

Contraffazione di marchi

Legalità della fattispecie penale e contrasto alla contraffazione dei marchi

Mario Antinucci

La decisione

Contraffazione di marchi – Concorso apparente di norme e specialità dell’illecito amministrativo – Pregiudiziale europea – Interpretazione *in malam partem* – Esclusione (Cost., art. 25, co. 2; C.p., artt. 15, 473; Disp. prl. c.c., art. 14).

Non può configurarsi una responsabilità penale per l’acquirente finale di cose in relazione alle quali siano state violate le norme in materia di origine e provenienza dei prodotti ed in materia di proprietà industriale.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 8 giugno 2012 (ud. 19 gennaio 2012), LUPO, *Presidente* – FIANDANESE, *Relatore* – FEDELI, *P.M.* (conf.)- Micheli, *ricorrente*.

Il commento

1. La questione *sub iudice*: concorso apparente di norme e specialità dell’illecito amministrativo nel prisma della giurisprudenza di legittimità.

Le Sezioni Unite erano state investite della questione “*Se possa configurarsi una responsabilità a titolo di ricettazione per l’acquirente finale di un prodotto con marchio contraffatto o comunque di origine e provenienza diversa da quella indicata*”.

A rilevare l’esistenza di un contrasto interpretativo, trattandosi di “*materia tanto delicata, che potenzialmente coinvolge migliaia di acquirenti di beni con marchi contraffatti*”, era stata la Seconda Sezione penale, aveva posto l’indice sui rapporti tra ricettazione ex art. 648 c.p., acquisto di cose di sospetta provenienza ex art. 712 c.p. e l’illecito amministrativo di cui all’art. 1, co. 7, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modif. nella l. 14 maggio 2005, n. 80, disposizioni convergenti sulla condotta di acquisto di merce contraffatta prevista e punita dall’art. 473 c.p. come modificato dall’art. 15, co. 1, lett. a, l. 23 luglio 2009, n. 99.

In sede di analisi di diritto penale sostanziale occorre stabilire se l’illecito amministrativo in oggetto possa essere considerato speciale solo rispetto alla contravvenzione di incauto acquisto, ovvero se possa ritenersi tale anche nei confronti del delitto di ricettazione, dovendosi pronunciare il Supremo Colle-

gio sulla *vexata quaestio* del concorso apparente di norme e regola di specialità (art. 15 c.p.)¹, punto di emersione di non pochi dubbi e perplessità nell'ampio dibattito della giurisprudenza di legittimità in ambito di reati contro il patrimonio², senza tralasciare che nella topografia del Codice penale i reati di contraffazione (anche quelli di nuovo conio) rientrano nel titolo VII del libro II, tra i delitti contro la fede pubblica³.

Osserva il Supremo Collegio che dovendosi raffrontare il delitto di ricettazione con l'illecito amministrativo, occorre tener presenti i criteri d'individuazione della norma speciale alla luce della recente giurisprudenza di legittimità, posto che il concorso di norme tra fattispecie penali e violazioni amministrative è disciplinato dall'art. 9 legge 24 novembre 1981, n. 689, in base al quale, se uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, prevale la disposizione speciale sul concorso tra sanzione penale e violazione amministrativa. Sul punto le Sezioni Unite Di Lorenzo⁴, pronunciandosi in tema di rapporti tra l'art. 334 c.p. e l'art. 213, co. 4., cod. strad., hanno affermato che «rilevante è, nel testo dell'art. 9, la differenza rispetto all'art. 15 c.p., laddove, invece di parlare di “stessa materia”, si fa riferimento allo “stesso fatto”. Non è, però, da ritenere che con questa formula il legislatore abbia inteso fare riferimento alla specialità in concreto, dovendosi al contrario ritenere che il richiamo sia fatto alla fattispecie tipica prevista dalle norme che vengono in considerazione, evitando quella genericità che caratterizza l'art. 15 c.p. con il riferimento alla materia. Valgono infatti, nel caso di concorso tra fattispecie penali e violazioni di natura amministrativa, le medesime considerazioni [...] sulla necessità che il confronto avvenga tra le fattispecie tipiche astratte e non tra le fattispecie concrete. Il che, del resto, è confermato dal tenore dell'art. 9 che, facendo riferimento al “fatto punito”, non può che riferirsi a quello astrattamente previsto come illecito dalla norma e non certo al fatto naturalisticamente inteso». Nello stesso senso, evidenzia ancora la Cassazione, le Sezioni Unite Giordano⁵, in tema di rapporti tra frode fiscale e truffa aggravata ai danni dello Stato, hanno affermato che in caso di concorso di norme penali che regolano la

¹ FIORE, *Diritto Penale*, II, Torino, 1995, 131.

