

LA LEGALITA' PENALE EUROPEA

Marilisa D'AMICO

Professore straordinario di Diritto costituzionale nella facoltà di giurisprudenza dell'Università dell'Insubria

(VERSIONE PROVVISORIA)

1. Nell'introduzione al volume *“Europa e Giustizia”* (della collana Rassegna di diritto pubblico europeo), Valerio Onida osserva come *“si possa rilevare una tendenza generale, o almeno un'aspirazione alla armonizzazione delle soluzioni sostanziali che le diverse Corti offrono ai problemi concreti. In questo prodotto essenzialmente giurisprudenziale che è la ricognizione e la protezione dei diritti fondamentali, sempre meno, in fondo, ci si deve attendere da interventi legislativi, e sempre più dal formarsi e dal consolidarsi di una tradizione comune, di una “common law” dei diritti, di cui le varie giurisprudenze sono espressioni e artefici”*.

E' possibile sostenere oggi che la materia penale faccia eccezione a questa inarrestabile tendenza, dal momento che la legalità penale necessita di una sua formalizzazione in qualità di principio generale e passa comunque attraverso l'esigenza di norme provenienti dalla fonte legislativa, in quanto rappresentativa, che siano chiare e precise e preesistenti al fatto, dove l'attività del giudice sia quella di un semplice esecutore della legge?

Il dilemma nel quale si dibatte la scienza penalista, da tempo divisa addirittura sulla possibilità di esistenza di un diritto penale europeo sta tutto qui.

La legalità penale europea non sarebbe ancora tale in quanto non rispondente affatto ai canoni del principio di legalità penale dei Paesi dell'Europa continentale, i quali esigono che sia il legislatore statale, come potere centrale e rappresentativo, con norme chiare e precise, preesistenti al fatto, a detenere il monopolio della produzione penale; legislatore le cui scelte dovrebbero comunque corrispondere a quella *Wertordnung* costituzionale di cui egli solo potrebbe essere espressione.

Uno sguardo al modo in cui il principio di legalità viene applicato oggi in un paese dalla tradizione molto rigorosa, come appunto è l'Italia, indurrebbe a rendere un poco più sfumata questa posizione: pensiamo alla circostanza che in Italia la produzione penale non è più monopolio del Parlamento, dal momento che si ammette che atti con forza di legge possano produrre norme penali, con tutte le difficoltà anche teoriche che ne conseguono; anche il mito della chiarezza della norma penale deve oggi fare i conti con una realtà diversa, nella quale il giudice non può essere il semplice applicatore della legge: così in Italia, negli anni più recenti è divenuto evidente che la chiarezza della norma è affidata ai canoni interpretativi del giudice costituzionale, il quale, in alcune decisioni, fa ricorso anche al modo in cui i giudici interpretano la norma (il cd. diritto vivente).

Se dunque la legalità penale subisce una profonda trasformazione negli Stati che più di altri l'hanno introdotta e sostenuta, occorre a mio avviso affrontare l'analisi della legalità penale europea da un altro punto di vista.

E proprio cambiando punto di vista ci si accorge che oggi è troppo semplicistico e ingenuo, soprattutto di fronte alla profonda esigenza che un diritto penale europeo, se non c'è, ci sia al più presto, affrontare il tema con una negazione: il diritto penale europeo non c'è perché non c'è un principio di legalità penale formalizzato (essendo l'art. 49 della Carta dei diritti ancora dichiarazione "politica") e perché la produzione normativa, in Europa, non è appannaggio della fonte rappresentativa, il parlamento europeo.

In quest'ottica, possiamo constatare che per le Corti europee la legalità penale esiste e si riempie di contenuti precisi ed innovativi; a livello di principio, l'art. 49 della Carta dei diritti è stato introdotto sulla falsariga dell'art. 7 CEDU, già pienamente operante, e con l'approvazione della Costituzione europea diventerà principio costituzionale; infine, lo stesso Progetto di Trattato che istituisce la Costituzione europea introduce innovazioni importanti sul piano dei contenuti di quello che può a ragione essere definito come il primo segno di un diritto penale europeo.

