

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

ANNA MARIA MAUGERI

Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza come diritto fondamentale nel diritto penale europeo, pur con qualche tentennamento.

Il principio di colpevolezza è un principio fondamentale della materia penale in uno stato di diritto, ma pur avendo assunto la Corte Edu e la Corte di Giustizia un ruolo chiave nel riconoscimento dei diritti fondamentali nel diritto europeo, tale principio ha stentato ad affermarsi, complice la sua mancata previsione sia nella CEDU sia nella Carta di Nizza. Il lavoro ricostruisce la giurisprudenza della Corte Edu e della Corte di Giustizia in materia, nonché la normativa UE in materia di sanzioni amministrative punitive e non solo - così come interpretata dalla CGUE -, che nonostante contraddittorietà e criticità, sta portando all'affermarsi di tale principio di civiltà giuridica, funzionale al rispetto della funzione rieducativa della pena; come affermato in dottrina, i tempi sono maturi perché il principio di colpevolezza rappresenti un diritto fondamentale dell'Unione Europea, fondato sul rispetto della dignità umana e un modello di stato di diritto democratico.

Towards the full affirmation of the culpability principle as a fundamental right in European criminal law, despite some hesitation.

The principle of culpability is a fundamental principle of criminal matters in a rule of law, but despite the European Court of Human Rights and the Court of Justice have assumed a key role in the recognition of fundamental rights in European law, this principle has struggled to assert itself, due to its lack of provision both in the ECHR and in the Charter of Nice. The article describes the case law of the European Court HR and the Court of Justice on the subject, as well as the EU legislation on punitive administrative sanctions and more - as interpreted by the CJEU -, which despite contradictory and critical issues, is leading to the affirmation of this principle of legal civilization, functional to the respect of the rehabilitation function of the punishment; as stated in the doctrine, the time is ripe for the principle of culpability to represent a fundamental right of the European Union, based on respect for human dignity and a model of democratic state of law.

SOMMARIO: 1. Premessa: il riconoscimento dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione Europea. - 2. Il principio di colpevolezza nel diritto europeo. - 3. La più risalente giurisprudenza della Corte EDU sul principio di colpevolezza. - 4. Il riconoscimento del principio di colpevolezza nella sentenza della Corte EDU Sud Fondi e in successive pronunce. - 4.1. Il riconoscimento del principio di colpevolezza da parte della Corte EDU attraverso il principio del giusto processo: l'“emprunt matériel de criminalité”. - 5. La prevedibilità dell'intervento punitivo tra legalità e colpevolezza nella giurisprudenza della Corte EDU. - 5.1. (segue) e della Corte di Giustizia. - 6. La giurisprudenza più risalente della Corte di Giustizia in materia di colpevolezza. - 7. Valorizzazione del principio di colpevolezza nella giurisprudenza “comunitaria” nell'applicazione delle sanzioni amministrative punitive. - 7.1. Permanere delle ambiguità nel riconoscimento del principio di colpevolezza. 8. L'affermazione del principio di colpevolezza nella più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia. - 9. La colpevolezza delle persone giuridiche. - 10. Il

riconoscimento del principio di colpevolezza tramite il riconoscimento della presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. - 11. L'accertamento della colpevolezza con la c.d. "condanna sostanziale". - 12. Conclusioni: il principio di colpevolezza strumentale alla funzione rieducativa della pena.

