



Centro di
Documentazione europea - UniCT



Università di Catania

I quaderni europei

Scienze giuridiche



IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE

Gaetano DE Amicis

Ottobre 2009
n. 14

Gaetano DE Amicis

Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti europee

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper* 2009/n. 14
ottobre 2009

URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/14_2009.pdf

© 2009 Gaetano DE Amicis

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper*/ISSN 1973-7696

Gaetano DE Amicis, Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione

La collana *online* “*I quaderni europei*” raccoglie per sezioni (scienze giuridiche, scienza della politica e relazioni internazionali, economia, scienze linguistico-letterarie) i contributi scientifici di iniziative sulle tematiche dell'integrazione europea dalle più diverse prospettive, avviate da studiosi dell'Ateneo catanese o da studiosi di altre Università italiane e straniere ospiti nello stesso Ateneo.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf su:
<http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei>

Edito dal Centro di documentazione europea dell'Università di Catania

Via San Lorenzo, 4 - 95131 – CATANIA

tel. ++39.095.730.7954

fax ++39.095.730.7956

www.lex.unict.it/cde

Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti europee

Gaetano DE Amicis

Abstract (it)

Il contributo esamina i principali problemi posti dall'applicazione del principio di legalità penale nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo e in quella della Corte di giustizia delle Comunità europee, ponendo in risalto l'esigenza di rispetto dei fondamentali requisiti di "qualità" rappresentati dalla accessibilità e dalla prevedibilità delle norme penali. Si fa riferimento, sotto tale profilo, all'enucleazione, per via interpretativa, di una concezione "materiale" di legalità penale e al ruolo centrale assunto dall'attività "concretizzatrice" svolta, caso per caso, dalla giurisprudenza, nel tener conto in particolare del contenuto delle strutture normative, dei loro destinatari e del settore in cui esse vengono a inserirsi. Sono illustrati, inoltre, i principali meccanismi di "filtro" del principio di legalità penale di cui all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) nella prospettiva comunitaria, attraverso l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia. Specifica attenzione, infine, viene rivolta alla disamina della più recente evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di legalità, sostanziale e processuale, e all'esigenza di un'interpretazione dialogica fra le corti nazionali ed europee, nella prospettiva di una tutela multilivello dei diritti fondamentali della persona.

Abstract (en)

The paper examines the main problems due to the principle of criminal legality's application in criminal matter throughout the case law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Communities, founded on the respect of the fundamental requirements of the "quality" of legal criminal rules: i.e. its accessibility and its predictability. Under this profile, reference has to be made to the enucleation of "a material" conception of criminal legality and to the central role accomplished by the jurisprudence: it is worth underlining that case law takes into account normative structures, public beneficiaries and fields inside which it is destined to enter. In addition, the paper considers which are the main indicators of the principle of legality in criminal matter according to art. 7 EHRC inside the European Union legal order.

Finally, a specific attention is to be paid to the most recent European case law on formal and substantive respect of the rule of law; and to the demand of a dialogical interpretation between domestic and European Courts, in the perspective of a multilevel protection of fundamental human rights.

Keywords

Legalità penale – qualità della legge – conoscibilità della norma violata – prevedibilità della formulazione legale – prevedibilità della prassi giurisprudenziale – irretroattività – retroattività della legge più favorevole

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE*

di Gaetano DE Amicis

Sommario: 1. Premessa.- 2. Il principio di legalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.- 3. I requisiti di “conoscibilità” e di “prevedibilità”.- 4. La legalità nella prospettiva comunitaria.- 5. La recente evoluzione della giurisprudenza comunitaria.- 6. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Tentare di ricostruire, oggi, i fondamenti di un meta-principio quale quello di legalità, che costituisce il vertice valoriale del diritto penale, integrandone in modo essenziale la dimensione ontologica, appare un esercizio quanto meno problematico, specie ove si considerino gli effetti dell’attuale processo di europeizzazione del diritto penale e le sempre più frequenti “contaminazioni-integrazioni” fra norme prodotte da ordinamenti diversi (internazionale, europeo e comunitario)¹, che tendono, però, a divenire in qualche misura fra loro interdipendenti.

Nonostante i tradizionali elementi identificativi del principio mantengano, tuttora, connotazioni sufficientemente riconoscibili e, per certi versi, condivise, i tratti del “volto” tendono a farsi sempre più sfuggenti e sempre meno marcati, imponendo allo studioso ed all’interprete di ricostruirne i lineamenti attraverso una nuova attribuzione di “senso”, che tenga conto, sì, delle ascendenze storiche di taglio illuministico, ma che, al tempo stesso, sappia farsi carico, soprattutto, delle conseguenze e delle implicazioni problematiche legate all’evoluzione dei processi di globalizzazione giuridica.

Esaminiamo le declinazioni del principio nello scenario che emerge dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, ponendolo poi a raffronto con l’evoluzione della giurisprudenza comunitaria e con le più recenti acquisizioni della normativa penale internazionale.

2. Il principio di legalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani

Pur consacrando formalmente ed esplicitamente il solo principio di irretroattività, l’art. 7 CEDU è stato interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel senso che esso delinea, nell’ambito del sistema europeo di protezione dei diritti dell’uomo, i due fondamentali principi penalistici *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*².

* Testo rielaborato dell’intervento svolto nell’ambito del Convegno di studi su «L’incidenza della Convenzione europea dei diritti dell’uomo sul diritto interno», organizzato in Catania, 7-8 novembre 2008, dal Centro di Studi e formazione professionale in materia giuridica, in collaborazione con l’Università degli Studi di Catania.

¹ In generale, su tali profili, v. M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, 1986, p. 171 ss.; ID., *Pour un droit commun*, Paris, 1994, p. 101 s.; G. OST-VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 16 ss.; A. BERNARDI, *Entre la pyramide et le réseau: les effets de l’eupéanisation du droit sur le système penal*, in RIEJ, 2004, p. 2 ss.; S. MANACORDA, *Ius commune criminale? Enjeux et perspectives de la comparaison pénale dans la transition des systèmes*, in *Variations autour d’un droit commun*, a cura di M. DELMAS - MARTY, H. MUIR WATT, H. RUIZ FABRI, in JLC, 2002, p. 323 s.; ID., *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. 31 s.; M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell’espansione del diritto penale economico*, in CP, 2003, p. 1814 ss.; M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell’incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in PD, 2001, p. 665.

² In tal senso, cfr. A. BERNARDI, “Riserva di legge” e fonti europee in materia penale, in *Annali dell’Università di Ferrara*, sez. V, vol. XX, 2006, p. 41 ss.; ID., *Sub art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, a cura di S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, Padova, 2001, p. 297 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 56 ss.; F. VIGANO’, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in RIDPP, 2007, p. 42 s.; ID., *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della Corte EDU*, in AA.VV., *La tutela dei diritti e delle libertà nella Corte EDU*, suppl. a *Gmer*, n. 12, 2008, p. 81 ss.; G. DE VERO - G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, p. 16 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *iust17@unibo.it*, n. 2, 2008, p. 4 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*,

Dunque, nonostante una formulazione apparentemente “debole” e senz’altro meno “incisiva” del principio rispetto ai connotati comunemente accolti negli ordinamenti penali continentali (riserva di legge, irretroattività, determinatezza e divieto di analogia), la giurisprudenza di Strasburgo ha progressivamente esteso la portata della disposizione, includendovi sia il principio di determinatezza delle norme penali, sia il divieto di analogia in *malam partem*.