2. Come è ampiamente noto, il principio di legalità in materia penale è contenuto nell'art. 7 della CEDU, con una formulazione letterale identica a quella dell'art. 49: quest'ultimo introduce soltanto in modo esplicito il principio di retroattività della legge penale più mite, contenuto nell'art. 15 del Patto int. Dir. Civ. e pol., ma non riconosciuto finora dalla Corte EDU quale corollario implicito dell'art. 7 CEDU.

Da questo punto di vista, esiste una ricca giurisprudenza della Corte EDU quanto alla *qualità* della fonte penale e quanto alla *natura* della norma penale.

Sotto il primo profilo, afferma la Corte EDU (sent. 25 maggio 1993, Kokkinas c. Grecia, Serie A, n. 260-A, par. 52) che l'art. 7, comma 1 "*non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a detrimento dell'imputato. Consacra altresì, in modo più generale, il principio di legalità in ordine ai delitti e alle pene, e quello che impone la non applicazione estensiva o analogica della legge penale a detrimento dell'imputato: ne deriva che un illecito deve essere definito dalla legge in modo chiaro*".

Tali affermazioni sono destinate ad incidere in modo profondo sui sistemi penali nazionali, perché attinenti ad uno *standard* di qualità della legge penale che la Corte EDU approfondisce moltissimo. Intanto, in sintonia anche con principi che la Corte costituzionale italiana sviluppa nella famosa sent. n. 364 del 1988 in tema di *ignorantia legis*, la giurisprudenza della Corte EDU afferma che "*il*

cittadino deve poter disporre di informazioni sufficienti (...) sulle norme giuridiche applicabili al caso” (Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, Serie A, n. 30, par. 49).

Inoltre – e questo forse costituisce il profilo più importante – la Corte EDU ritiene che il requisito di *prevedibilità* della norma penale costituisce il prodotto di due principi: il primo è noto anche in Italia: si tratta del principio di *determinatezza* o di *chiarezza* della norma penale; il secondo è nuovo per noi, ed è costituito dalla “*interpretazione ragionevole*” della norma penale, interpretazione che ne renda prevedibile l’ambito applicativo.

Sul principio di chiarezza della norma penale, la Corte fa importantissime affermazioni di principio: “*si può considerare “legge” solo una norma enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta; eventualmente facendo ricorso a consigli chiarificatori, questi 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*” (Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, cit.).

Occorre notare però che, a fronte di tali importanti affermazioni, nel giudizio concreto sulle norme la stessa Corte EDU concede invece grandi margini di discrezionalità agli Stati, ammettendo che “*il testo delle leggi non può (...) presentare una assoluta precisione. Una delle tecniche normative tipiche consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Così numerose leggi si servono per forza di cose di norme più o meno elastiche, al fine di evitare una rigidità eccessiva e di potersi adattare ai mutamenti di situazione*” (Corte EDU, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*).

Quanto ai parametri di cui la Corte si serve, essi sono molteplici: bisogna fare riferimento al testo letterale della legge, nonché al significato che essa assume nel generale contesto della legge; occorre però altresì avere riguardo ai soggetti destinatari e alla loro possibilità di conoscere in modo specifico i rischi inerenti all’esercizio di un’attività prevista dalla legge.

Tuttavia, anche con riferimento ai sistemi di *civil law*, lo *screening* in ordine alla determinatezza investe anche il modo in cui la legge viene interpretata e la coerenza delle soluzioni interpretative suggerite dai soggetti qualificati o accolte dagli stessi giudici: la Corte EDU ritiene dunque che il rispetto del principio di determinatezza sia affidato oggi al legislatore, il quale ha il compito di redigere norme chiare e precise e ai giudici, ai quali spetta di interpretare le stesse norme in modo coerente fra loro (questa impostazione risulta affine a quella sviluppata recentemente dalla Corte costituzionale italiana nella sent. n. 519 del 2000, nella quale si rinvia all’interpretazione dominante da parte dei giudici per riempire di significato una norma che astrattamente il giudice costituzionale ritiene indeterminata).

