



Rivista N°: 4/2014
DATA PUBBLICAZIONE: 21/11/2014

AUTORE: Giovanni Maria Flick*

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ: VARIAZIONI SUL DIALOGO FRA CORTE DI GIUSTIZIA, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA**

1.

Sia a livello nazionale, sia a livello sovranazionale ed europeo, occorre per configurare una fattispecie penale rispettare il fondamentale principio di legalità. Secondo l'articolo 25 Il comma della Costituzione italiana, è necessaria la presenza di una prescrizione legislativa sufficientemente precisa e tassativa: *“nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto compiuto”*. L'ordinamento sovranazionale ed europeo, la CEDU (art. 7) e la Carta di Nizza (art. 49) prevedono anch'esse un principio di legalità altrettanto fondamentale, costruito però in modo diverso da quello italiano: *“nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno e il diritto internazionale”*.

Il diritto – come affermano esplicitamente la Corte di Strasburgo e la Corte di Giustizia – è quello che nasce sia dalla legge, sia dalla norma scritta, sia dalle pronunce giurisprudenziali delle due Corti, ma non solo di queste; per le norme sovranazionali – che debbono potersi applicare anche ai sistemi di *common law* – rileva più ampiamente il “diritto giurisprudenziale” in generale. Per questo la CEDU e la Carta di Nizza si sono orientate entrambe a un principio di legalità che non pone più e soltanto l'accento sulla fonte della norma, ma sul suo contenuto.

Il parametro del principio di legalità in quest'ottica è rappresentato dalla prevedibilità e accessibilità (*rectius* conoscibilità agevole) della norma; mentre invece per il nostro sistema costituzionale nazionale il parametro, il canone fondamentale è innanzitutto quello della riserva di legge, cioè di una origine e previsione legislativa di quella norma. Accanto alla riser-

* Presidente emerito della Corte costituzionale.

** Intervento alla Conferenza organizzata dalla Presidenza italiana del Consiglio dell'Unione Europea sul “Ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo Lisbona” – Roma, 14 novembre 2014, Università Luiss “Guido Carli”.

va di legge (che attiene alla fonte) vi è pur sempre anche nel nostro sistema il principio di determinatezza (che attiene al contenuto della norma): entrambi costituiscono declinazioni del più generale principio di legalità in materia penale.

La combinazione tra i due principi dovrebbe anzi portare – in teoria – a risultati più stringenti e garantisti di quelli cui conduce, in ambito sovranazionale, il principio della prevedibilità e accessibilità. Nel nostro sistema la norma incriminatrice dovrebbe risultare sufficientemente definita – e quindi accessibile – già a livello legislativo, senza che le sue eventuali manchevolezze di partenza debbano o possano essere colmate dalla giurisprudenza; quest'ultima si arrogherebbe in tal modo un compito di individuazione dei confini dell'illecito penale rimesso dalla Costituzione in via esclusiva al legislatore.

L'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante – come la Corte Costituzionale ha affermato, a suo tempo, ad esempio nella sentenza n. 327 del 2008 – può costituire solo un indice della sufficiente determinatezza dell'illecito; nella prospettiva europea, per contro, l'indirizzo giurisprudenziale costante è “diritto penale” a tutti gli effetti. Altro è, poi, che la Corte costituzionale abbia fatto un uso estremamente misurato del canone della determinatezza, ritenendo ampiamente compatibile con essa l'uso di formule elastiche e di concetti generici; col risultato di attenuarne la concreta pregnanza.

La differenza fra le due prospettive non è di poco conto. Nella prospettiva imposta dalla concezione europea e non più soltanto nazionale del principio di legalità, sembra si debba guardare con cautela alla enfattizzazione – talora eccessiva e troppo formalistica – degli elementi di interpretazione testuale del dato normativo e di elaborazione tecnica, che vengono ad esempio utilizzati dalla giurisprudenza e dalla dottrina penale e tributaria in tema di rilevanza penale dell'abuso del diritto. Quegli argomenti della dottrina e della giurisprudenza si pongono in contrasto con la prospettiva sostanziale e non formale del principio di legalità; sono tutti reversibili e utilizzabili in un senso come in quello opposto. Soprattutto e finalmente quegli argomenti appaiono destinati ad essere superati dai criteri di delega, se questi ultimi verranno correttamente attuati e tradotti nella formulazione dei decreti delegati.