² MONTAGNA, *Dolo eventuale e ricettazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 537.

³ MAININI, *Cultura della legalità e prospettive di riforma*, in *Merci illecite e contraffatte: sequestro e distruzione. Tra prassi operative e garanzie europee*, a cura di Antinucci, Roma, 2012, 29. Cfr. sul punto ANTINUCCI, *Tutela penale del marchio e sequestro probatorio della merce contraffatta*, in questa Rivista, 2011, 3, online, www.archiviopenale.it

⁴ Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2010, Di Lorenzo, in *Mass. Uff.*, 248722.

⁵ Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2010, Giordano, in *Mass. Uff.*, n. 248864.

stessa materia, il criterio di specialità di cui all'art. 15 c.p. richiede che, ai fini della individuazione della disposizione prevalente, il presupposto della convergenza di norme può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le norme stesse, alla cui verifica deve procedersi mediante il confronto strutturale tra le fattispecie astratte configurate e la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definirle.

Entrambe le sentenze, dunque, chiariscono che il rapporto di specialità deve essere verificato nel confronto strutturale tra le fattispecie astratte; ciascuna di esse, poi, contiene altre importanti affermazioni di principio: la prima sottolinea che il citato art. 9 «diretto a privilegiare la specialità (e quindi l'apparenza del concorso) costituisce un'importante chiave di lettura in tutti i casi in cui, ad una condotta penalmente sanzionata, si aggiunga (soprattutto se ciò avvenga in tempi successivi rispetto all'entrata in vigore della prima norma) una disciplina normativa che la preveda anche come violazione di natura amministrativa»; la seconda invita ad «una applicazione del principio di specialità, secondo un approccio strutturale, che non trascuri l'utilizzo dei normali criteri di interpretazione concernenti la ratio delle norme, le loro finalità e il loro inserimento sistematico, al fine di ottenere che il risultato interpretativo sia conforme ad una ragionevole prevedibilità, come intesa dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo».

Come sopra accennato, la *quaestio juris* ruota intorno alla corretta interpretazione dell'art. 1, co. 7, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella l. 14 maggio 2005, n. 80.

Prima della modifica introdotta nel 2009, la disposizione stabiliva nella prima parte: «*Salvo che il fatto costituisca reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria fino a 10000 euro l'acquisto o l'accettazione, senza averne prima accertata la legittima provenienza, a qualsiasi titolo di cose che, per la loro qualità o per la condizione di chi le offre o per l'entità del prezzo, inducano a ritenere che siano state violate le norme in materia di origine e provenienza dei prodotti ed in materia di proprietà intellettuale*». Quindi, per la presenza della clausola di sussidiarietà, risultava evidente l'ambito di applicazione del reato di ricettazione, che poteva dirsi integrato nell'ipotesi di sussistenza di tutti gli elementi della fattispecie delittuosa. Residuale, invece, era l'applicazione dell'illecito amministrativo, che ricorreva nel caso di chi acquistasse cose nella consapevolezza della loro provenienza illecita, ma non delittuosa, poiché in quest'ultimo caso doveva ritenersi integrata la ricettazione.

A seguito delle modifiche apportate l. 23 luglio 2009 n. 99, l'articolo è stato così sostituito: «*E' punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da*

100 euro fino a 7000 euro l'acquirente finale che acquista a qualsiasi titolo cose che, per la loro qualità o per la condizione di chi le offre o per l'entità del prezzo, inducano a ritenere che siano state violate le norme in materia di origine e provenienza dei prodotti ed in materia di proprietà industriale».