Il principio di determinatezza delle legge penale si lega al secondo principio sviluppato dall'interpretazione della Corte EDU, e cioè quello della cd. "*interpretazione ragionevole*".

In questo ambito vengono sviluppati due profili: da un lato, i giudici di Strasburgo affermano con costanza che l'unica interpretazione ragionevole in materia penale sia quella restrittiva.

Ciò, però, non significa la negazione, in assoluto, della possibilità anche di interpretazioni estensive, le quali risultano ragionevoli soltanto se e quando costituiscano prassi ormai stabilizzata oppure quanto l'interpretazione più ampia sia suggerita dalle mutate situazioni storico-sociali. Questa ultima ipotesi riguarda casi nei quali la precedente interpretazione sia già stata di carattere *estensivo* (ad es. la Commissione riconosce l'ammissibilità di una condanna per atti omosessuali, fondata su una norma del codice penale austriaco del 1852 in tema di '*indecenza innaturale*', dal momento che la interpretazione estensiva era però fondata su una prassi che risaliva al 1902 e che quindi costituiva applicazione del tutto prevedibile: dec. 22 luglio 1970, *X c. Austria* 13, p. 798); oppure casi nei quali *l'ampliamento in via interpretativa si giustifica alla luce di mutati caratteri delle condizioni socio-culturali* nei quali la norma trova applicazione (Commissione, dec. 7 maggio 1982, *Ltd. E Y c. Regno Unito*, p. 87).

Importante sottolineare due punti, a mio avviso decisivi nel saggiare il grado di consistenza e di approfondimento che tale principio ha già trovato sul piano europeo.

Il primo è che nelle decisioni sul principio di chiarezza della legge la Corte EDU affronta l'interrogativo centrale e cioè, se dinanzi a norme formulate in modo vago, il giudice non sia inevitabilmente costretto non già ad interpretare "*la legge, ma a ridefinire la fattispecie incriminatrice*" e se "*in un sistema di diritto scritto il principio di legalità dei delitti e delle pene sia rispettato quando la distinzione fra ciò che è rilevante e ciò che costituisce normale esercizio di una libertà garantita dalla Costituzione sia effettuata non dalla legge, ma dal giudice*" (*Opinione parzialmente dissenziente del giudice Repik, Raccolta*, 1988, p. 389): sul punto, però, la Corte evita di rispondere. Non vi è chi non veda come la tendenza degli organi di Strasburgo a privilegiare la coerenza di soluzioni di tipo interpretativo consenta comunque che in un sistema di diritto scritto rimangano di fatto norme formalmente indeterminate.

In ordine alla *natura* della norma penale, la Corte sviluppa criteri interpretativi in grado di condizionare profondamente le concezioni legalistiche dei Paesi membri:

- Innanzitutto l'ambito applicativo dei principi di legalità e di irretroattività di estende molto al di là dei reati e delle pene intesi formalmente, arrivando a comprendere le norme e le misure considerate "*intrinsecamente*" penali - i criteri per verificare *l'intrinseca qualificazione penale* dell'illecito si fondano sulla *natura* dell'illecito (ricavabile da sottocriteri quali il tipo di comportamento, la struttura della norma, la proiezione comparatistica della sanzione, le eventuali regole procedurali