1. *Premessa: il riconoscimento dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione Europea.* Nell'ordinamento dell'Unione europea i diritti fondamentali, dopo essere stati inclusi dalla Corte di Giustizia tra i principi generali del diritto, di cui è chiamata a garantire l'osservanza, determinati con riferimento alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri¹ e alle convenzioni internazionali alle quali essi hanno cooperato o aderito², sono stati solennemente riconosciuti nella "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", proclamata il 7 dicembre 2000 dal Parlamento Europeo, dal Consiglio e dalla Commissione³; la Carta era entrata a far parte del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004⁴, che non è mai stato ratificato, ma è

¹ Cfr. sulle tradizioni comuni JESCHECK, *Possibilità e limiti di un diritto penale per la protezione dell'Unione europea*, in *Ind. pen.*, 1998, 226 ss.; BACIGALUPO, *Il Corpus Juris e la tradizione della cultura giuridico-penale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, a cura di Grasso, Milano, Giuffrè, 1998, 52 ss.; *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, a cura di Silva Sánchez-Schünemann y De Figueiredo Dias, Barcelona, 1995, *passim*.

² Cfr. tra le tante CGUE, 26 giugno 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Orde van Vlaamse balies, Nederlandse Orde van advocaten bij de balie te Brussel, e Conseil des ministres*, C-305/05, § 29; *Silvio Berlusconi-Sergio Adelchi-Marcello Dell'Utri e a.*, 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, § 67; *Booker Aquaculture Ltd, Marine Harvest McConnell e Hydro Seafood GSP Ltd e the Scottish Ministers, Schmidberger*, 20 luglio 2003, C-20/00 e C-64/00, 12 giugno 2003, C-112/00, in *Racc.* I-5659, § 71; *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, 10 luglio 2003, C-20/00 e C-64/00, *ivi* I-7411, § 65; *Lymburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) e a.*, 15 ottobre 2002, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P e C-252/99 P e C-254/99 P, 167; *Dubois e figli*, 29 gennaio 1998, C-T-113/96, *ivi*, 125; *Friedrich Krenzow contro Repubblica d'Austria*, 29 maggio 1997, C-299/95, *ivi* I-2629; *Hauer*, 13 dicembre 1979, C-44/79, *ivi* 1979, 3727; *Rutili*, 18 ottobre 1975, Causa 36/75, *ivi* 1219 che per la prima volta cita espressamente la Convenzione europea; *Nold*, 14 maggio 1974, C-4/73, *ivi* 491; *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 dicembre 1970, C-11/70, *ivi* 1125; invece *Stauder*, 12 novembre 1969, C-29/69, *ivi* 1969, 419 e *Van Gend & Loos*, 5 febbraio 1963, C-26/62, *ivi* 1963, 1, limitavano il riconoscimento dei diritti fondamentali a quelli che fanno parte dei "principi generali del diritto comunitario"; Tribunale, 30 marzo 2000, *Miwon Co. Ltd. c. Consiglio dell'Unione europea*, T-51/96, § 19.

³ G.U.C.E. C-364, 18 dicembre 2000, 1 ss.

⁴ Cfr. MAUGERI, *Relazione introduttiva*, in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, a cura di Maueri, Milano, 2008, 122 e dottrina citata in nota 78; GRASSO, *La Costituzione per l'Europa*, in *Lezioni di Diritto penale europeo*, a cura di Grasso-Sicurella, Milano, 2007, 633 ss.

stato trasformato nel trattato di Lisbona («una Costituzione che, privata della sua forma, si reincarna appunto in un Trattato di riforma»)⁵. La Carta è stata poi nuovamente proclamata a Strasburgo nel 2007 e l'art. 6, c. 1 del TUE, nella versione modificata a Lisbona, attribuisce alla Carta il valore giuridico dei Trattati e, quindi, valore giuridicamente vincolante⁶, come sottolinea anche la Corte di Giustizia⁷; lo stesso Trattato, del resto, sancisce all'art. 2 TUE che l'Unione europea si fonda sul riconoscimento dei diritti umani, considerati come valori comuni agli Stati membri⁸.