E’ un fondamentale ruolo di garanzia quello svolto dalla Corte europea, nel saper distillare dalla disposizione dell’art. 7 il “condensato” dei più importanti principi espressivi della civiltà giuridica europea³, combinando, all’interno di una visione comunque “autonoma” del principio di legalità, aspetti peculiari riconducibili alla varietà di sistemi giuridici tra loro non sempre facilmente conciliabili.

La dottrina più avveduta, peraltro, ha posto in rilievo come resti fuori dall’ambito dell’art. 7 la garanzia della legalità intesa in senso propriamente formale, quale esigenza, cioè, di limitare solo ad alcuni atti normativi con particolari caratteristiche – legge ordinaria adottata da un Parlamento – la possibilità di introdurre norme penali⁴.

L’interazione tra ordinamenti di *civil* e di *common law* costituisce, evidentemente, la naturale giustificazione di una formulazione lessicale cui appare estranea la dimensione strettamente formale della riserva.

D’altro canto, il testuale riferimento al “diritto” piuttosto che alla “legge” non induce a ritenere di per sé obbligata la formale previsione legale del fatto incriminato, essendo sufficiente che la natura di reato del fatto sia tale «secondo il diritto interno o il diritto internazionale».

Una concezione più ampia, direi “allargata”, di legalità, dunque, che ingloba secondo la giurisprudenza di Strasburgo un diritto di derivazione sia legislativa che giurisprudenziale⁵, e persino il diritto non scritto (*le droit écrit comme non écrit*)⁶: l’espressione “diritto interno”, quale fonte di previsione e di regolazione del fatto incriminato, non si riferisce, allora, soltanto al fondamento legislativo in senso stretto della norma, ma in generale ad una qualsiasi delle fonti del diritto riconosciute nel singolo ordinamento, ivi compreso il diritto non scritto di formazione giurisprudenziale e persino quello di origine consuetudinaria.

Si tratta di una “nozione autonoma” di “legge”, così come appare autonoma, del resto, quella di “materia penale”, che la Corte ha via via elaborato prescindendo dal significato che tali nozioni possono assumere nell’ambito dei diversi sistemi giuridici nazionali.

Un modello ermeneutico, questo, evidentemente delineato dalla Corte al fine di costruire uno standard comune minimo, ed evitare che il ricorso alle qualificazioni interne consenta agli Stati membri di sottrarsi agli obblighi convenzionali di legalità, con il mero espediente di denominare “legge” ciò che legge non può essere ai fini della Convenzione, ovvero di non chiamare “penali” una pena o un’infrazione che tali invece devono essere considerate ai fini dell’applicazione delle garanzie previste negli artt. 6 e 7 (o negli artt. 2, 3 e 4 del Protocollo addizionale n. 7)⁷.

Nella nozione di legge, inoltre, può ricomprendersi ogni testo normativo di qualunque livello nella gerarchia nazionale delle norme: non necessariamente, dunque, una legge di origine parlamentare, secondo il requisito tipicamente espresso dal principio di riserva di stretta legalità penale nel nostro sistema costituzionale, ma anche una normativa di tipo secondario, con l’ulteriore conseguenza che ai fini della Convenzione europea non rileva il problema - decisivo, invece, per taluni ordinamenti costituzionali, quali, ad es., il nostro - dei rapporti tra fonti primarie e fonti secondarie nella definizione del fatto di reato⁸.

Torino, 2008, p. 302 ss.; Corte EDU, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, par.52; ID., *K. H. W. c. Rep. Fed. tedesca*, 22 marzo 2001, par.45, in RIDU, 2001, p. 637; ID., 29 marzo 2006, *Achour c. Francia*, par. 41.

³ P. ROLLAND, *Sub art. 7*, in *La Convention européenne des droits de l’homme - Commentaire article par article*, a cura di L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT, Paris, 1995, p. 293.

⁴ Cfr. M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 86 ss.; A. BERNARDI, *Sub art. 7*, cit., p. 251 ss.; V. ZAGREBELSKY, cit., p. 8 s.; v., inoltre, E. NICOSIA, cit., p. 58.

⁵ V., ad es., Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, par.34 s.; ID., 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, par. 29; A. ESPOSITO, cit., p. 305 ss.

⁶ Corte EDU, *Wingrove c. Regno Unito*, 25 novembre 1996, par. 40.

⁷ In tal senso cfr. V. ZAGREBELSKY, cit., p. 5.

⁸ Cfr. V. ZAGREBELSKY, cit., p. 6 ss., secondo cui è evidente «la perdita che viene così ad aversi al livello della protezione europea rispetto al significato (non importa qui quanto enfatizzato o distaccato dalla realtà) della riserva di “legge parlamentare” stabilita in sede nazionale», per quel che attiene soprattutto alla garanzia offerta dall’istituzione parlamentare e dalla sua procedura.

Il significato formale della legalità, del resto, risulta ulteriormente ridimensionato dalla disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 7, secondo cui in nessun caso può considerarsi in contrasto con il principio di legalità in materia penale la condanna di un individuo per un'azione od omissione considerata criminale in base ai "principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili", dunque anche in assenza di una espressa previsione nella legge nazionale dello Stato di appartenenza o nel diritto internazionale – sia consuetudinario che pattizio – al momento del fatto⁹.

Evidenti ragioni storiche legate all'epoca dell'immediato dopoguerra in cui venne stipulata la Convenzione hanno consigliato il ricorso a tale deroga, soprattutto al fine di evitare che i responsabili di crimini di eccezionale gravità potessero appellarsi all'art. 7 CEDU per sottrarsi alla punizione¹⁰.

Ne consegue che il principio di legalità in ambito europeo deve dirsi rispettato, nella sua essenza, quando la punibilità di un atto sia fondata sulla legge ovvero, nei Paesi di *common law*, su incriminazioni già consolidate su una base giurisprudenziale¹¹.

3. I requisiti di "conoscibilità" e di "prevedibilità"

L'abbandono di una visione strettamente "formale" della legalità e l'opzione espressa per una concezione di natura maggiormente "sostanziale" del principio vengono sensibilmente controbilanciati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che nella sua opera interpretativa ha precisato la portata della garanzia facendo ricorso ai criteri fondamentali della conoscibilità della norma penale – in modo da consentire al cittadino di sapere in anticipo e con precisione se la sua condotta è penalmente rilevante o meno – e della ragionevole prevedibilità delle sue conseguenze sanzionatorie¹².

Ciò significa, pertanto, che non v'è violazione dell'art. 7 nei casi in cui il giudice nazionale sia pervenuto a una condanna che, pur non riconducibile a una stretta interpretazione letterale della norma formalmente in vigore, era però ragionevolmente prevedibile nel suo esito decisivo.

Come si è accennato, tuttavia, ulteriori aspetti della legalità vengono a compensare la rinuncia alla sua dimensione strettamente formale, concretando il valore della certezza giuridica nella condotta del cittadino europeo: si tratta dell'accessibilità della norma violata e della prevedibilità della sanzione, che risultano soddisfatte, secondo la Corte, quando colui che è sottoposto alla giustizia è in grado di conoscere, a cominciare dalla pertinente disposizione e, se del caso, avvalendosi della sua interpretazione ad opera dei giudici, quali azioni od omissioni possano comportare la sua responsabilità penale.

Si tratta, evidentemente, di una nozione materiale di legalità penale, attenta alla qualità della legge: l'accessibilità e la prevedibilità, infatti, si riferiscono non alla mera astratta previsione legale esistente, ma alla norma "vivente", quale risulta dall'applicazione e dall'interpretazione dei tribunali. Sotto tale profilo, pertanto, il contenuto della norma non emerge unicamente dalla mera analisi del diritto positivo, ma da un più complesso insieme, formato sia dalle strutture normative che dall'atteggiarsi delle relative prassi giurisprudenziali¹³.