cui l'illecito risulta assoggettato) e sulla *gravità* della sanzione (ricavabile dalle caratteristiche tipologiche della sanzione, dal suo *quantum*, dai suoi scopi preventivi e repressivi), mentre i criteri per attribuire alle sanzioni un *autonomo* carattere penale si fondano principalmente sulla riconducibilità di quest'ultima ad una condanna per un illecito penale, ma anche su altri elementi, e cioè la natura e lo scopo della misura in questione, la sua qualificazione nel diritto interno, le procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione. L'aspetto più significativo è che, applicando tali criteri, i giudici di Strasburgo hanno attribuito un autonomo carattere di sanzione penale a misure che nei singoli Stati non erano considerate in nessun modo pene: notissimo è il caso nel quale la Corte EDU ha riconosciuto nella *confisca* carattere penale, assegnando ad essa carattere non solo preventivo, ma anche punitivo (Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*); meno note, ma ugualmente rilevanti, sono quelle decisioni in cui si equiparano alla pena criminale anche alcune modalità di *esecuzione* della pena o alcune *misure di sicurezza*.

Va dunque osservato che mentre la Corte EDU è molto attenta nel definire *standard* di qualità della legge penale, e quindi interviene in modo approfondito sugli aspetti sostanziali della legge e sulle garanzie ad essi collegati, Essa lascia invece liberi gli Stati di individuare le fonti del diritto penale. Tale impostazione costituisce di certo una trasformazione profonda della natura del principio di legalità in materia penale, come esso viene codificato e interpretato nell'art. 25, comma 2, Cost.

Il principio di legalità presenta un contenuto più problematico nell'ordinamento comunitario, nel quale comunque, ai sensi dell'art. 6, comma 2, TUE esso deve essere garantito senza scendere al di sotto del livello assicurato dalla Convenzione europea e dalla giurisprudenza della Corte EDU.

In generale, la Corte di giustizia CE tende a riconoscere gli stessi principi sviluppati dalla Corte EDU: ad esempio, la CGCE afferma che le norme comunitarie a contenuto sanzionatorio debbono interpretarsi restrittivamente, soprattutto nel caso in cui siano carenti sotto il profilo della determinatezza.

Tuttavia, sempre l'art. 6, comma 2, TUE, richiamando le tradizioni costituzionali degli Stati membri, impone che il principio di legalità in ambito comunitario si conformi non solo e non tanto sulla base del minimo comun denominatore di tutela espresso dalla CEDU e dalle Carte fondamentali dei Paesi membri, bensì in base al criterio del *maximum standard* di tutela, in modo da non confliggere con le concezioni legaliste accolte anche dagli Stati più garantisti.

La giurisprudenza CGCE, però, non sembra sempre rigorosamente orientata al criterio del *maximum standard*, in quanto nei casi concreti difficile da applicare, bensì piuttosto a quello dell'orientamento prevalente, o della cd. *better law*, tenuto conto delle esigenze del diritto comunitario.

Va tuttavia osservato che, in linea di principio, le maggiori garanzie offerte dall'applicazione del *maximum standard* o della *better law* dovrebbe riguardare il diritto penale in senso stretto, e quindi non dovrebbe mai operare nei confronti della normativa comunitaria, data l'incompetenza penale della CE, ma solo nei confronti della normativa penale interna di attuazione del diritto comunitario (e tuttavia, su questo punto, la giurisprudenza CGCE sembra molto più arretrata di quella della Corte EDU: pensiamo, ad esempio, ai principi in tema di obblighi di tutela penale dei beni comunitari, dove la CGCE in alcuni casi sembra affermare una concezione opposta a quella che si è sviluppata in molti Stati europei, come in Germania e in Italia, dove si rinuncia allo strumento penale laddove esso appaia inutile, anche se diretto a tutelare beni di primaria importanza; pensiamo anche alla giurisprudenza molto lassista quanto al principio di determinatezza della norma penale in ordine alle cd. norme comunitarie penali *per relationem*, norme nelle quali il diritto comunitario opera una estensione diretta di fattispecie penali nazionali con riferimento a beni comunitari (es., estensione delle norme punitive in materia di inchieste statistiche nazionali).