Ne deriva che i diritti fondamentali sono divenuti parte integrante dell'ordinamento “comunitario”⁹ e i limiti derivanti dalla loro tutela si sono imposti non solo alle istituzioni delle Comunità europee - oggi dell'Unione Europea -, ma anche all'ordinamento giuridico degli Stati membri¹⁰ (anche nell'applicazione del diritto penale)¹¹; si parla addirittura di *ius commune* in relazione ai diritti fondamentali o all'insieme dei principi derivanti dalla giurisprudenza degli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹². In tale direzione si è

⁵ Così SCIANNELLA, *Morte e reincarnazione di una Costituzione: dal “Constitutional Treaty” al “Reform Treaty”*, in *Temi, tecniche e cronache della costituzionalizzazione europea - Forum: Il Trattato di Lisbona (Condurre l'Europa nel XXI secolo)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 149.

⁶ GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, IV, 2318 ss.; sul progetto di Costituzione europea, cfr. GRASSO, *Relazione introduttiva*, in *Per un rilancio del progetto europeo*, a cura di Grasso-Sicurella, Milano, 2008, 37 ss.; SAPIENZA, *Lisbona 2007: un nuovo Trattato per l'Unione Europea*, in *Agg. soc.*, 2008, 134; FRAGOLA, *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di “decostituzionalizzazione”*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2008, 217.

⁷ CGUE, Grande Sezione, 23 novembre 2021, C-564/19, § 98.

⁸ Cfr. ROSSI, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, in www.europeanrights.eu/get-File.php?name=public/comments/Rossi.doc.

⁹ Cfr. CGCE 17 febbraio 1998, *Grant*, C-249/96, in *Racc.*, I, 623.

¹⁰ CGUE, *Friedrich Krenzow*, cit., 2645; *Proc. pen./Maurin*, 13 giugno 1996, C-144/95, in *Racc.* I, 2909; GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, in *RTDE*, 1993, 753; SCHWARZE, *European Administrative Law*, London-Luxembourg, 1992, 435 ss.; STROZZA, *Il sistema normativo*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti-Greco, Milano, 1997, I, 64.

¹¹ CGUE, 1 febbraio 1996, *Perfili*, C-177-94, *Racc.*, I, 161; *Tranchant*, 9 novembre 1995, C-91/94, *ivi*, 3911; VERVAELE, *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, Paris, 1994, 14-16; BLECKMANN, *Die wertende Rechtsvergleichung bei der Entwicklung europäischer Grundrechte*, in *Europarecht-Energie-recht-Wirtschaftsrecht, Festschrift für Bodo Börner*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1992, 36 ss.

¹² Così DE SALVIA, *L'elaboration d'un “ius commune” des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne : l'oeuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des Droits de l'Homme*, in *Protecting Human Rights: The European Dimension - Studies in*

espresso già in epoca risalente l'avvocato generale *Jacobs* nella causa *Wachauf*, affermando che gli Stati membri quando agiscono in virtù delle competenze loro attribuite dal diritto UE, sono soggetti agli stessi obblighi cui sottostà il legislatore comunitario in tutti i casi in cui venga in considerazione il principio di tutela dei diritti fondamentali¹³.

I principi, indicati nell'art. 6, sono considerati come "il patrimonio comune" degli Stati membri, il cui accoglimento è condizione di adesione all'Unione (art. 49 TUE)¹⁴.

La tutela dei diritti fondamentali non può determinare, però, un'estensione del campo di applicazione delle disposizione dei due Trattati al di là delle competenze dell'Unione¹⁵ (non amplia le competenze dell'Unione, art. 51, n. 2 della Carta), di guisa che continua ad essere escluso che la Corte di giustizia possa valutare, di per sé, la compatibilità di una normativa nazionale con i diritti fondamentali¹⁶; il rispetto dei diritti fondamentali si impone, però, «in tutti quei casi in cui la normativa interna, pur non costituendo attuazione della normativa europea, venga comunque ad incidere in un'area di competenza dell'Unione

honour of Gérard J. Wiarda, a cura di Matscher-Petzold, Köln-Berlin-Bonn-München, 1990, 556; cfr. SCHUTTE, *Die Regionalisierung des internationalen Strafrechts und der Schutz der Menschenrechte bei der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen*, in *ZStW*, 1992, 725 ss. Cfr. PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium iuris*, 1996, 3, 283; CHITTI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 510.