Se la norma risulta dalla combinazione di due dati, quello legislativo, di per sé incapace di assicurare certezza e precisione assolute, e quello interpretativo fornito dai giudici, è evidente che la giurisprudenza viene ad assumere un ruolo potenzialmente decisivo nella precisazione del contenuto stesso e della latitudine applicativa del precetto penale¹⁴.

Si tratta di aspetti che, secondo la Corte europea, vanno verificati globalmente e non separatamente¹⁵.

⁹ Sul punto, v. E. NICOSIA, cit., p. 60.

¹⁰ Cfr. A. BERNARDI, *Sub art. 7*, cit., p. 298 ss.

¹¹ Così E. NICOSIA, cit., p. 63.

¹² Cfr., ad es., Corte EDU, 29 marzo 2006, *Achour c. Francia*, par.42; v., inoltre, ID., 25 marzo 1983, *Silver c. Regno Unito*, par. 87. Sul contenuto del principio v., da ultimo, A. BERNARDI, "Riserva di legge" ecc., cit., p. 43 s.; ID., *Sub art. 7*, cit., p. 253; F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *QuadFior*, v. 36, 2007, p. 1318 s.; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, ivi, p. 1273 ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, p. 70; A. ESPOSITO, cit., p. 305 e 325 ss.

¹³ Cfr. A. ESPOSITO, cit., p. 323 ss.

¹⁴ Sul ruolo della giurisprudenza nella definizione del contenuto e della qualità della "legge" applicabile, v. le considerazioni di V. ZAGREBELSKY, cit., p. 12 ss.

¹⁵ Corte EDU, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, par. 32.

La prevedibilità, in particolare, si articola nei due sotto-principi di precisione e di stretta interpretazione della legge penale.

• Prevedibilità dell'astratta formulazione legale significa che il legislatore, pur all'interno di significativi margini di discrezionalità, deve attenersi ad un criterio di ragionevole precisione nel descrivere i comportamenti vietati e nell'individuare le sanzioni¹⁶, tenendo conto anche della diversa tipologia dei soggetti destinatari della norma: in questo senso, sembra essere vista con maggior favore una legislazione per clausole generali ed elastiche (integrabile attraverso l'attività della giurisprudenza), piuttosto che una normazione di tipo casistico, difficilmente suscettibile di favorire un adeguamento costante all'evoluzione della realtà sociale.

Entro tale prospettiva si riconosce, inoltre, che una formulazione generica non è di per sé in contrasto con l'art. 7, se la sua vaghezza o genericità viene stemperata o eliminata dall'attività concretizzatrice della giurisprudenza, la cui attività interpretativa, quale fonte del diritto, «contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale»¹⁷.

• Prevedibilità della prassi giurisprudenziale, invece, sta ad indicare il margine di ragionevolezza dell'interpretazione, fondata a sua volta sia sul divieto di applicare analogicamente la legge penale, sia sulla coerenza del risultato interpretativo rispetto alla sostanza dell'incriminazione¹⁸.

Il principio di ragionevolezza, inoltre, deve “calibrarsi” in concreto, sia in relazione all'esame del testo normativo di per sé considerato, sia in relazione alla ponderazione dei precedenti interpretativi cui esso ha dato origine¹⁹.

In questo ambito, dunque, è vietata ogni interpretazione che assegni alla legge penale un significato non prevedibile: è compatibile con l'art. 7 l'interpretazione estensiva di una fattispecie penale, che risulti fondata su una base giurisprudenziale ormai consolidata e costante, ma il giudice non potrebbe ampliare le norme incriminatrici dettate dal legislatore, riconducendovi fatti analoghi, o simili, non previsti espressamente nel corpo della disposizione normativa²⁰. Né potrebbe, perché in contrasto con il principio di irretroattività, dilatare la definizione della fattispecie esistente sino ad includervi fatti che fino ad allora non costituivano chiaramente un illecito penale.

I parametri di valutazione, comunque, sono diversi e variano molto caso per caso.

Il dato decisivo è la prevedibilità del risultato interpretativo cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale, tenendo conto del contenuto della struttura normativa, dei suoi destinatari e del settore in cui la stessa viene ad inserirsi.

In tal senso, un'interpretazione di tipo estensivo può ritenersi ricompresa nel perimetro dell'art. 7 anche nell'ipotesi in cui la norma penale venga applicata a fatti non previsti dal legislatore all'epoca del suo intervento, purché gli stessi possano farsi rientrare all'interno della disposizione normativa, sulla base di una valutazione (sia pure, talora, problematica) di compatibilità con il requisito di prevedibilità dell'ambito applicativo della fattispecie²¹.

Si ritiene, pertanto, che non vi sia violazione dell'art. 7, quando comunque venga fatta salva l'essenza della previsione incriminatrice e la soluzione individuata sia ragionevolmente prevedibile²².

Del resto, sotto altro ma connesso profilo, anche il principio di irretroattività della norma penale si dirige, nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, sia al legislatore che al giudice, il quale non

¹⁶ Cfr., ad es., Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, par. 49; Commissione, dec. 7 maggio 1982, *X Ltd. e Y c. Regno Unito*, DR 28, p. 86; ID., 24 maggio 1988, *Muller c. Svizzera*, par. 29; ID., 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, par. 30.

¹⁷ Cfr. Corte EDU, 22 novembre 1995, *SW c. Regno Unito*, par. 36 e 22 novembre 1995, *CR c. Regno Unito*, par. 34.

¹⁸ V. Corte EDU, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, par. 52; ID., 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, par. 29; ID., 22 novembre 1995, *SW c. Regno Unito*, par. 36; ID., 8 luglio 1999, *Baskaya e Okcuoglu c. Turchia*, par. 36; ID., 22 giugno 2000, *Coeme c. Belgio*, par. 145; ID., 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, par. 28 e par. 35.

¹⁹ Cfr. per tutti, le osservazioni di A. BERNARDI, “Riserva di legge” ecc., cit., p. 46 ss.

²⁰ Cfr., Corte EDU, 24 maggio 2007, *Dragotoniu e Militaru – Pidborni c. Romania*, nonché Commissione, dec. 22 luglio 1970, *X c. Austria*, Annuario 13, p. 187. In dottrina v., di recente, A. ESPOSITO, cit., p. 327 ss.; A. BERNARDI, *op. ult. cit.*, p. 47.

²¹ V. A. BERNARDI, *Sub art. 7*, cit., p. 267.

²² Corte EDU, *Radio France c. Francia*, 30 marzo 2004, par. 20; sul punto v., inoltre, V. ZAGREBELSKY, cit., p. 21 ss., che rileva in senso problematico come il rinvio alla «essenza della previsione incriminatrice» lasci spazio forse al rischio di legittimare procedimenti interpretativi di tipo analogico.

potrebbe ricondurre nella previsione legale fatti in precedenza non puniti o puniti in modo meno severo²³.

Il principio di legalità, in tal senso, può dirsi sostanzialmente rispettato ove si accerti (specie in relazione agli ordinamenti di *common law*, in cui il diritto è in gran parte di derivazione giurisprudenziale o consuetudinaria) che il reo, al momento del fatto, era in grado di prevedere le conseguenze giuridiche negative della propria condotta²⁴.