3. Uno degli aspetti più innovativi del “*Progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*” è costituito, come abbiamo detto in apertura, dall'evoluzione delle competenze penali dell'Unione: tale evoluzione si compie innanzitutto, in via generale, attraverso la giurisdizionalizzazione della Carta dei diritti fondamentali e il suo inserimento nel testo costituzionale; in secondo luogo, con le norme più specifiche sullo “*spazio di libertà, sicurezza, giustizia*”, che toccano direttamente il diritto penale sostanziale (sul tema, v. da ultimo, F. Clementi, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Una Costituzione per l'Europa*, a cura di F. Bassanini e G. Tiberi, Bologna, 2003, p. 69 ss.).

L'introduzione nell'art. 49 della Carta europea dei diritti del principio di legalità penale, salutato da molti come passaggio importante verso competenze dell'Unione nella materia, ha posto non poche difficoltà, soprattutto a causa della natura soltanto politica della Carta.

Si è infatti osservato in dottrina che un principio come quello che affida al legislatore il compito di determinare con leggi – chiare, precise e preesistenti alla commissione del fatto - reati e pene, per sua natura formale, sarebbe stato indebolito dalla natura non formale della Carta dei diritti.

Inoltre, la mancanza di un esplicito riferimento alla legge del Parlamento (nell'art. 49 si parla di diritto interno o internazionale), se giustificabile proprio in relazione al sistema delle fonti europee, dove il termine legge non avrebbe senso (su questo, punto, però, proprio il Progetto di Costituzione europea contiene importanti innovazioni), si sarebbe posto in contraddizione con la tradizione di paesi come l'Italia o la Germania, nei quali è principio costituzionale fondamentale la riserva di legge in materia penale: riserva di legge nella quale si affidano ai rappresentanti del popolo le scelte

in ordine alla scala di valori costituzionali da tutelare con lo strumento penale (ricordiamo che in Germania l'assenza del termine "legge" nell'art. 7 CEDU ha impedito, giustamente, l'adesione alla stessa Convenzione internazionale).

Infine, la mancata adesione dell'Unione alla CEDU, avrebbe creato, in presenza di un principio di legalità come quello dell'art. 49 contenuto in un documento soltanto politico, difficoltà nel coordinare le posizioni della Corte EDU e della Corte di giustizia.

Infatti, nonostante la propria apparente incompetenza, la Corte di Giustizia aveva reso numerose pronunce sul sistema sanzionatorio degli Stati membri, pronunce nelle quali venivano toccati anche temi più generali, come, ad esempio, la necessità di obblighi di tutela penale nei confronti di beni comunitari particolarmente importanti (come, ad esempio, quello ambientale). Per inciso, le posizioni della Corte di giustizia su questo problema hanno favorito in Italia la sollevazione di numerose questioni di costituzionalità "*per difetto di tutela penale*" – nella quali i giudici *a quibus* chiedevano al giudice costituzionale di ampliare, con decisione additiva, l'area di punibilità di fattispecie penali, alla luce dei "*valori e principi europei*" - richieste cui il giudice costituzionale, come è noto, risponde con l'inammissibilità in virtù dell'art. 25, comma 2, Cost.

Proprio questo aspetto pare superato dal testo finale del "*Progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*" (Bruxelles, 18 luglio 2003), CONV 850/03). Tale Progetto contiene una scelta fondamentale per la natura e il significato del principio di legalità penale in Europa, scegliendo di incorporare la Carta dei diritti e non, semplicemente, di richiamarla (l'art. 7, intitolato "*diritti fondamentali*", al primo comma enuncia che "*La Carta dei diritti fondamentali è parte integrante della costituzione. Il testo della Carta è contenuto nella seconda parte della stessa*"). La Carta diviene, con questa scelta, il catalogo dei diritti fondamentali europei.