2.

La sentenza CEDU *Grande Stevens* del 4 marzo scorso, a proposito del divieto di *bis in idem* processuale fra sanzioni penali e sanzioni amministrative riconducibili alla “materia penale”, nonostante la loro diversa qualificazione nell'ordinamento interno, non rappresenta una novità nella giurisprudenza CEDU, come dimostra il rigetto della richiesta italiana di rinvio alla *Grande Chambre* della Corte per il riesame della decisione, nonostante il suo rilievo. La sentenza applica i c.d. criteri *Engel* (affermati in una sentenza della Corte del 1976 e successivamente via via affinati) per definire la “materia penale”: cioè gli illeciti e i relativi procedimenti e sanzioni nei quali sono vincolanti il rispetto delle garanzie del giusto processo (art. 111 della Costituzione, art. 6 della CEDU e art. 47 della Carta di Nizza); quello del principio di legalità (art. 25 della Costituzione, art. 7 della CEDU e art. 49 della Carta di Nizza); il rispetto del principio di *ne bis in idem* processuale, cioè del diritto di non essere perseguito o condannato due volte per lo stesso reato (art. 4 del protocollo 7 della CEDU e art. 50 della

Carta di Nizza, mentre nell'ordinamento nazionale italiano il *ne bis in idem* è previsto dall'art. 649 c.p.p., ma non è costituzionalizzato).

Fra i criteri *Engel* il primo è formale ed è rappresentato dalla qualificazione dell'illecito secondo l'ordinamento nazionale, che è sufficiente di per se ad imporre quelle garanzie, Tuttavia anche in mancanza di tale qualificazione (o ovviamente in caso di qualificazione diversa, da parte del legislatore nazionale), valgono i due criteri sostanziali – fra loro alternativi – della natura della violazione e della natura, gravità e scopo della sanzione, secondo la valutazione della Corte CEDU.

Nella prospettiva sostanziale proposta da quest'ultima, l'identità del fatto-reato su cui si fonda il *ne bis in idem* è fondata sulla coincidenza di quel fatto in senso storico-naturalistico. Non importa invece la diversa qualificazione del fatto sul piano giuridico: *in primis* la differenza tra la sua classificazione come illecito penale da un lato e come illecito amministrativo dall'altro (sia pure arricchita, come nel caso *Grande Stevens*, dalla differenza tra illecito di pericolo concreto nel primo caso e di pericolo astratto nel secondo).

La prospettiva europea è sostanzialmente coincidente sia nella giurisprudenza CEDU che in quella della Corte di Giustizia, già nel 2009, con la sentenza *Spector Photo Group NV* e altri C-45/08, S 42, e recentemente con la sentenza *Åklagaren/Fransson*, C-617/10. La Corte di Giustizia rinvia esplicitamente alla giurisprudenza CEDU, con talune differenze marginali di cui non è necessario il richiamo in questa sede. Si tratta del rinvio al giudice nazionale per la qualificazione di "materia penale"; nonché di una serie di complicazioni nel coordinamento fra sanzioni penali e amministrative in tema di *market abuse*, alla luce della direttiva 2003/6/CE ora in via di soluzione con la sostituzione di quest'ultima da parte della direttiva 2014/57/UE e del relativo regolamento (in data 16 aprile 2014). Quella prospettiva è riaffermata recentemente dalla Corte CEDU anche per le sanzioni amministrative tributarie (con la sentenza in data 20 maggio 2014, *Nykänen*).

Secondo l'orientamento avviato dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 e successivamente consolidato, le norme CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo, assumono il ruolo di norme interposte dell'art. 117. Esse sono dunque vincolanti per il legislatore nazionale, a meno che risultino in contrasto con qualunque norma costituzionale e non soltanto con i c.d. controlimiti (i principi supremi dell'ordinamento) che osterebbero alla penetrazione del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento nazionale. In assenza di controlimiti, il giudice nazionale è tenuto alla disapplicazione della norma nazionale in contrasto con il diritto comunitario, senza che occorra sollevare una questione di costituzionalità, salva la proposizione alla Corte di Giustizia di una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale diritto.