Sul problema dell'applicazione retroattiva delle leggi penali più favorevoli, invece, l'art. 7 CEDU, diversamente dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza (oggi espressamente richiamata all'interno del *corpus* comunitario attraverso l'art. 6, par. 1, del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007), tace: anche se certamente non impedisce agli Stati di applicare in via retroattiva le leggi penali, neanche lo impone, con la conseguenza che, se al momento del fatto la condotta costituiva reato, non necessariamente la successiva decriminalizzazione impone la non punibilità dell'autore del reato perché si realizzi una situazione di piena conformità ai diritti dell'uomo²⁵.

In una recente pronuncia, peraltro, la Corte di Strasburgo, discostandosi da un suo risalente indirizzo giurisprudenziale²⁶, ha riconosciuto il diritto all'applicazione della norma sanzionatoria più favorevole, dovendosi ritenere corollario del principio espresso dall'art. 7 CEDU quello del diritto dell'accusato all'applicazione del trattamento penale più lieve²⁷.

E' significativo rilevare come la Corte sia pervenuta a tale affermazione non solo evocando i principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (laddove la stessa ha consacrato, quale corollario del principio di legalità, il diritto dell'imputato sia a non essere condannato ad una pena più grave di quella imposta al momento della commissione del fatto, sia a poter usufruire di un trattamento sanzionatorio più lieve, se previsto da norme successive), ma richiamando anche, sotto tale profilo, i contenuti della più recente evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia, allorquando ha stabilito che "il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri"²⁸.

La formulazione di un'opinione dissenziente, da parte di taluni giudici, sulla correttezza della riconducibilità del principio della *lex mitior* nell'ambito di applicazione dell'art. 7 CEDU induce inevitabilmente a prudenti valutazioni prognostiche in ordine al consolidamento di siffatto nuovo indirizzo nei termini ora illustrati.

Anche da questo punto di vista, comunque, sembra affiorare una concezione di legalità maggiormente elastica rispetto a quella spesso seguita nell'ambito degli ordinamenti continentali.

Analoghe considerazioni, inoltre, come già accennato, potrebbero svolgersi in relazione al principio di determinatezza delle norme penali, poiché molto spesso la Corte europea fa riferimento al

²³ Cfr., ad es., Commissione, dec. 4 marzo 1985, *Enkelmann c. Svizzera*, DR, Vol. 41, p. 182; A. ESPOSITO, cit., p. 336 ss., cui si rinvia in particolare per la ricca esposizione delle ulteriori pronunce giurisprudenziali.

²⁴ Corte EDU, *J.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995, par. 41 ss.; E. NICOSIA, cit., p. 65 ss., cui si rinvia anche per l'ampia disamina della relativa casistica giurisprudenziale.

²⁵ Cfr., soprattutto, A. BERNARDI, *Sub art. 7*, cit., p. 281 ss.; v., inoltre, E. NICOSIA, cit., p. 75.

²⁶ Corte EDU, 6 marzo 1978, *X c. Germania*.

²⁷ Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* (n. 10249/03). Il ricorrente, imputato di omicidio aggravato ed altri reati, commessi nel settembre 1999, era stato giudicato con rito abbreviato e condannato il 24 novembre 2000 alla pena di 30 anni di reclusione, in applicazione dell'art. 442 *cp* nel testo allora vigente. Lo stesso giorno, però, entrava in vigore il decreto-legge n. 341 del 2000, il cui art. 7 conteneva una disposizione, definita di interpretazione autentica, riguardante l'applicazione della pena dell'ergastolo nel rito abbreviato. Su appello del PM, che aveva dedotto l'operatività nel caso in esame della modifica normativa, la Corte d'assise riformava la sentenza e condannava l'imputato alla pena dell'ergastolo, ritenendo che la novella legislativa, siccome contenente una norma processuale, fosse applicabile ai procedimenti in corso e che, comunque, l'imputato aveva avuto la possibilità di ritirare la richiesta di essere giudicato con rito abbreviato. In seguito, l'imputato aveva proposto ricorso per cassazione, senza esito positivo. Dinanzi alla Corte europea, il ricorrente ha dedotto la violazione - oltre che dell'art. 7 - dell'art. 6 CEDU, in quanto l'applicazione retroattiva di una modifica normativa intervenuta nel 2000 in tema di rito abbreviato (*ex art. 442 cp*) aveva leso anche il suo diritto ad un equo processo. A tale riguardo, la Corte di Strasburgo ha rilevato che il ricorso al rito abbreviato, con la rinuncia da parte dell'imputato ad una serie di diritti e garanzie, comportava per il ricorrente la legittima aspettativa alla non applicazione della pena dell'ergastolo, come "chiaramente" - a suo dire - prescriveva il dato testuale dell'art. 442 allora vigente. Pertanto, la unilaterale modifica dei vantaggi connessi a tale rito, sul quale un accordo tra le parti era già intervenuto, aveva determinato la violazione anche dell'art. 6 cit. In conclusione, la Corte, pur ribadendo che spetta allo Stato membro garantire l'esecuzione delle sentenze della Corte, ha sottolineato che sarà compito dell'Italia assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente sia sostituita con una pena che non ecceda i 30 anni.

²⁸ Cfr., sul punto, la pronuncia citata, *infra*, nella nota n.43.

criterio del diritto vivente, negando la violazione del principio anche in presenza di norme obiettivamente suscettibili di apparire vaghe o indeterminate, e comunque imprecise nei contorni della fattispecie, purché la prassi giurisprudenziale in concreto consolidatasi nel tempo abbia contribuito a chiarire la portata applicativa della norma, rendendola sostanzialmente uniforme e ragionevolmente prevedibile sulla base degli stessi precedenti, ovvero di evidenti mutamenti nelle condizioni socio-culturali²⁹.

Dunque, anche una fattispecie sfuggente nei contenuti potrebbe ritenersi compatibile con il dettato dell'art. 7, fatta salva l'ipotesi-limite che dalla disposizione discenda una situazione di totale incertezza.

Strettamente connesso a tali profili, inoltre, è il rapporto fra il principio di legalità e quello di colpevolezza, poiché, se è vero che l'art. 7 non menziona esplicitamente il "legame morale" esistente tra la materialità del reato e la persona che risulta esserne l'autrice, è pur vero che la logica della pena e della punizione, così come la stessa nozione di "persona colpevole", impongono un'interpretazione dell'art. 7 basata sull'accertamento di quegli indispensabili requisiti di consapevolezza e volontà che concretano il giudizio di responsabilità in ordine alla condotta dell'autore materiale del reato³⁰.

Sarebbe dunque incoerente per la Corte esigere, da un lato, una base legale accessibile e prevedibile, e, dall'altro, consentire l'affermazione di un giudizio di colpevolezza nelle ipotesi in cui la persona non sia in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non può imputarsi a colui che risulti esserne la vittima.

In definitiva, il sistema convenzionale, pur assegnando, come è giusto, grande risalto al principio di legalità, non ne assolutizza l'ambito valoriale, con la conseguente prevalenza del dato legale-formale su quello propriamente giurisprudenziale.

Esso si preoccupa, piuttosto, di garantire i profili della sicurezza giuridica, ponendo la propria attenzione soprattutto sull'aspetto sostanziale della qualità della legge: più che indirizzare gli ordinamenti nazionali verso una scelta di stabilità astrattamente fondata sulla legislazione, sembra orientarli verso il rispetto di comuni canoni di prevedibilità-accessibilità delle fonti, salvaguardando l'eventuale specificità delle tradizioni costituzionali all'interno di un sistema di diritto comune tendenziale, fondato in ogni caso sulla centralità del ruolo giurisprudenziale.