La legge n. 99 del 2009 ha dunque modificato la fattispecie e il trattamento sanzionatorio, ma ciò che più interessa nel caso di specie è la soppressione dell'*incipit* «salvo che il fatto costituisca reato»: ciò rappresenta il nucleo fondamentale del ricorso in Cassazione del difensore dell'imputato, secondo cui, nel caso di specie, sarebbe applicabile solamente l'illecito amministrativo a causa della rimozione della clausola di sussidiarietà che avrebbe depenalizzato la condotta di acquisto di prodotti contraffatti⁶.

Tale modifica, innovando rispetto al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite Marino⁷, in chiave operativa funziona da *ratio decidendi* per ritenere la specialità dell'illecito amministrativo rispetto agli acquisti effettuati dall'acquirente finale sulla base del solo testo della disposizione vigente alla data di entrata in vigore della legge n. 99 del 2009, in applicazione del principio formulato dalle citate Sezioni Unite Di Lorenzo, laddove si afferma che l'art. 9 l. 24 novembre 1981, n. 689, è diretto a «privilegiare la specialità» in tutti i casi in cui, ad una condotta penalmente sanzionata, si aggiunga, soprattutto se ciò avvenga in tempi successivi rispetto all'entrata in vigore della prima norma, una disciplina normativa che la preveda anche come violazione amministrativa, ciò che appare evidente nel caso di specie, in cui il legislatore ha manifestato chiaramente il suo intento con una mirata e selezionata eliminazione della clausola di specialità.

Se, poi, si procede, sempre in applicazione dei principi formulati dalla citata sentenza delle Sezioni Unite Giordano, ad un raffronto strutturale tra le fattispecie astratte, si deve rilevare, in primo luogo, che il legislatore del 2009 ha voluto delimitare l'ambito dell'illecito amministrativo speciale al soggetto agente costituito dall' "acquirente finale", mentre i reati del codice penale (artt. 648 e 712 c.p.) possono essere commessi da "chiunque". L'art. 648 c.p. richiede che colui che commette il delitto non sia concorrente nel reato pre-

⁶ Si registra una sentenza pronunciata in materia di acquisto di sostanze farmaceutiche assoggettate ad un titolo di proprietà industriale, che incidentalmente esamina la disposizione dell'art. 1, co. 7, d.l. n. 35 del 2005, alla luce delle novelle intervenute nel settore, in particolare l. 23 luglio 2009, n. 99, ed afferma che, sulla base di tale disposizione, la quale punisce con una semplice sanzione amministrativa l'acquisto di beni assoggettati a privativa industriale, «è di per sé categoricamente da escludersi che il fatto possa essere punito come reato, ostandovi all'evidenza il principio di specialità sancito dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, art. 9»; cfr. Cass., Sez. II, 15 marzo 2011, Fredducci, in *Mass. Uff.*, n. 250293.

⁷ Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2005, Marino, in *Mass. Uff.*, n. 232304.

supposto, ma è evidente che la stessa qualifica di “acquirente finale” esclude tale possibilità con riferimento alla contraffazione quale presupposto della condotta amministrativamente illecita, trattandosi di qualifica del soggetto agente che intende escludere un qualsiasi concreto apporto causale all’attività criminosa presupposta, non solo sotto forma di previo concerto o di agevolazione, ma anche di concreta istigazione che abbia determinato l’autore materiale dell’azione.

2. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite e la ricaduta sui dispositivi di contrasto alla contraffazione: quale evoluzione?

Si deve a buon diritto evidenziare lo spirito europeo della decisione in nota, in ossequio ai più moderni principi della concezione normativa della colpevolezza⁸, consacrati a livello di giurisprudenza costituzionale a far tempo dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988 e riconosciuti nella giurisprudenza europea di Strasburgo come dimostra il notissimo caso di Punta Perotti.

La relazione di accompagnamento al disegno di legge governativo, con riferimento all’art. 12 del disegno di legge n. 1441/C (recante il testo dell’art. 17, comma 8, legge n. 99 del 2009) parla di norma che reca «*modifiche alla disciplina sanzionatoria del consumatore consapevole*».

