. scambi intern.*, III, 2004, 443 ss.

FIANDACA G.–MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, 4^a ed., Bologna, 2001.

FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 137 ss.

FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, 2003.

FILANGIERI, *Scienza della legislazione (1780-88)*, Paris 1853, lib. II, parte II, cap. XXV, 20, 189.

IORE C.- IORE S., *Diritto penale, parte generale*, Torino, 2004.

FOFFANI, *La trasparenza dell'azione societaria come bene giuridico comunitario*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionale e di Giustizia*, cit., p. 123 ss.

FORNASARI-MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005.

FRAGOLA S.P.- ATZORI P., *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1990, 34 ss.

FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, Torino, 1958, 179 ss.

FUERBACH, *Anti-Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto dei cittadini di coazione contro il sovrano (1797)*, trad. it., M.A. CATTANEO, Milano, 1972.

GALLO M, *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, Torino, 1999, 94 ss.

GAMBERINI, *Riserva di legge*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, cit., p. 56 ss.

GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Dig. IV - Disc. priv.*, 1987, 16 estr.

GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia*, in *Pol. dir.*, 1996, 469 ss.

GRASSO – SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007

GRASSO G., *Comunità Europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989.

GRASSO G., *Il "Corpus iuris" e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in AA.VV. *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Iuris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Milano, 1997, p. 34 ss.

GRASSO G., *Il <<Corpus iuris>>: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, cit, 142 ss.

GRASSO G., *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli stati membri: <<Nascita di una politica criminale europea?>>*, in *Ind. pen.*, 1993, 65 ss.

GRASSO G., *La formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, cit., 1998, 25 ss.

GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli stati membri*, in *Riv. int. Diritti dell'uomo*, 1991, 617 ss.

GRASSO G., *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1175.

GRASSO G., *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 831 ss.

GRASSO P. G., *Il principio "Nullum crimen, nulla poena sine lege" nella Costituzione italiana*, Milano, 1972.

GRASSO P.G., *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 808 ss.

GRASSO –SICURELLA, *Il Corpus iuris 2000*, Milano, 2002.

GRASSO-PICOTTI-SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011.

GRASSO-SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 327.

GROZIO UGO, *De iure belli ac pacis libri tres*, (1625), Lausanne, 1751/1752.

HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Testo e diritto, Ars interpretandi*, 1997, II, 190.

INSOLERA (a cura di), *Nuovo revisionismo penale. Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005.

INSOLERA-MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, IX, 1219 ss.

JESCHEK, *Possibilità e limiti di un diritto penale per la protezione dell'Unione Europea*, in *Ind. pen.*, 1998, 22 ss.

LAZZARI, *La legge più favorevole al reo al vaglio della astratta concretezza della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, III, 855 ss.

LEVI, *Carta dei diritti e Costituzione europea*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, a cura di FERRARI, Milano, 2001, 180.

LUCARELLI, *Stato di diritto e principio di legalità nel processo di evoluzione della forma di stato europea: il convegno di Napoli del 6 aprile 2004*, in *Rass. parl.*, 2004, IV, 891 ss.

LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale del principio "Nulla poena sine lege"*, in *Giust. cost.*, 1962, 1626.

M. DELMAS-MARTY, *Il Corpus Juris delle norme penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, in *Quest. giust.*, I, 2000, 164.

MAIELLO, *'Riserva di codice' e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*, in *Crit. dir.*, 2000, 342 ss.

MAJORANA, *Il principio di legalità ed il "favor rei" nella recente sentenza europea sul "falso in bilancio"*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionale e di Giustizia*, cit., p. 244 ss.

MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: un'introduzione*, in AA.VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale, Atti del Convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 8-10 ottobre 1999*, promosso dal CNPDS in collaborazione con la Fondazione Courmayeur, Milano, 2000, 35 ss.,

MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, 55 ss.

MANACORDA, *Le fonti del diritto penale nella costruzione di un pluralismo ordinato. A proposito dell'opera di Mireille Delmas-Marty*, in M. DELMAS-MARTY, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Torino, 2004, p. 38.

MANACORDA, *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *Studium iuris*, 1997, 952.

MANES, *L'incidenza delle <<decisioni-quadro>> sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, III, 2006, 1150 ss.

MANNA A., *Verso un codice penale modello per l'Europa, Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002.

MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 4^a ed., Padova, 2001.

MANZELLA, *Un trattato necessitato*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di BASSANINI, TIBERI, Bologna, 2008, p. 444.

MARINI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc.dir.*, XXVIII, Milano, 1978.

MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale, 1. Le fonti. Il reato: nozione e struttura sistematica*, Milano, 2001.