Questa tendenza della Corte di Strasburgo, decisamente orientata a privilegiare tra le diverse "anime" della legalità quella più "universalista" relativa ai profili dell'accessibilità della norma penale, sembra senz'altro determinata dalle particolari difficoltà che la stessa Corte incontra «nel dare un contenuto uniforme ed omogeneo alla legalità intesa come disciplina delle fonti», in ragione soprattutto della variabilità degli assetti costituzionali e dei punti di equilibrio individuabili tra gli organi concorrenti alla produzione normativa, sì che quel contenuto risulta oggettivamente troppo diversificato per costituire un parametro di riferimento valido e sicuro per un gruppo così eterogeneo di Stati³¹.

4. La legalità nella prospettiva comunitaria

Anche nel sistema comunitario - nonostante l'assenza di un principio scritto di legalità nei Trattati e sebbene il richiamo alla ricca elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo sia apparso, talora, piuttosto prudente, optandosi per un esplicito riferimento alla sola disposizione di cui all'art. 7 CEDU (e non anche ad altre disposizioni convenzionali) - è indiscutibile

²⁹ Cfr., in particolare, Corte EDU, 22 novembre 1995, *C.R. c. Regno Unito*, par. 34; A. BERNARDI, op. ult. cit., p. 259 ss.; E. NICOSIA, cit., p. 77 ss. J. PRADEL - G. CORSTENS, *Droit penal européen*, Paris, 1999, p. 317.

³⁰ V. Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. c. Italia*, in *CP*, 2009, n. 7-8, con nota di BALSAMO e PARASPORO, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, che ha riscontrato una violazione dell'art. 7 CEDU, e dell'art. 1 del Protocollo n. 1, in un caso in cui la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite era stata ordinata dal giudice penale con la sentenza di assoluzione degli imputati, sul presupposto che gli stessi avessero commesso un errore inevitabile e scusabile nell'interpretazione delle norme violate. In applicazione dei principi da tempo elaborati nella giurisprudenza della Corte in tema di accessibilità e prevedibilità della legge, si è ritenuto pertanto, anche in relazione al caso di specie, che la base giuridica del reato non rispondeva a quelle condizioni, risultando impossibile prevedere in concreto che una sanzione sarebbe stata irrogata, con la conseguente valutazione di arbitrarietà della misura ablativa disposta ai sensi dell'art. 19 della L. n. 47/1985. Sotto il profilo dell'art. 7, dunque, un quadro normativo che non permetta ad un imputato di conoscere il senso e la portata della legge penale, è da ritenere lacunoso non solo rispetto alle condizioni generali di "qualità" della "legge", ma anche rispetto alle specifiche esigenze della legalità penale.

³¹ Così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2006, p. 93.

che il principio di legalità penale rientri a pieno titolo, con il viatico di una lettura giurisprudenziale piuttosto “forte” e, comunque, tendenzialmente meno cauta rispetto agli indirizzi assunti dalla Corte di Strasburgo, nell’ambito del diritto europeo cd. “primario”³².

Esso costituisce una emanazione del principio di certezza del diritto, quale principio generale del diritto comunitario, volto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici ricadenti nell’ambito della normativa comunitaria³³.

Si tratta, in particolare, di una garanzia riconducibile all’esercizio dello *ius puniendi* proprio dello Stato ed incentrata non solo sull’esigenza di preventiva determinazione dei comportamenti e delle correlative sanzioni, ma anche sul rango formale delle norme volte a tipizzare i comportamenti e a disciplinarne le conseguenze sanzionatorie (aventi, per lo più, forma di legge in gran parte degli Stati membri dell’Unione europea)³⁴.

Anche in ambito comunitario, peraltro, è risultato decisivo il ruolo propulsivo via via assunto dalla Corte di Giustizia, che tende progressivamente a specificare ed arricchire i contenuti del principio, orientandone l’esigenza di rispetto non solo sul piano degli atti normativi europei in materia penale, ma anche in relazione ad ogni fonte penale nazionale attuativa del diritto comunitario e dell’Unione europea³⁵.

Né va dimenticato che, in una prospettiva di medio-lungo termine, una tutela ancor più incisiva dovrebbe emergere grazie alla estensione delle competenze del Giudice comunitario nelle materie del cd. “terzo pilastro” ed all’esplicito richiamo delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali nell’art. 6, par. 1, del Trattato di Lisbona (disposizione che le attribuisce, come è noto, lo stesso valore giuridico dei Trattati)³⁶.

Sotto tale profilo, la formulazione dell’art. 49, par. 2 (secondo inciso), della Carta sopra citata contiene un espresso riferimento al principio del *favor rei*, elevando a diritto fondamentale la possibilità di applicazione di una legge successiva alla commissione del reato, ove la stessa preveda l’irrogazione di una “pena più lieve”.

Sarà interessante verificare, al riguardo, la natura e l’intensità di modulazione degli orientamenti interpretativi che verranno tracciati dalla Corte di Giustizia, ove si considerino i possibili effetti, da un lato, della diversa e più ampia formulazione lessicale dell’art. 49 della Carta rispetto all’art. 7 CEDU, e, dall’altro, della generalizzazione del procedimento di codecisione nell’adozione degli atti normativi comunitari, che diviene a tutti gli effetti la procedura legislativa ordinaria dell’Unione, assegnando oggettivamente un ruolo di protagonista al Parlamento europeo. Né, del resto, pare estraneo a tale verifica il dato, anch’esso di particolare rilievo, del maggiore coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nella fase ascendente della costruzione del quadro normativo comunitario.

Entro tale prospettiva, la tradizionale obiezione legata al persistere di un *deficit* di democraticità nella formazione degli atti delle istituzioni comunitarie tende a perdere, già oggi, gran parte del suo spessore argomentativo, in virtù della graduale estensione della procedura di codecisione³⁷.

³² Cfr. A. BERNARDI, “*Riserva di legge*”, cit. p. 29; G. GRASSO, *La formazione di un diritto penale dell’Unione europea*, in AA. VV., *Prospettive di un diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO, Milano, 1998, p. 4 ss.; N. PARISI, *Principio di legalità e tutela dei diritti della persona nello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”*, in AA. VV., *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell’esperienza della Corte Costituzionale*, a cura di L. DANIELE, Napoli, 2006, p. 367 ss.; A.M. MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO e R. SICURELLA, Milano, 2007, p. 138 ss.

³³ V., ad es., Corte Giustizia Comunità europee, 12 novembre 1981, C-212/80 – C-217/80, *Salumi e a.*, in *Racc.*, p. 2735, par. 10; ID., 15 febbraio 1996, causa C-63/93, *Duff e a.*, in *Racc.*, p. I-569, par. 20.

³⁴ Cfr., al riguardo, le limpide conclusioni dell’Avvocato generale COLOMER nell’ambito della causa *Advocaten voor de Wereld VZW*, C-303/05, par. 100, cit., *infra*, nota 51.

³⁵ Cfr. A. BERNARDI, *op. ult. cit.*, p. 30 ss.

³⁶ Sui possibili effetti virtuosi, già nell’attuale regime normativo dei rapporti “inter-pilastro”, del collegamento tra l’art. 49 della Carta di Nizza e l’art. 6 TUE, v. N. PARISI, cit., p. 371, secondo cui la vaghezza di contenuti del principio generale espresso dalla seconda delle disposizioni richiamate viene ad assumere una concretizzazione di significati in ambito penale proprio attraverso la considerazione della portata applicativa del disposto di cui all’art. 49 della Carta, il quale, a sua volta, proprio attraverso il canale dell’art. 6 TUE, potrebbe solidamente ancorarsi al fondamento costituzionale del principio di legalità.