Il concetto di “consapevolezza” dell’acquirente è all’evidenza ben diverso da quello di un acquisto semplicemente incauto, mentre il riferimento al “consumatore” chiarisce che l’intento del legislatore è quello di dettare una disciplina sanzionatoria speciale riguardante appunto l’utente finale, trattandosi di una qualificazione che ha avuto ampia elaborazione nell’ambito della disciplina della tutela dei consumatori e che si riferisce strettamente a «*qualsiasi persona fisica che agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale*»⁹.

Osserva al riguardo la Suprema Corte che la preoccupazione espressa nella memoria delle parti civili che la depenalizzazione del comportamento dell’acquirente privato consumatore finale comporterebbe la corsa ad iscriversi a tale categoria, è osservazione di mero fatto che non può incidere nel raffronto tra fattispecie astratte; si tratta di un aspetto che attiene al campo probatorio e riguarda la corretta e prudente valutazione del giudice di merito, il quale terrà

⁸ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, 1979, I, 867; GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1961.

⁹ Cfr. sul punto l’art. 2 Direttiva dell’Unione Europea 11 maggio n. 2005/29/CE.

conto che il legislatore, facendo riferimento all'acquirente finale, non ha inteso semplicemente contrapporlo all'acquirente "professionale", posto che la stessa norma del comma 7, dell'art. 1 d.l. n. 35 del 2005 e successive modifiche, distingue quella figura soggettiva non solo dall'operatore commerciale e dall'importatore, ma anche «da qualunque altro soggetto diverso dall'acquirente finale»; pertanto, quest'ultimo deve intendersi colui che non partecipa in alcun modo alla catena di produzione o di distribuzione e diffusione dei prodotti contraffatti, ma si limita ad un acquisto ad uso personale.

In chiave di metodo, considerate le inquietanti dimensioni globali del fenomeno, l'interprete non può non tenere nella giusta considerazione il quadro istituzionale di riferimento del *trend* della contraffazione e delle politiche pubbliche di contrasto su scala interna ed internazionale¹⁰, da ultimo sostenute in ambito ONU al punto da sollecitare la possibile applicazione della procedura c.d. Untoc nella lotta alla contraffazione¹¹, anche in considerazione del massiccio coinvolgimento della criminalità organizzata nei reati di contraffazione¹².

Dagli obiettivi istituzionali di sicurezza comunitaria e transnazionale si ricava in sede europea la necessità di apprestare la massima tutela possibile contro gli atti di aggressione alla proprietà intellettuale e industriale¹³. A tal riguardo sembra importante il riferimento alla Direttiva 2004/48/CE c.d. *Enforcement*, che ha fissato detto principio pur non contenendo disposizioni materiali relative alle sanzioni penali da applicare e pur avendo lasciato liberi gli Stati membri di decidere le misure punitive considerate più idonee.

Lo stesso principio sarebbe in corso di ulteriore precisazione in virtù di altri tre atti in via di perfezionamento: si tratterebbe della "Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale" del 12 luglio 2005, nonché della "Proposta di Decisione Quadro del Consiglio relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione delle violazioni della proprietà intellettuale", recante la stessa data, le quali imporrebbero agli Stati membri di

¹⁰ SCARPONI, *Trend della contraffazione e politiche pubbliche di contrasto*, Interventi, in *Le politiche ambientali dell'UE: I reati ambientali, la circolazione di merci illegali e la sicurezza comunitaria e transnazionale*, Corso Unicri-Erasmus, Università Sapienza, Roma, 29 marzo 2012.

¹¹ MUSUMECI, *La possibile applicazione dell'Untoc nella lotta alla contraffazione*, Interventi, in *Le politiche ambientali dell'UE*, cit., 30 marzo 2012.

¹² ZUCCARELLI, *Aspetti processuali ed investigativi relativi alla lotta al crimine organizzato coinvolto nei reati di contraffazione*, Interventi, in *Le politiche ambientali dell'UE*, cit.

¹³ SCARPONI, *Lotta alla contraffazione: non mera battaglia mediatica ma risposta strutturata, tra ricerca e attività di contrasto*, in Antinucci (a cura di), *Merci illecite e contraffatte: sequestro e distruzione*, cit., 21.

qualificare come reato le violazioni intenzionali dei diritti di proprietà intellettuale; ed inoltre della “Proposta modificata di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale”, del 24 giugno 2006, secondo la quale anche le sanzioni penali devono costituire un opportuno strumento per assicurare il rispetto della proprietà intellettuale.