Evidente i riflessi della *giurisdizionalizzazione* della Carta europea dei diritti, sancita nel progetto definitivo nella sua versione più forte, e cioè con l'incorporazione dell'intero contenuto della Carta nella "Costituzione europea", sul principio di legalità in materia penale di cui all'art. 49 della Carta medesima. Anticipando le conclusioni, a me sembra che la futura Costituzione europea chiarisca in modo definitivo che l'introduzione del principio di legalità in materia penale, quale principio formale sulle fonti, sottintenda competenze penali dell'Unione, anche se ancora limitate, come vedremo.

I lavori della Convenzione sembrerebbero offrire importanti argomenti per risolvere un altro importante problema: il rapporto fra art. 49 della Carta e art. 7 CEDU, stante la mancata adesione dell'Unione alla CEDU.

L'art. 7, comma 2, del Progetto di trattato, infatti, enuncia che "*L'Unione può aderire alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali. L'adesione*

a tale Convenzione non modifica le competenze dell'Unione definite dalla presente Costituzione”, mentre il comma 3 chiarisce che *“I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in qualità di principi generali”* (tale disposizione è volta a precisare che l'integrazione della Carta non impedisce alla Corte di giustizia di ricorrere alle due fonti --CEDU e tradizioni comuni -- per riconoscere ulteriori diritti fondamentali; in parole più semplici, si intende sottolineare il carattere aperto del catalogo dei diritti).

Nella relazione finale del gruppo su questo punto, il quale risulta senz'altro decisivo nell'analisi del significato del principio di legalità penale di cui all'art. 49, viene ribadito che l'adesione alla CEDU garantirebbe ai cittadini a livello dell'Unione un grado di protezione analogo a quello di cui beneficiano negli Stati membri – sembrerebbe quindi che tale adesione dia poi per presupposta una competenza penale dell'Unione – e che essa costituirebbe lo strumento ideale per uno sviluppo armonioso della giurisprudenza delle due Corti europee competenti in materia di diritti umani (Relazione finale del Gruppo II, cit., B-II).

Tale ultimo profilo diventa decisivo per il principio di legalità penale, il quale mal tollerebbe sovrapposizioni e contrasti giurisprudenziali fra le Corti: si sottolinea nella relazione finale invece che, dopo l'adesione, la Corte di giustizia continuerebbe ad essere l'unico arbitro supremo delle questioni relative al diritto dell'Unione e della validità degli atti dell'Unione stessa; la Corte europea dei diritti dell'uomo non potrebbe pertanto essere qualificata un tribunale superiore, ma piuttosto un tribunale specializzato che esercita un controllo esterno sugli obblighi di diritto internazionale dell'Unione derivanti dalla sua adesione alla CEDU. Lo *status* della Corte di giustizia sarebbe analogo a quello attuale delle corti costituzionali o delle giurisdizioni supreme nazionali rispetto alla Corte di Strasburgo.

Se davvero questo fosse l'esito dell'adesione, per il principio di legalità penale essa costituirebbe un chiarimento decisivo, comportando, di fatto, una specializzazione della Corte EDU in materia, Corte che, nella sua giurisprudenza, ha sviluppato importanti criteri in ordine alla natura delle fonti e soprattutto alla chiarezza della norma penale, nonché ai limiti dell'attività interpretativa dei giudici.

Se, dunque, il solo art. 49 della Carta, pur costituendo una formalizzazione importante del principio di legalità penale, poteva essere sminuito alla luce del valore politico della Carta e del rapporto controverso fra le Corti, in relazione a principi contenuti anche nella CEDU, tale rischio viene a cadere in virtù dell'art. 7 del progetto che abbiamo ora esaminato. L'art. 7, nelle intenzioni dei redattori, vorrebbe esprimere il principio in base al quale l'incorporazione della Carta nei trattati e

l'adesione dell'Unione alla CEDU non vengano considerate come alternative, bensì come misure complementari assicuranti il pieno rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'Unione.