³⁷ V., sul punto, G. GRASSO, *La Costituzione per l’Europa e la formazione di un diritto penale dell’Unione europea*, in *Studi in onore di Marinucci*, a cura di DOLCINI e PALIERO, Milano, 2006, p. 361 ss.; N. PARISI, cit., p. 372 ss.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 388 ss.; A.M. MAUGERI, cit., p. 140; sulle potenzialità e le prospettive della democrazia partecipativa nel nuovo contesto europeo del Trattato di Lisbona, v. E. DE MARCO, *Elementi di democrazia partecipativa*, in AA.VV., *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. BILANCIA e M. D’AMICO, Milano, 2009, p. 39 ss.

L'analisi del livello di garanzia e della complessiva "tenuta" della legalità "penale" che scaturisce dalla produzione normativa dell'Unione va infatti correttamente inquadrata all'interno di una stretta compenetrazione di livelli – quello dell'Unione e quelli dei singoli Stati membri – indirizzati entrambi al rispetto dei principi costituzionali del singolo ordinamento nazionale e dei principi generali sui quali si fonda l'Unione (coincidenti tendenzialmente con i primi), in vista dell'obiettivo di realizzare congiuntamente gli obiettivi della sicurezza e della giustizia nello spazio territoriale europeo³⁸.

E' evidente, peraltro, che la cd. "trattattizzazione" della Carta, pur segnando una tappa importante nella lunga strada verso l'attribuzione di una specifica competenza dell'Unione nella materia penale, lascia tuttora insuperato il problema derivante dall'assenza di un riferimento esplicito alla "legge" del parlamento³⁹, ove si consideri che l'art. 49, par. 1, continua a riferirsi al "diritto" interno o internazionale quale modello di previsione normativa del fatto penalmente rilevante.

Assai ricca appare la giurisprudenza comunitaria sviluppatasi sui principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, avendo il Giudice comunitario più volte, ed anche di recente, affermato:

- a) che la legislazione comunitaria deve essere certa e la sua applicazione prevedibile⁴⁰;
- b) che la normativa degli Stati membri deve avere una formulazione non equivoca (in modo da consentire agli interessati di conoscere i propri diritti e ai giudici di garantirne l'osservanza)⁴¹;
- c) che il principio di legalità delle pene costituisce un'emanazione del principio di certezza del diritto⁴²;
- d) che per le norme sostanziali di origine comunitaria a carattere punitivo vale il principio della irretroattività e che una direttiva non può avere l'effetto – di per sé e indipendentemente da una legge interna di attuazione – di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni⁴³.

Nell'ordinamento comunitario, peraltro, l'affermazione del principio di legalità sembra esser sostenuta, soprattutto, dall'esigenza che a fondamento e giustificazione della sanzione stia la *lex scripta*, poiché ogni aggressione a un diritto fondamentale, e dunque anche ogni minaccia di sanzione, deve essere contemplata in un testo regolamentare⁴⁴.

Sotto tale profilo sembra emergere, anche, la consapevolezza di uno stretto collegamento tra principio di determinatezza e principio di colpevolezza, che solo una normativa comunitaria chiara, precisa e non ambigua nella sua formulazione lessicale, oltre che prevedibile nella sua applicazione, può garantire appieno.

Il principio di legalità, inoltre, è stato ormai da tempo espressamente recepito dalla Corte di Lussemburgo sia in relazione alle sanzioni non punitive, sia in relazione a quelle propriamente di natura punitiva, per le quali sono oggettivamente più avvertite le esigenze di tutela⁴⁵.

E', però, soprattutto all'art. 7 CEDU – più che ad altre disposizioni - che la Corte di Giustizia fa riferimento nell'ambito della sua attività "creatrice" della legalità comunitaria (ed è inevitabile, tenendo conto del fatto che tale disposizione occupa un ruolo centrale nel sistema di protezione convenzionale, penetrando nel sistema comunitario attraverso il canale dei principi generali del diritto di cui la Corte comunitaria deve garantire l'osservanza)⁴⁶.

Una lettura "forte" della legalità, che ne sottolinea con particolare decisione la *ratio* garantistica, è inoltre offerta dalla Corte di Lussemburgo per quel che attiene al riconoscimento del principio di irretroattività quale principio generale del diritto – comune, peraltro, a tutti gli ordinamenti degli Stati

³⁸ Cfr., in tal senso, N. PARISI, cit., p. 377.

³⁹ Così M. D'AMICO, *Trattato di Lisbona: principi, diritti e "tono costituzionale"*, in AA.VV., *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 77.

⁴⁰ Corte Giustizia Comunità europee, 22 febbraio 1984, C-70/83, *Kloppenburg*, in *Racc.*, p. 1075.

⁴¹ Corte Giustizia Comunità europee, 26 gennaio 1991, C-119/89, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.*, p. I-641.

⁴² Trib. CE, 5 aprile 2006, T-279/02, *Degussa AG*, par. 35, in *www.curia.europa.eu*.

⁴³ Corte Giustizia Comunità europee, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi - Adelchi - Dell'Utri*, par. 44; ID., 7 gennaio 2004, C-60/02, X, par. 61; ID., 26 settembre 1996, C-168/95, *Arvaro*, in *Racc.*, 1996, p. 4729, par. 36.

⁴⁴ V., da ultimo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. M. MAUGERI, cit., p. 140.

⁴⁵ Sul punto v., *amplius*, G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, p. 92.

⁴⁶ Su tali profili v., in particolare, A. BERNARDI, "Riserva di legge" ecc., cit., p. 33 ss.

membri – di cui occorre garantire l'osservanza⁴⁷: discostandosi dal consueto recepimento dei tratteggi canonici argomentativi legati all'applicazione della normativa convenzionale raccolta nella CEDU, la tradizionale portata garantistica del principio viene infatti ampliata dalla Corte sino a ricomprendervi il principio-corollario di retroattività della norma più favorevole, così come sancito dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (orientamento, però, non recepito nell'art. 7 CEDU, né, sicuramente e certamente, corrispondente, alle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri)⁴⁸.

La sussistenza di tale principio in ambito comunitario è stata affermata dalla Corte per escludere la reviviscenza, limitatamente ai fatti realizzati sotto la sua vigenza, di una normativa penale nazionale più severa, abrogata o modificata da successivi interventi normativi a livello interno, volti a prevedere una disciplina sanzionatoria del reato di false comunicazioni sociali, comunitariamente inadeguata per difetto⁴⁹.

Non manca, inoltre, un espresso riferimento al principio di retroattività favorevole come «parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri», e, dunque, come «parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario e, nella fattispecie, in particolare, le direttive sul diritto societario».

Nell'*iter* motivazionale di tale pronuncia, tuttavia, più che il richiamo alle «tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri, sembra essere non estranea alla perentoria affermazione del principio comunitario di retroattività favorevole l'esplicita previsione contenuta nell'art. 49 della Carta di Nizza, che pone a fondamento della nuova legalità europea, elevandola al rango di diritto fondamentale del cittadino, l'applicazione di una legge successiva alla commissione del reato, se più favorevole, riconoscendo in tal modo una sfera di protezione oggettivamente più ampia rispetto a quella garantita dall'art. 7 CEDU⁵⁰.

A tale riguardo, infatti, v'è da osservare che la stessa disposizione contenuta nell'art. 52, par. 3, della Carta espressamente non preclude che «il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa», nelle ipotesi in cui la Carta contempli diritti «corrispondenti» a quelli garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, preoccupandosi di equipararne quanto meno gli aspetti inerenti al contenuto e alla rispettiva dimensione applicativa.