A tali fonti si aggiunge la Comunicazione della Commissione Europea del 16 luglio 2008, rubricata “Una strategia europea in materia di diritti di proprietà industriale”, in cui si osserva che anche le sanzioni penali possono costituire in taluni casi un mezzo per far applicare i diritti di proprietà intellettuale e si confida nella sensibilità degli Stati membri di dotarsi di misure penali efficaci a tal fine.

Da ultimo è datata 30 maggio 2011 la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale da parte della autorità doganali nel cui contesto in particolare si osserva: “Le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale e industriale e il commercio di merci contraffatte che ne risulta sono fonte di crescente preoccupazione soprattutto in economia globalizzata... oltre alle conseguenze economiche per le industrie, i prodotti contraffatti possono creare gravi rischi per la salute e la sicurezza dei consumatori... la protezione dei diritti di proprietà intellettuale da parte delle autorità doganali deve essere rafforzata mediante una normativa riveduta”¹⁴.

Certamente il principio di diritto enunciato delle Sezioni Unite qui annotate, in quanto prima pronuncia in chiave nomofilattica della Corte di cassazione sul fronte caldo della lotta alla contraffazione, rappresenta un importante collaudo della capacità di tenuta delle garanzie europee rispetto alle prassi operative devianti, per altro verso registrate in sede di analisi della giustizia patrimoniale penale ove la tendenza legislativa alla estensione in chiave emergenziale delle misure patrimoniali e soprattutto della confisca obbligatoria viene stigmatizzata in negativo dalla letteratura¹⁵ che ne evidenzia il nuovo volto come effetto della progressiva creazione di un sottosistema penale della pericolosità personale e patrimoniale contrario ai principi del giusto processo euro-

¹⁴ MAZZILLI, *Normativa comunitaria di contrasto alla importazione di merci contraffatte. Questioni applicative in Italia*, in Antinucci (a cura di), *Merci illecite e contraffatte: sequestro e distruzione*, cit., 51

¹⁵ BARGI, “Processo al patrimonio” e principi del Giusto processo: regole probatorie e regole decisorie nella confisca penale, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di Bargi, Cisterna, I, Torino, 2011, 3.

peo¹⁶.

Di contro s'impone all'attenzione dell'interprete, anche per le implicazioni operative sui dispositivi di contrasto alla contraffazione di marchi e brevetti, la recente sentenza della Suprema Corte¹⁷ la quale ha stabilito che poiché la tutela penale del marchio o dei segni distintivi delle opere dell'ingegno o dei prodotti industriali «è finalizzata alla garanzia dell'interesse pubblico preminente della fede pubblica, più che a quello privato del soggetto inventore», l'art. 473, co. 3, c.p.¹⁸ deve essere interpretato nel senso che il marchio di cui si assume la falsità sia stato depositato registrato o brevettato nelle forme di legge all'esito della procedura prevista, sicché la falsificazione dell'opera dell'ingegno può aversi soltanto se essa sia stata formalmente riconosciuta come tale¹⁹.

In questo senso - osserva il Supremo Collegio - l'innovazione apportata alla materia *de qua* con legge 23 luglio 2009, n. 99 [che con l'art. 15, co. 1, lett. a, ha «riscritto» l'art. 473 c.p.] che l'inciso inserito nel nuovo testo dell'art. 473, co. 1, c.p. «potendo conoscere dell'esistenza del titolo della proprietà industriale» lascia intendere che con la detta riforma si è inteso ratificare la giurisprudenza che richiedeva, per la tutela penale, l'avvenuta registrazione del marchio o del segno, non bastando la semplice domanda: si può conoscere infatti solo un titolo già rilasciato mentre la semplice richiesta dello stesso non dà luogo, di per sé, alla garanzia dell'esito positivo della procedura avviata.