MARTINO, *Le direttive CE non possono ostare all'applicazione della "pena più mite" anche se ritenuta comunitariamente illegittima*, in *Guida al diritto*, 2005, XX, 103 ss.

MASTROIANNI, *Vecchi principi e nuove interpretazioni nella sentenza della Corte di Giustizia sul "falso in bilancio"*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionale e di Giustizia*, cit., p. 254 ss.

MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Padova, 1994.

MOCCIA , *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979.

MOCCIA, *Diritti dell'Uomo e sistema penale*, Napoli, 2002.

MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

MOCCIA, *La politica criminale del Corpus Iuris: dal Corpus Iuris al diritto penale europeo?*, in AA.VV., *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, cit., p. 43 ss.

MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006 ss.

MONTESQUIE', *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it., Torino, 1965, XI, c. VI, 276

MORSELLI, *Analogia e fattispecie penale*, in *Ind. pen.*, 1990, 505.

MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 187 ss.

MORVIDUCCI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2008, p. 86.

MUSACCHIO, *Diritto penale e Costituzione europea*, in *La Giustizia penale*, 2004, XXII, 730 ss.

NUVOLONE, *La problematica penale della Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, IV, Milano, 1977, 494 ss.

NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953.

NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali* (1956), in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, cit., p. 678 ss.

PADOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 5^a ed., Milano, 1999.

PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di*

applicazione nell'ambito dell'art. 2, 3 comma, c.p., in Riv. it. dir. proc. pen., 1982, 1354 ss.

PAGANO M., *Saggi politici (1783-1792)*, V, *Delle società colte e polite*, in *Opere filosofiche-politiche ed estetiche*, Napoli, 1848, 185 ss.

PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1993, 203.

PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, 7^a ed., Milano, 2000, 365.

PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, 1996, Bologna, 166 ss.

PALAZZO – BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. trim. dir. uomo*, 1988, 35;

PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova, 1979.

PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.

PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993.

PALAZZO, *Manuale di diritto penale*, Torino, 2005

PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, cit., p. 25 ss.

PALAZZO, *Riforme costituzionali: diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 37 ss.

PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium juris*, 1996, 67 ss.

PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, Relazione svolta all'Incontro di studio su "*Riserva di legge e democrazia penale: ruolo della scienza penale*", Bologna, 5 e 6 febbraio 2004, in *Cass. pen.*, 2005, I, 277 ss.

PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, 230 ss.

PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, in AA.VV., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 369 ss.

PALIERO, *Diritto penale comune europeo; Il diritto penale nella prospettiva euro*, Bologna, 2002.

PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220 ss.

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, 466 ss.

PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1011 ss.

PARODI-GIUSINO, *Diritto penale e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999.

PEDRAZZI, *Il riavvicinamento delle legislazioni penali nazionali nell'ambito della Comunità Economica Europea*, AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., p. 459 ss.

PEDRAZZI, *L'influenza della protezione giuridica della C.E.E. nel diritto penale italiano*, in AA.VV., *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, p. 609.

PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, a cura di C. PEDRAZZI e S.COCO, Milano, 1979, p. 38 ss.

PELLIZZONE, *La questione sul falso in bilancio: oggetto e limiti del sindacato costituzionale in materia penale*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionale e di Giustizia*, cit., p. 204 ss.

PETROCELLI, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, 1965, p. 191

PICOTTI (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004.

PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, in *Il Corpus Juris 2000: Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, 62 ss.

PICOTTI, *Il principio comunitario del "favore rei", le tradizioni costituzionali comuni e lo spazio lasciato alla corte italiana*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionale e di Giustizia*, cit., p. 157.

PICOTTI, *Le nuove definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, 264 ss.

POCAR F., *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, 2003.

PODO, voce *Successione di leggi penali*, in *Nss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 658.

PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 642 ss.

PULITANO', in CRESPI-STELLA-ZUCCALA' (a cura di), *Commentario breve al Codice penale*, 3ª ed., 1999, sub art.1, p. 7.

RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2005.

RESCIGNO, voce *Tecnica legislativa*, in *Enc. giur.*, XXX, 1993, 7.

RINALDI, *Le fonti del diritto penale: l'analogia e l'interpretazione estensiva*, in AA. VV., *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, cit., p. 1 ss.

RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996.

RIONDATO, *Il falso in bilancio e la sentenza della Corte di Giustizia CE: un accoglimento travestito da rigetto*, in *Dir. pen. e processo*, 2005, 910.

RIONDATO, *Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal Corpus Juris 2000*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 967.

- RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica*, a cura di U. VINCENTI, Padova, Cedam, 2000, p. 255.
- RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004.
- RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984.
- RIZ, *Lineamenti di diritto penale, parte generale*, 2^a ed., 2000.
- ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 2^a ed., 1995, *sub art.1.*
- RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.
- ROSSI P., *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1953.
- ROXIN, *Ha un futuro il diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 1998, 240 ss.
- ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di MOCCIA S., Napoli, 1998.
- RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli, 1965.
- SALAZAR, *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *Cass. pen.*, 1992, 1661.
- SALCUNI G., *La nozione comunitaria di pena: preludio ad una teoria comunitaria del reato?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 45 ss.
- SAMMARCO, *Interessi comunitari e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002.
- SANCHEZ IESUS MARIA SILVA, *L'espansione del diritto penale: aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, ed. it. a cura di V.MILITELLO, Milano, 2004.
- SCARPELLI, *Semantica giuridica*, in *Nss. D. I.*, XVI, Torino, 1969, 996.
- SCUDIERO, *Il diritto costituzionale comune europeo, Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002.

SENESE, *La riserva di codice*, in CURI-PALOMBARINI (a cura di) *Diritto penale minimo*, 2002., p. 98 ss.

SGUBBI F., *Diritto penale comunitario*, voce in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 104 ss.

SGUBBI, *Principio di legalità e singole incriminazioni*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, cit., p. 151 ss.

SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005.

SICURELLA, *Il Corpus juris e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in *Il Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di G. GRASSO e R. SICURELLA, Milano, 2003.

SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Milano, 1968, 40 ss.

SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969, 95 ss.

SORRENTINO, *Il divieto di analogia in materia penale: il principio e i flussi interpretativi autoritari*, in *Crit. dir.*, 2000, II, 142 ss.

SORRENTINO, in AMATO-BARBERA, (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, 1984, p. 152.

SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, p. 61 ss.

SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, 2001, Torino.

SOTIS, *Il diritto penale europeo tra teoria e prassi*, Firenze, 2002.

SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Pavia, 2005.

SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 03, pp.1146 ss.

SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di BILANCIA – D'AMICO, Milano, 2009.

SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 196.

SPASARI, *Diritto Penale e Costituzione*, Milano, 1966.

SPASARI, *Il principio di legalità nel diritto penale italiano*, in *Arch. pen.*, 1966, I, 36.

STAMMATI, *Stato di diritto e principio di legalità nell'evoluzione della forma di Stato europea*, in *Rass. parl.*, 2005, I, 39 ss.

STORELLI, *Diritto penale comunitario, profili sostanziali, processuali, collaborazione investigativa e giudiziaria*, 2003.

STROZZI G., *Diritto dell'Unione europea, parte istituzionale*, Torino, 2001.

TARTAGLIA, *Retroattività "in mitius" e pronunce di incostituzionalità "in malam partem"*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionale e di Giustizia*, cit., p. 99 ss.

TESAURO, *Diritto Comunitario*, 3^a ed., Padova, 2005.

TIEDEMANN K., *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 3 ss.

TIEDEMANN, *La frode alle sovvenzioni: origine di un diritto penale europeo?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 3161

TRAPANI, voce *Legge penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990.

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, 339 ss.

VALIANTE, *Norma comunitaria e diritto penale. La qualifica di pubblico ufficiale*, in *Riv. dir. eur.*, 1993, 116 ss.

VASSALLI, *Abolitio criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 377 ss.

VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 699 ss.

VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, 1942.

VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 158 ss.

VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994.

VERVAELE, *L'applicazione del diritto comunitario: la separazione dei beni tra il primo e il terzo pilastro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, 786 ss.

VICICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte Costituzionale sulla vecchia questione delle norme penali in "bianco"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1002.

VIGANO', *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007; BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2002, 04;

VIGANO', *Illegittimità comunitaria e illegittimità costituzionale: spunti di riflessione*, in AA.VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionale e di Giustizia*, cit., p. 165 ss.

VILLANI, *Il "deficit comunitario" nell'ordinamento delle Comunità europee*, in *Jus*, 1994, 556 ss.

VILLANI, *Stato sociale di diritto. Decifrazione di una formula (1966)*, in *Studi di filosofia politica e sociale*, Napoli, 1983, 55 ss.

VINCIGUERRA, *Delegazione legislativa e disciplina penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 1122.

VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, Padova, 1999.

VOLK, *Struttura del reato e diritti dell'uomo*, in *Crit. dir.*, 1999, 62.

VOLTAIRE, *Leggi (delle)*, in *Dizionario filosofico*, Paris, 1764, ed. it. a cura di J.BENDA.

WEILER J.H.H., *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985.

ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto. Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1984.

ZANOTTI, *Il principio di determinatezza e tassatività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 135 ss.

ZUCCALÀ, *L'unitario diritto penale europeo come meta del diritto penale comparato?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 603.