E' significativo rilevare, in tal senso, ad ulteriore riprova della solidità di siffatta linea interpretativa, come nella stessa elaborazione giurisprudenziale della Corte comunitaria tenda ormai ad affiorare un deciso richiamo al binomio normativo rappresentato dall'art. 7 CEDU e dall'art. 49 della Carta, quasi a voler sottolineare la piena appartenenza della dimensione legalitaria dei reati e delle pene all' "alveo mnemonico" dei principi generali del diritto che stanno alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

5. La recente evoluzione della giurisprudenza comunitaria

E' opportuno menzionare, al riguardo, sia pure sommariamente, due recenti pronunce della Corte di giustizia in tema di legalità, i cui contenuti argomentativi ne illuminano in profondità sia il versante sostanziale che quello processuale, tracciando le linee guida di un'interrelazione sempre più stretta, e feconda di risultati, con gli ordinamenti dei singoli Stati membri e con la stessa attività normativa delle organizzazioni internazionali.

⁴⁷ Cfr., ad es., Corte Giustizia Comunità europee, 8 febbraio 2007, C-3/06, *P. Groupe Danone c. Commissione*, in *CP*, 2007, p. 2202 ss., con nota di A. BALSAMO, *L'applicazione del principio di irretroattività al precedente giurisprudenziale contra reum: le indicazioni della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in cui la Corte ha esteso la garanzia ritenendo che il principio di irretroattività delle norme penali più severe impedisce l'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di una norma che descrive un'infrazione, nel caso in cui si tratti di un'interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa.

⁴⁸ Corte Giustizia Comunità europee, 3 maggio 2005, cit., par. 68-69.

⁴⁹ V., sul punto, A. BERNARDI, "Riserva di legge" ecc., cit., p. 87 ss.; v., inoltre, A.M. MAUGERI, op.cit., p. 144 ss.

⁵⁰ Sul tema cfr., in particolare, A. BERNARDI, cit., p. 89; G. INSOLERA - V. MANES, *La sentenza della Corte di Giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *CP*, 2005, p. 2783; L. FOFFANI, *La trasparenza dell'informazione societaria come bene giuridico comunitario: riflessi della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee sulla disciplina penale delle false comunicazioni sociali*, in AA.VV., *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, a cura di R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, Torino, 2005, p. 186; per una ricostruzione complessiva dei vari passaggi della vicenda v. le considerazioni critiche di C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, p. 103 ss.

Con la prima di tali pronunce la Corte di giustizia ha statuito sulla “legittimità comunitaria” della nuova procedura di consegna introdotta dalla decisione quadro del 13 giugno 2002 sul mandato d’arresto europeo⁵¹, osservando, tra l’altro, che l’oggetto di quest’ultima non è, propriamente, l’armonizzazione del diritto penale sostanziale degli Stati membri e che nessuna disposizione del Titolo VI del Trattato subordina l’applicazione del mandato d’arresto europeo alla previa armonizzazione delle legislazioni penali interne.

Nell’ambito del nuovo micro-sistema processuale delineato dal legislatore europeo, alla tradizionale relazione di cooperazione interstatale si è certamente sostituita quella di natura “diretta” tra le autorità giudiziarie (di emissione e di esecuzione) coinvolte nel caso, ma il fondamento della distinzione tra il potere coercitivo di cattura e consegna e quello *stricto sensu* punitivo – al quale il primo appare logicamente connesso nell’adempimento degli obblighi internazionali o comunitari di collaborazione – continua a mantenere ancor oggi tutto il suo significato, esprimendo i termini di un rapporto dialogico che vede interamente riservata alla legislazione penale dello Stato richiedente la descrizione dei contorni e dei contenuti del “fatto” sussumibile all’interno di una determinata figura di reato⁵².

Nella prospettiva seguita dalla Corte, che richiama in tal senso sia l’art. 49 della Carta di Nizza che l’art. 7 CEDU, la legalità sostanziale comunitaria poggia non solo sul dato rappresentato dalla complessiva “qualità” del livello legalistico delle discipline nazionali - alle quali soprattutto è rimessa la chiara definizione degli atti e delle omissioni che chiamano in causa la responsabilità penale della persona richiesta in consegna - ma anche sugli effetti di una costante osmosi tra il sistema normativo europeo e i sistemi normativi nazionali, le cui istituzioni sono chiamate, in entrambi i casi, a garantire il rispetto dei principi generali del diritto comunitario di cui all’art. 6 TUE (tra i quali pacificamente rientra quello della legalità dei reati e delle pene).

E’ peraltro evidente, specie ove si consideri il ruolo centrale del principio di sussidiarietà nell’ambito dei meccanismi di produzione normativa dell’Unione, che i connotati della tassatività, determinatezza e prevedibilità della disciplina devono essere garantiti soprattutto dalla norma interna di attuazione della fonte di terzo pilastro (in tal caso, la decisione quadro *ex art.* 34, par. 2, lett. b), TUE), al fine di realizzare compiutamente gli obiettivi ed i risultati ivi enunciati, a partire da uno *standard* comune minimo, e non derogabile, stabilito dallo strumento normativo oggetto di recepimento⁵³.

La rilevanza comunitaria di taluni profili più strettamente inerenti alla legalità “processuale” costituisce, invece, una delle tematiche affrontate da un’altra, importante, pronuncia della Corte di Giustizia in tema di controllo della legittimità delle procedure di “*listing*” delle persone fisiche e giuridiche ritenute direttamente coinvolte in atti di terrorismo, ovvero sospettate di legami con gruppi dediti a tali pratiche, e come tali da sottoporre alle misure di congelamento di beni e capitali sulla base di decisioni adottate dal Comitato per le sanzioni istituito dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite con la risoluzione 1267 del 15 ottobre 1999 (cui hanno fatto seguito le risoluzioni n. 1333/2000 e n. 1390/2002)⁵⁴.

Nell’ambito di una delicata operazione di bilanciamento fra le esigenze di sicurezza collettiva, minacciate dalle manifestazioni sempre più aggressive del terrorismo internazionale, e quelle di tutela dei diritti fondamentali delle persone e dei gruppi coinvolti nelle procedure di “*listing*”, con particolare riferimento alla salvaguardia delle garanzie di *procedural fairness*, la Corte ha ribaltato un precedente orientamento del Tribunale di prima istanza⁵⁵, dichiarandosi competente a valutare le violazioni dei

⁵¹ Corte Giustizia Comunità europee, 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*. Su tale pronuncia e sulle diverse implicazioni del richiamo operato alla disposizione di cui all’art. 7 CEDU v., in particolare, i commenti di S. MANACORDA, *La deroga alla doppia punibilità nel mandato d’arresto europeo e il principio di legalità*, in *CP*, 2007, p. 4346, nonché di G. DE AMICIS e O. VILLONI, *Mandato d’arresto europeo e legalità penale nell’interpretazione della Corte di Giustizia*, *ivi*, 2008, p. 383 ss.; v., inoltre, G. IUZZOLINO, *La decisione quadro come fonte di produzione del diritto dell’Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria penale. Il mutuo riconoscimento e i principi di legalità, eguaglianza e non discriminazione*, in *FI*, 2007, IV, c. 439 ss.

⁵² Cfr. G. DE AMICIS e O. VILLONI, *cit.*, p. 399, nonché L. PICOTTI, *Il mandato d’arresto europeo tra principio di legalità e doppia incriminazione*, in *A.A.V.V.*, *Mandato d’arresto europeo. Dall’extradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. BARGIS e E. SELVAGGI, Torino, 2005, p. 45 ss.