Non risulterebbe, d'altra parte, dall'andamento dei lavori preparatori che il legislatore abbia manifestato in modo chiaro una volontà diversa da quella risultante dalla lettera della legge promulgata; né può ritenersi - prosegue la Corte di cassazione - formulato testualmente con riferimento alla posizione del contraffattore materiale del marchio, non estenda la propria efficacia -

¹⁶ Cfr. GAITO, *La natura sanzionatoria della confisca tra malintese aspirazioni alla tutela della collettività e l'insufficiente livello di salvaguardia per i terzi estranei al reato*, in *Le politiche ambientali dell'UE*, cit., 26 marzo 2012; FIALE, *La confisca come strumento di tutela dell'ambiente*, *ibidem*.

¹⁷ Cass., Sez. V, 26 giugno 2012, C.A., in www.cassazione.net; NEGRI, *Marchi protetti se registrati*, in *Il Sole 24 ore*, 27 giugno 2012, 25.

¹⁸ Secondo tale *regula iuris* le norme incriminatrici in tema di contraffazione e alterazione dei marchi o dei segni si applicano sempre che siano state osservate le norme interne o delle convenzioni internazionali sulla tutela della proprietà intellettuale o industriale.

¹⁹ In motivazione la Corte di cassazione ha precisato come dall'affermazione di tale principio discenda che la tutela penale dei marchi e dei segni distintivi non possa estendersi - contrariamente a quanto avviene in campo civilistico - anche alla posizione interinale del brevettante nel periodo intercorrente tra il momento della presentazione della domanda e quello della concessione del brevetto o della registrazione: cfr. Cass., Sez. II, 26 marzo 1998, Alberino, in *Mass. Uff.*, n. 211176. In senso opposto v. Cass., Sez. V, 7 ottobre 2011, Jang, *ivi*, n. 251538; Id., Sez. V, 8 gennaio 2009, Giustini, *ivi*, n. 242997.

limitatrice della operatività del precetto – alla posizione, menzionata nello stesso comma della norma di riferimento, del semplice utilizzatore del marchio contraffatto.

3. Pregiudiziale europea ed interpretazione *in malam partem* della norma penale interna: il confronto con la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

Profilo di non minore importanza riguarda il fatto che tra i motivi di ricorso per cassazione sia stato posto il problema di una interpretazione del diritto nazionale conforme alla normativa comunitaria, quale si desume, in particolare, dalla direttiva n. 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, oppure di un rinvio alla Corte di giustizia di Lussemburgo per la interpretazione della normativa comunitaria in materia, oppure, in via ulteriormente subordinata, di una rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale della normativa in esame con riferimento agli artt. 11 e 117 Cost.

In chiave sistematica, in applicazione dei principi di legalità della fattispecie penale²⁰ (art. 25, co. 2, Cost. e art. 14 Disp. prel. c.c.) ed linea con un consolidato indirizzo delle giurisprudenza di legittimità, la Corte regolatrice ha ritenuto di escludere la possibilità di un rinvio pregiudiziale ove tale rinvio fosse stato chiesto per legittimare un'interpretazione *in malam partem* della norma penale interna²¹.

In questo senso non è possibile che dalla disapplicazione di una norma interna per effetto del contrasto con la normativa comunitaria, sulla base del principio di preminenza del diritto comunitario, possano conseguire effetti pregiudizievoli per l'imputato. La mancata previsione come fattispecie di reato di comportamenti che ai sensi della normativa comunitaria si sarebbero dovuti considerare come penalmente illeciti, potrebbe, al più, costituire un inadempimento del legislatore nazionale rispetto ad obblighi di fonte comunitaria; non consente che i cittadini dello Stato inadempiente siano perseguiti penalmente per fatti considerati illeciti ai sensi della normativa comunitaria, ma

²⁰ FIORE, *Diritto Penale*, cit., 61; MANTOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 1987, 417.

²¹ Cfr. Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, Caruso, in *Mass. Uff.*, n. 244191, che ha escluso che la disciplina in tema di confisca contenuta nella decisione-quadro del Consiglio U.E. 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 possa essere utilizzata per estendere la confisca per equivalente di cui all'art. 322-ter, co. 1, c.p. anche al profitto del reato.

non punibili o non più punibili ai sensi di quella interna²².