¹³ CGUE, 13 luglio 1989, *Wachauf*, C-5/88, *Racc.*, 2628 s.

¹⁴ Cfr. LABAYLE, *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *RTDE*, 1997, 822; VINCENZETTI, *Le "human rights clauses" nell'adozione di sanzioni comunitarie*, in *Dir. Unione eur.*, 2, 2005, 350; SICURELLA, *Il Corpus juris e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in *Il Corpus juris* 2000. *Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di Grasso-Sicurella, Milano, 2003, 23 ss.; GRASSO, *Evoluzione del diritto penale europeo e tutela dei diritti fondamentali alla luce della «saga Taricco»*, in *www.la legislazione penale.eu*, 3 ottobre 2018, 27, il quale evidenzia l'art. 6, § 3 TUE che individua la fonte della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento sovranazionale anche nelle "tradizioni costituzionali comuni" agli Stati membri, una norma che conserva un suo significato anche dopo il riconoscimento del valore giuridicamente vincolante della Carta di Nizza.

¹⁵ Corte (Grande Sezione), IS (Illégalité de l'ordonnance de renvoi), cit., § 98, «le disposizioni della Carta non ampliano in alcun modo le competenze dell'Unione quali definite nei trattati».

¹⁶ PAGANO, *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Stasburgo dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 96 ss.; cfr. CGE, 11 luglio 1985, *Cinétique*, C-60-61/84, *Racc.* 2618; 30 settembre 1987, *Demirel c. Comune di Schwäbisch Gmund*, C-12/86, *ivi* 3754; 4 ottobre 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, C-159/90, *ivi* 1-4685; 29 - maggio 1998, *Krenzow*, C-299/95, *ivi* 1-2629. Cfr. CGE, 13 luglio 1989, *Wachauf*, *ivi* 2639 - 2640; GRASSO, *La Costituzione per l'Europa*, cit., 664.

o in settori già disciplinati dal diritto dell'Unione» (sussiste un elemento di collegamento)¹⁷.

La Carta ha, nonostante la sua “decostituzionalizzazione” un potente valore simbolico: una Carta dei diritti rappresenta al contempo un nucleo di identità comune e un'idea di Costituzione; la Carta diventa anche il parametro su cui dovranno misurarsi le nuove adesioni.

La Carta dei diritti fondamentali ha consentito, in particolare, una più puntuale formalizzazione di un sistema di tutela dei diritti fondamentali essenzialmente costruito in via pretoria¹⁸ e ha assunto così non un mero valore ricognitivo, ma piuttosto di «cornice para-costituzionale europea»¹⁹. Tale strumento, inoltre, contribuisce nell'opera di limitazione del «relativismo dei sistemi di diritto interno attraverso il riconoscimento di valori comuni atti a favorire, sotto diversi profili, un ravvicinamento dei sistemi giuridici nazionali e [...] delle scelte punitive in essi previste»²⁰.

Nel Trattato di Lisbona, sempre all'art. 6, si sancisce, inoltre, -riprendendo l'art. I-9, par. 2, del Trattato costituzionale - che «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»²¹. Tale scelta di adesione dell'Unione europea alla Convenzione Europea «completa il processo di progressivo riconoscimento dei diritti umani nell'Unione Europea, coronandolo con l'applicazione, alle istituzioni dell'Unione, del medesimo meccanismo di controllo giudiziario (esterno e specializzato) già da tempo operante nei confronti degli Stati membri»²². Si

¹⁷ Così GRASSO, *La Costituzione per l'Europa*, cit., 664.

¹⁸ Anche il Preambolo insiste su tale valore ricognitivo e in tale direzione si era espresso il Consiglio europeo di Nizza (11-12 dicembre 2000).