⁵³ Sul tema cfr. le condivisibili osservazioni di N. PARISI, *cit.*, p. 379.

⁵⁴ Corte Giustizia Comunità europee (Grande Sezione), 3 settembre 2008, C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio U.E.*, in *CP*, 2009, p. 389 ss., con nota di BALSAMO e DE AMICIS, *Terrorismo internazionale, congelamento dei beni e tutela dei diritti fondamentali nell’interpretazione della Corte di Giustizia*, *ivi*, p. 401 ss.

⁵⁵ Sia consentito rinviare, per una complessiva ricostruzione dell’intera vicenda giurisprudenziale, a BALSAMO e DE AMICIS, *cit.*, p. 410 ss.

diritti fondamentali operate negli impugnati regolamenti comunitari, attuativi degli obblighi internazionali derivanti dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU: coglie nel segno, dunque, il rilievo secondo cui il Giudice comunitario ha in tal modo accolto una visione sostanzialmente pluralistica delle relazioni fra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento giuridico internazionale⁵⁶.

Nel dichiarare l'annullamento dell'atto normativo comunitario per violazione del diritto di difesa dei ricorrenti, e in particolare del diritto al contraddittorio e del principio di effettività della tutela giurisdizionale, la Corte ha osservato, significativamente, che le istituzioni e gli Stati membri della Comunità non possono sottrarsi al controllo della conformità dei propri atti alla carta costituzionale fondamentale rappresentata dal Trattato CE: sotto tale profilo, pertanto, la stipula di un accordo internazionale non può di certo pregiudicare l'autonomia dell'ordinamento comunitario, né comprometterne la tenuta dei principi costituzionali, poiché tra questi vi è quello secondo cui tutti gli atti comunitari debbono rispettare i diritti fondamentali quale condizione stessa della loro legittimità (che spetta poi alla Corte verificare, nell'ambito del sistema dei mezzi di ricorso istituiti dal Trattato).

Muovendosi nell'alveo di una costante elaborazione giurisprudenziale⁵⁷, che ne ha sancito la natura di principio generale del diritto comunitario sulla base del richiamo alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, oltre che alle disposizioni di cui agli artt. 6 e 13 CEDU (ribadite, peraltro, anche nell'art. 47 della Carta di Nizza), il riconoscimento del principio di effettività della tutela giurisdizionale⁵⁸ a livello comunitario – con il logico corollario della garanzia del contraddittorio tra le parti – viene dalla Corte ricollegato alle diverse possibilità di tutela sperimentabili, anche a livello nazionale, nelle materie sottoposte alla sua sfera di cognizione, riservandosi in definitiva una complessa opera di ponderazione dei diversi valori in gioco, attraverso l'esercizio di un generale controllo di legittimità dei provvedimenti attuativi delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario⁵⁹.

6. Osservazioni conclusive

Sembrano dunque intravedersi, all'interno del processo di costruzione di quella che è stata definita una nuova, sia pur "imperfetta", *koïnè* penalistica europea⁶⁰ (fatta di convergenze e di progressive assimilazioni, ma anche di rispetto delle specificità e peculiarità delle discipline nazionali), le prime linee-guida di una profonda trasformazione del principio di legalità penale, i cui futuri sviluppi appaiono assai problematico, allo stato, prefigurare, ma sulla cui intensità certamente incidono, per un verso, le "virtuose combinazioni" tra letture giurisprudenziali "multilivello" (Corti nazionali, europee ed internazionali) e, per altro verso, i possibili effetti espansivi dell'area di intervento penale che discendono dall'opera di adeguamento ai sempre più numerosi obblighi di penalizzazione dettati dal legislatore comunitario (obblighi che vengono ad incidere, quanto meno, sulle modalità dei meccanismi di tutela dei beni giuridici di rilievo comunitario e sulla stessa misura del trattamento sanzionatorio, ma il cui scorretto, imperfetto, o solo apparente, adempimento a livello nazionale può produrre vaste aree di tensione con l'ordinamento comunitario, imponendo una problematica opera di ricomposizione giurisprudenziale della "sostanza" di principi ed istituti ormai sottoposti ad un continuo "ripensamento").

Di certo, all'interno di un sistema "orizzontale" di controlli reciproci fra le Corti, ben possono prodursi forme virtuose di "tutela progressiva" o di "tutela sussidiaria" fra gli ordinamenti: la moltiplicazione delle istanze di garanzia dei diritti, sotto certi profili, potrebbe anche agire come un

⁵⁶ Cfr., al riguardo, le considerazioni di O. POLLICINO e S. SCARABBA, *Misure antiterrorismo: la Corte di Giustizia riafferma i diritti e i principi fondamentali europei ribaltando una sentenza del Tribunale di primo grado*, in www.associazionedicostituzionalisti.it, 1° ottobre 2008, p. 4.

⁵⁷ Cfr., ad es., Corte Giustizia Comunità europee, 13 marzo 2007, C-432/05, *Unibel*, par. 37.

⁵⁸ Sui principi che governano la dialettica processuale, ed in particolare sui contenuti del principio giuridico ed epistemologico del contraddittorio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, v. le riflessioni di UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Raffaello Cortina, 2009², p. 49 ss.

⁵⁹ Cfr., in particolare, il par. 344, ove la Corte sottolinea l'esigenza di conciliare le legittime preoccupazioni di sicurezza, quanto alla natura e alle fonti delle informazioni prese in considerazione nell'adottare l'atto comunitario, con "la necessità di concedere in maniera adeguata al singolo di beneficiare delle regole procedurali".

⁶⁰ Cfr. la relazione di D. PULITANO, *Diritto penale e costruzione europea*, p. 16 ss. del dattiloscritto, in Atti del Convegno di studio su "Il diritto penale nella prospettiva di riforma dei Trattati europei", Università degli Studi di Verona, 27-28 giugno 2008 (in corso di pubblicazione).

fattore di miglioramento della protezione, poiché se la tutela di un diritto scende al di sotto di una certa soglia “minima”, o addirittura “sfugge” in un determinato caso ad uno dei livelli, può essere recuperata nell’attività dell’altro.

Infine, le stesse implicazioni dell’interazione dialogica fra i “circuiti” giurisprudenziali, nazionali ed europei, possono rivelarsi, anche in questo campo, assai più feconde che in passato, risultando evidente (alla luce della nuova architettura dei rapporti inter-ordinamentali delineata dalle note pronunce nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale⁶¹) che la formazione di un “policentrismo ermeneutico” destinato a svilupparsi attraverso l’attività della Corte di Strasburgo (sull’impianto normativo della CEDU) e della Corte di giustizia (sull’intero sistema comunitario e di “terzo pilastro”) deve comunque misurarsi con il controlimito “ultimo” che il Giudice delle leggi può trarre, attraverso l’indispensabile opera di “filtro” del Giudice comune, dal prudente bilanciamento dei principi supremi che emergono dalla tavola dei valori costituzionali.

⁶¹ V., sul punto, le osservazioni di M. CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *GCost.*, 2008, p. 3564 ss.; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico*, in www.forumcostituzionale.it, 2007; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte “subcostituzionale” del diritto*, in *QuadCost*, n. 1, 2008; B. RANDAZZO, *Costituzione e CEDU: il giudice delle leggi apre una finestra su Strasburgo*, in *GDA*, 2008, p. 25 ss.; V. PETRI, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell’ordinamento interno*, in *CP*, 2008, p. 2296; per una complessiva analisi ricostruttiva dei rapporti tra la CEDU e l’ordinamento italiano a seguito delle citate pronunce del Giudice delle leggi, v. V. SCIARABBA, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, p. 305 ss.