Muovendo da tali premesse, osserva il Supremo Collegio, la Corte di Lussemburgo ha chiarito, con costante giurisprudenza²³ che il principio della certezza del diritto osta a che le Direttive comunitarie possano, di per se stesse, creare obblighi in capo ai singoli; esse certamente non sono opponibili *in re ipsa* contro i singoli dallo Stato membro, il quale ha la scelta della forma e dei mezzi di attuazione delle Direttive che meglio permettono di garantire il risultato a cui mirano, considerato che «l'obbligo di interpretazione conforme non può giungere sino al punto che una direttiva, di per se stessa e indipendentemente da una legge nazionale di trasposizione, crei obblighi per i singoli ovvero determini o aggravi la responsabilità penale di coloro che trasgrediscono le sue disposizioni».

Si tratta di un limite che deriva dai principi generali del diritto, quello della legalità della pena e quello connesso di applicazione retroattiva della pena più mite *in favor rei*, che fanno parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e, quindi, fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario²⁴, sanciti dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali²⁵ e dall'art. 15, n. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché dall'art. 49, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Sul versante processualpenalistico si afferma in letteratura con senso di responsabilità che al canone dell'interpretazione «convenzionalmente» conforme non si sottrae nessun territorio della giurisdizione nazionale²⁶, ove la stessa Corte costituzionale si deve riconoscere destinataria di un potere conformante della giurisprudenza europea di Strasburgo e di Lussemburgo, principio

²² Questa regola deve valere sia per le lacune di carattere per così dire *originario* sia per le lacune riconducibili ad un mutamento sopravvenuto nell'ambito delle situazioni regolate dalla legge penale come effetto ad esempio del progresso scientifico e tecnologico. Problemi dello stesso genere si presentano oggi in relazione alla criminalità informatica per la difficoltà di far rientrare nelle fattispecie esistenti condotte di aggressione patrimoniale realizzate mediante utilizzazione non autorizzata, manipolazione o sabotaggio di *software* e/o *hardware*. Cfr. GAITO, *Prova informatica e processo penale*, Interventi, in *Scienza e Processo penale*, Convegno 22-23 giugno 2012, Pula (Ca).

²³ Corte di giustizia, 5 luglio 2007, causa C-321/05 Kofoed.

²⁴ Corte di giustizia, Grande Sezione, 3 maggio 2005, Berlusconi e altri, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02; 16 giugno 2005, Pupino, causa C-105/03.

²⁵ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 17/09/2009, Scoppola c. Italia.

²⁶ GAETA, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva della Corte costituzionale*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal Consiglio Superiore Magistratura sul tema "I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le Corti nazionali e sopranazionali", Roma, 22-24 giugno 2010.

assunto a *ius receptum*, ad esempio, nelle motivazioni del ben note sentenze della Corte costituzionale n. 93 del 2010²⁷, n. 187 del 2010, n. 196 del 2010²⁸, n. 113 del 2011.

Posto che i casi in cui l'interpretazione del diritto comunitario da parte della Corte di giustizia ha comportato una sostanziale *abolitio criminis*, cioè un effetto penalmente favorevole nei confronti dei destinatari della norma²⁹, ben diverso sarebbe il caso in cui si pretendesse dalla Corte di giustizia un'interpretazione con conseguenze penali sfavorevoli per i singoli destinatari dei precetti comunitari.

La conseguenza è che un eventuale rinvio pregiudiziale non potrebbe avere come conseguenza che una sostanziale decisione di *non liquet* da parte della Corte di giustizia, sul presupposto che una normativa comunitaria «non può essere invocata in quanto tale dalle autorità di uno Stato membro nei confronti degli imputati nell'ambito di procedimenti penali, poiché una Direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati»³⁰.

4. L'attualità del metodo d'indagine scientifica di tipo sostanzialista.

Prendendo le mosse dalle motivazioni in diritto dell'importante sentenza del Supremo Collegio in materia di contraffazione, si pongono nuovi interrogativi sul ruolo dell'Europa nel costruire, oggi, un diritto penale in senso stretto su basi non relativistiche e convenzionali nella distinzione fra il "penale" e il diritto sanzionatorio amministrativo, allorché si ipotizzano norme penali minime attorno a caratteri di "transnazionalità" dei reati, ad esempio, in applicazione dell'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'UE.