Si sottolinea da parte del “gruppo” che, se è vero che l'esistenza della Carta non attenua in alcun modo i vantaggi derivanti dall'estensione del controllo esercitato dalla Corte di Strasburgo all'azione dell'Unione, così l'eventuale adesione alla CEDU non sminuisce l'importanza che l'Unione si doti di un suo catalogo di diritti fondamentali. Entrambe le misure condurrebbero ad una situazione analoga a quella degli Stati membri che prevedono nella loro Costituzione la tutela dei diritti fondamentali, ma, al tempo stesso, si sottopongono al controllo supplementare esterno dei diritti umani previsto dal sistema di Strasburgo (Relazione finale del Gruppo II, cit., B-III).

Per ciò che riguarda il rispetto del principio di legalità penale, però, va osservato che la triplicazione degli organi che possono interpretare i canoni del principio di legalità se, da un lato, sembrerebbe rafforzare la tutela del medesimo principio a tutti i livelli, dall'altro comporta il rischio di letture divergenti. E, per ciò che attiene il modo di considerare la natura delle fonti penali e la qualità delle stesse norme penali, il rischio di interpretazioni contraddittorie non è tollerabile, pena lo scadimento del principio medesimo.

D'altronde il principio di legalità penale, calato nel contesto europeo, subisce senz'altro una torsione che lo allontana di molto dal suo significato originario. Nell'impostazione classica, fatta propria dalle principali Costituzioni europee, la norma penale deve essere prodotto dell'attività dell'organo rappresentativo, il Parlamento, al quale spetta il compito di emanare norme chiare e precise, preesistenti alla commissione del fatto: ciò per garantire al massimo la libertà dei cittadini, i quali debbono poter conoscere chiaramente e preventivamente il confine fra lecito e illecito, confine tracciato preferibilmente dall'organo rappresentativo, il quale è in grado di rispettare la corrispondenza fra strumento penale e scala di valori di un ordinamento, orientata costituzionalmente.

In Europa, anche alla luce delle modifiche costituzionali tracciate dalla Convenzione, non è l'organo rappresentativo dei cittadini europei a detenere il monopolio della produzione penale; in Europa, inoltre, il meccanismo delle direttive (nel Progetto, denominate leggi-quadro e indicate come fonte predominante nella produzione “penale”: si v. anche Progetto su “*Spazio di libertà, sicurezza, giustizia*”, 14 marzo 2003, *Conv.* 614/03), sia pure dettagliate, rischia di modificare profondamente il significato del principio di precisione delle norme penali; in Europa, la stessa qualità della normazione è profondamente diversa da quella di paesi come l'Italia: basti pensare alla diversa formulazione delle norme, spesso di tipo casistico.

L'altro importante profilo da esaminare è quello, come abbiamo detto in apertura, delle novità attinenti direttamente al diritto penale sostanziale in ambito europeo.

Il Progetto pone fra gli obiettivi dell'Unione, all'art. 3, comma 2, la costituzione di *“uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”*, nel quale sono sviluppati i suoi valori condivisi e viene rispettata la ricchezza della sua diversità culturale.

Nell'art. 41 del Progetto si afferma che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia viene assicurato, in primo luogo, *“attraverso l'adozione di leggi e leggi quadro volte segnatamente a ravvicinare le legislazioni nazionali nei settori elencati nella parte terza della Costituzione”*.

Nella parte terza, capo IV (*spazio di libertà, sicurezza e giustizia*) del Progetto, fra gli obiettivi dell'Unione, si pone, se necessario, *“il ravvicinamento delle legislazioni penali”* (art. III-158), riconoscendo altresì il ruolo dei Parlamenti nazionali, tenuto conto del fatto che le materie coinvolgono diritti (art. III-160). Questo profilo è meritevole di attenzione, anche perché fa sorgere alcuni interrogativi circa il rispetto del principio di legalità penale, come noi lo intendiamo: si afferma infatti che il meccanismo che garantirebbe il massimo rispetto nei confronti dei Parlamenti nazionali sarebbe quello delle direttive (non dettagliate), denominate leggi-quadro, nel ravvicinamento del diritto penale sostanziale (così anche chiaramente nella relazione del Gruppo X *“Spazio di libertà, sicurezza, giustizia”* (2 dicembre 2002, Conv. 426/02). Vero è che tale meccanismo consentirebbe ai Parlamenti nazionali di intervenire, recependo le direttive, ma sicuramente ciò creerebbe un passaggio pericoloso per una effettiva armonizzazione e rischioso per la stessa chiarezza delle norme penali.