È appena il caso di rilevare che parrebbe difficile sostenere un contrasto tra il principio di legalità in senso formale, definito dall'art. 25 Cost., e quello in senso sostanziale proposto dalla CEDU e dalla Carta di Nizza per rafforzare le garanzie dell'individuo nei confronti dello Stato. Sarebbe veramente paradossale evocare il principio di legalità in *malam* anziché in *bonam partem*, in contrasto con una tradizione tanto generale, quanto consolidata.

3.

La decisa presa di posizione della Corte EDU sollecita un ripensamento dei rapporti tra le due grandi categorie di sanzioni a carattere punitivo conosciute dal nostro ordinamento (penale e amministrativo), la cui linea differenziale tende sempre di più a scolorirsi. Occorre chiedersi, in specie, se non siano ormai maturi i tempi per la costruzione di una «teoria generale dell'illecito», comunque sanzionato; e per una distinzione chiara e precisa fra il primo ed il secondo. Una distinzione rispettosa dei criteri di ragionevolezza, sussidiarietà e proporzionalità nell'uso della sanzione penale.

Si tratta, come è agevole intendere, di un capitolo della più ampia problematica relativa all'esigenza di smussare la frizione tra la concezione "formale" della legalità penale, propria del nostro sistema (sulla scia della tradizione continentale) e la visione sostanzialistica del medesimo concetto. La prima concezione trova un naturale riflesso nelle definizioni puramente nominalistiche del «reato» tuttora fornite dalla dottrina dominante, quale illecito cui la legge ricollega una sanzione formalmente penale. Della seconda si fanno invece portatrici le Corti europee in rapporto alle sue diverse sfaccettature, a cominciare da quelle relative ai principi di accessibilità e prevedibilità della norma penale.

La prospettiva da perseguire è quella di una combinazione "virtuosa" delle due prospettive: e ciò anche in vista del ruolo che il principio di legalità assume quale supporto agli interventi del diritto dell'Unione europea finalizzati all'adozione di strumenti di tutela penale da parte degli Stati membri. Il canone della legalità formale, di rilievo costituzionale, rappresenta in effetti una paratia alla penetrazione della giurisprudenza di Strasburgo in ambito nazionale, solo nella misura in cui si traduce in una "valvola di garanzia" aggiuntiva; una garanzia correlata all'esigenza della "legittimazione democratica" per il soggetto investito, in via monopolistica, del potere di normazione *in subiecta materia*.

Un invito in tal senso si rende tanto più necessario in quanto, non di rado, l'esperienza applicativa sembra muoversi in una direzione diversa. Per questo verso, è quasi un segno del destino la coincidenza tra la data della sentenza della Corte di Strasburgo sul caso *Grande Stevens* e quella del deposito di una sentenza delle Sezioni unite penali della Corte di cassazione (n. 10561, 30 gennaio - 5 marzo 2014, rel. Davigo). La prima muove dalla concezione sostanziale del principio di legalità in materia penale. La seconda – facendo leva invece sulla concezione formale legata al principio della riserva di legge – ha risolto un conflitto di giurisprudenza in ordine all'ammissibilità della confisca (e, dunque, del sequestro preventivo ad essa finalizzato) nei confronti di una persona giuridica, in rapporto al profitto di reati tributari commessi dal suo legale rappresentante.

La prima concezione – quella sostanziale della legalità – è apparentemente meno garantista per le oscillazioni cui può dar luogo; ma ha portato in realtà ad un risultato di ampliamento delle garanzie. La seconda concezione – quella formale – all'apparenza è più garantista in termini di certezza del diritto; e nella specie ha portato ad escludere – in nome del principio di tassatività e del divieto di analogia *in malam partem* – la confisca di valore o «per equivalente» in danno della persona giuridica. Tuttavia non ha impedito una lettura dilatata della nozione di confisca «diretta», viceversa ammissibile nei confronti dell'ente: lettura che, in fatto, svuota di significato la precedente affermazione garantista di inammissibilità.