¹⁹ FERRARO, *Costituzione europea e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2004, 461-469. Un orientamento più audace, rispetto a quello meramente ricognitivo, è stato sollecitato dallo stesso Consiglio europeo di Laeken (14 - 15 dicembre 2001). Cfr. i risultati dello studio richiesto dalla Commissione all'Istituto universitario europeo di Firenze, in www.europa.eu.int/comm/igc2000/offdoc/repollo-fr.pdf

²⁰ BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 88 ss.

²¹ “Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

²² VILLANI, *Principi democratici e diritti fondamentali nella “costituzione europea”*, in *Com. internaz.*,

consentirebbe così all'Unione quel diritto alla difesa davanti alla Corte europea, oggi non esercitabile qualora, sia pure presentando un ricorso contro gli Stati membri, l'oggetto reale del ricorso sia costituito da atti dell'Unione²³

In ogni caso la Carta non potrà essere interpretata in modo da restringere la portata di situazioni garantite dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale e dalle convenzioni internazionali ratificate dagli Stati membri, inclusa la Convenzione europea. In particolare i diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione hanno "lo stesso significato e la stessa portata" e non potranno essere limitati in base al diritto comunitario se la Convenzione europea non lo consente (art. 53)²⁴; fermo restando che è possibile che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa (la garanzia accordata dalla Convenzione costituisce una garanzia minima) (art. 52, par. 3)²⁵.

2005, 4, 669; ID., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Unione eur.*, 2004, 99 ss.; RAIMONDI, *La Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 nel quadro della protezione dei diritti fondamentali in Europa*, in *Cass. pen.*, 2002, 1887; cfr. inoltre, sulle problematiche di tale adesione VINCENZETTI, *Le "human rights clauses"*, cit., 355; FERRARO, *Costituzione europea*, cit., 480 ss.; ID., *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 557 ss.; TIZZANO, *Diritti fondamentali e Corti supreme europee. Qualche considerazione sul versante lussemburghese a proposito dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2017, 73 ss.; SCIANNELLA, *Morte e reincarnazione*, cit., 151 ss.; POLLICINO-SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, a cura di Mezzetti, Padova, 2011, II, 118, i quali evidenziano che lo status della Corte di giustizia sarebbe analogo a quello attuale delle Corti costituzionali o delle giurisdizioni supreme nazionali rispetto alla Corte di Strasburgo; C.E.D.U., 30 giugno 2005, 45036/98, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, in *Human Rights Law Journal* vol. 26, No. 1-4, 18.

²³ VILLANI, *Principi democratici*, cit., 669; ID., *I diritti fondamentali*, cit., 111; RAIMONDI, *La carta di Nizza*, cit., 1887; PAGANO, *Dalla Carta di Nizza*, cit., 98 ss.; VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple aux sérieux*, Bruxelles, 2001, *passim*; da ultimo MASIERO, *L'adesione dell'unione europea alla cedu. profili penali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 79 ss.; PARODI, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU: dinamiche sostanziali e prospettive formali*, Napoli 2020. Cfr. Tribunale, 8 luglio 2008, C-T-99/04, *AC-Treuhand AG*, 45.

²⁴ Cfr. RINALDI, *op. cit.*, 112 ss.; VIGLIANISI FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello Spazio Giuridico Europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 547, sulle problematiche nascenti dalla necessità di stabilire se un diritto riconosciuto dalla Carta di Nizza è previsto dalla C.E.D.U. e se il significato e la portata coincidano, nonché i connessi rischi di armonizzazioni al ribasso.