La vera novità, che getta luce anche sul significato dell'introduzione del principio di legalità di cui all'art. 49 della Carta dei diritti, era inizialmente contenuta nell'art. 17 del Progetto sullo *“Spazio di libertà, sicurezza e giustizia”* (14 marzo 2003, Conv 614/03), dedicato specificamente al diritto penale sostanziale.

Nella versione originaria, esso consentiva al Parlamento europeo e al Consiglio di adottare, secondo la procedura legislativa *“leggi quadro che comportano norme minime relative alla definizione delle incriminazioni e delle sanzioni”*.

In tale articolo si sancivano due criteri diversi e fondamentali per definire l'ambito di competenza penale dell'Unione:

- a) Criminalità *particolarmente grave e avente dimensione transnazionale*;
- b) Criminalità che reca *pregiudizio ad un interesse comune, oggetto di una politica dell'Unione*.

Vari sono gli interrogativi che tale norma provoca. Innanzitutto vediamo che l'organo cui viene affidata la scelta in materia rimane il Consiglio, al quale, tra l'altro, con deliberazione all'unanimità, previo parere conforme del Parlamento europeo, è affidato il compito di individuare altri settori di criminalità cd. *“transnazionale”*, oltre quelli già elencati nell'articolo stesso (dal terrorismo, al riciclaggio...) – il problema del *deficit* di democraticità non è quindi risolto, in questo settore che ne

è particolarmente bisognoso-; la legge-quadro che definisce norme minime non risponde sicuramente al principio di tassatività e precisione tutelato dalla nostra Costituzione, giacché consente che la scelta definitiva sul contenuto della norma penale sia lasciata alla discrezionalità dei singoli Stati, con evidenti problemi in ordine all'individuazione della fattispecie da applicare, data la natura "transnazionale" dei reati; il secondo criterio comporta il riconoscimento di beni giuridici europei che soltanto l'Unione può tutelare ed è significativo che dinanzi all'embrione di un diritto penale europeo si senta la necessità di ribadire il principio dell' *extrema ratio* (nella norma si precisa "*allorché si rivelano indispensabili sanzioni penali per garantire un'attuazione efficace di tale politica*"). Questo secondo criterio consente di coprire settori per i quali esiste un *corpus* normativo ai sensi dell'art. 31 TUE, o sono in corso negoziati o progetti per un prossimo futuro (es., frode ai danni di interessi finanziari dell'Unione, criminalità ambientale, razzismo, ecc.).

Tale impostazione è stata confermata, con modificazioni che non cambiano il senso del ragionamento condotto or ora, nel Progetto definitivo del Trattato, e precisamente nelle norme contenute nella parte III, capo IV, sezione IV (*cooperazione giudiziaria in materia penale*).

All'art. III-171 si afferma che "*la cooperazione giudiziaria in materia penale dell'Unione (...) include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al par. 2*", e cioè nelle materie che presentano una dimensione "transnazionale", e di cui all'art. III-172. Tale norma ripropone il contenuto dell'art. 17 del progetto non definitivo, affidando ad una legge-quadro il compito di 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*"; la stessa norma individua alcuni settori, lasciando al Consiglio il compito di individuarne altri.

Il progetto di Trattato supera in modo definitivo il "dogma" dell'incompetenza penale dell'Unione europea, aprendo la strada alla costruzione e alla concretizzazione del diritto penale europeo, nel rispetto di un principio di legalità penale dai caratteri molto diversi rispetto a quelli della tradizione dei paesi dell'Europa continentale.