Anche su questo versante, occorre rivoluzionare il tradizionale modo di impostare le questioni, evidenziando che il confronto di idee si sviluppa su entrambi i classici terreni penalistici, sostanziale e processuale, avendo ben pre-

²⁷ GATTO, FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giur. cost.*, 2010, 2, 1065; LICATA, *Il rito camerale di prevenzione di fronte ai diritti fondamentali*, *ivi*, 1077; GUAZZAROTTI, *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁸ TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2323.

²⁹ *Ex plurimis* cfr. Cass., Sez. V, 8 giugno 2011, Marouani, in *Mass. Uff.*, n. 250938; Id., Sez. I, 29 aprile 2011, Sterian, *ivi*, n. 250233; Id., Sez. I, 28 aprile 2011, Thourghi, *ivi*, n. 249732.

³⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, 3 maggio 2005, Berlusconi e altri, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02;

senti le nuove sfide che la comunità scientifica deve affrontare, ad esempio, sul terreno delicatissimo del rapporto tra scienza e processo penale con particolare riguardo alla prova informatica³¹.

Il principio di legalità processuale³² è sancito anche dalla stessa Cedu, quale *pendant* della legalità del diritto penale, allo scopo di proteggere l'imputato dagli abusi del potere che si annidano in ogni carenza di regole processuali certe. Nell'ottica europea, la legalità, sostanziale e processuale, non è però necessariamente correlata alla presenza di una legge formale, ben potendo essere garantita anche da fonti giurisprudenziali, purché sufficientemente certe e «prevedibili».

Già nel metodo d'indagine scientifica di Franco Bricola - grammatica comune di gran parte delle cultura penalistica italiana del XX secolo - la dogmatica classica, fatta di categorie ed elaborata nell'Università, appariva declinata (non abbandonata, certo, ma in qualche modo assorbita) nel solco di una dogmatica di *principi*, a orientamento europeo e multidisciplinare, capace di mettere in gioco un'interpretazione sempre conforme alle fonti sopranazionali, elaborata nelle pubbliche aule di giustizia dei Tribunali e persino nei pubblici dibattiti³³. Questo metodo suggeriva la doverosa prospettiva che i medesimi principi trovassero adeguata espressione e riconoscimento nei principali testi costituzionali stranieri o sovranazionali: pur restando italiana la base normativa di partenza, la cultura giuridica di riferimento rimaneva inevitabilmente sovranazionale.

In questo senso una dogmatica sostanzialista e di principi organici alla cultura della legalità è assai più capace di unificare le diverse tradizioni che non una dogmatica formalista legata alle paratie stagne e le pastoie ideologiche del passato; e questa direzione, in effetti, appare oggi chiaramente indicata dallo sviluppo del diritto europeo, nella specie del diritto penale europeo: negli sviluppi emergenti dal Trattato di Lisbona, dalla giurisprudenza della Corte eu-

³¹ GAITO, *Prova informatica e processo penale*, interventi, in *Scienza e Processo penale*, Convegno 22-23 giugno 2012, Pula (Ca)

³² MAZZA, *Giustizia penale in trasformazione: profili d'indagine*, in *Arch. Pen.*, 2012, 1, 17.

³³ DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it. Osserva l'Autore: "Non sono solo le grandi categorie sistematiche a restarne coinvolte, ma anche tutti gli istituti della parte generale: dalla causalità al rischio, dalla condotta all'evento, dalla colpa al dolo (coscienza dell'illecito o dell'offesa), dalla successione di leggi al *bis in idem*, dal concorso di persone all'evento. Le stesse 'categorie', attraverso i 'principi', dovevano essere "rilette", reinterpretate in chiave costituzionalistica, esprimendosi così, nella loro ermeneutica, i valori della legalità, della determinatezza, della tipicità, della necessaria lesività, della "personalità" della responsabilità penale, della finalità rieducativa della pena etc."

ARCHIVIO PENALE 2012, n. 3

ropea dei diritti dell'uomo, da quella della Corte di Giustizia di Lussemburgo.