²⁵ Cfr. VILLANI, *I diritti fondamentali*, cit., 102 il quale evidenzia che tale disposizione non risolverà i problemi relativi ai rapporti tra la Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea; VIGLIANISI FERRARO, *Le disposizioni finali*, cit., 546 ritiene che sarebbe stato legittimo attendersi la doverosità, e non la possibilità, di una tutela più estesa; GRASSO, *La Costituzione per l'Europa*, in *Lezioni*, cit., 643 evidenzia che non sempre, in una situazione di bilanciamento di interessi, il criterio della protezione più estesa

La Carta dei diritti fondamentali dedica alla giustizia il capo VI che contempla il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale; la presunzione d'innocenza ed i diritti della difesa nel giusto processo; i principi della legalità e proporzionalità delle pene rispetto ai reati; il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (*ne bis in idem*)²⁶.

Anche nel 37° considerando del reg. n. 1/2003 in materia di concorrenza e sanzioni accentrate, si stabilisce che «Il presente regolamento ottempera ai diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Esso pertanto dovrebbe essere interpretato e applicato in relazione a detti diritti e principi».

Già prima della proclamazione della Carta di Nizza, infine, il legislatore comunitario ha inserito alcuni dei principi fondamentali che devono disciplinare l'elaborazione e l'applicazione delle sanzioni comunitarie nel reg. n. 2988/1995 (nell'art. 2), che costituisce una sorta di codice del potere punitivo comunitario²⁷; in particolare si prevedono i principi di legalità e di colpevolezza. Come precisato dalla Corte di Giustizia «il legislatore comunitario, adottando il regolamento n. 2988/95, ha stabilito una serie di principi generali e ha richiesto che, come regola generale, tutte le normative settoriali rispettino tali principi»²⁸.

è idoneo a individuare con certezza le norme applicabili.

²⁶ SAULLE, *La Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Aff. soc. internaz.*, 2001, 3, 104. Cfr. MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario*, cit., 131 ss. e 217 ss.

²⁷ Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario, I parte - La natura giuridica delle sanzioni comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, III, 527 ss.; II parte - *I principi*, ivi, IV, 929 ss.; GRASSO, *Relazione introduttiva*, cit., 13; ID., *La protezione degli interessi finanziari comunitari nella prospettiva della formazione di un diritto penale europeo*, in *Criminalia*, 2006, 100.

²⁸ CGUE, 1 luglio 2004, *Gisela Gerken e Amt für Agrarstruktur Verden*, C-295/02, § 56; *Emsland-Stärke GmbH*, 16 marzo 2006, C-94/05, 50; *Rüdiger Jäger c. Amt für Landwirtschaft Bützow*, 11 marzo 2008, C-420/06, § 61; IV Sez., 21 luglio 2011, *Bureau d'intervention et de restitution belge c. Beneo-Orafi SA*, C-150/10, § 69; Ottava Sezione, 3 ottobre 2019, *Landwirtschaftskammer Niedersachsen c. Reinhard Westphal*, C-378/18, § 26. Sui principi del diritto europeo cfr. MAUGERI, *I principi fondamentali della "materia penale" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di Grasso-Sicurella, Milano, 2008, 108 ss.; ID., *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Grasso-Picotti-Sicurella, Milano, 2011, 67 ss.

2. *Il principio di colpevolezza nel diritto dell'Unione Europea.* Nonostante il riconoscimento dei diritti fondamentali, in particolare della materia penale, nell'ambito del diritto europeo e, in particolare, dell'Unione Europea, si deve evidenziare che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta europea dei diritti fondamentali presentano, purtroppo, una gravissima lacuna: non è stato sancito il principio di colpevolezza²⁹.

Tale lacuna è inammissibile in materia penale in quanto si compromette lo stesso rispetto della libertà dei cittadini, che rischiano di essere puniti per le conseguenze incontrollabili della loro condotta; nelle tradizioni giuridiche dei moderni Stati di diritto, infatti, tale principio costituisce un diritto fondamentale (anche se non mancano palesi deroghe). Si tratta, infatti, di un principio fondamentale che non solo rappresenta un baluardo a tutela della libertà dei cittadini, ma a tutela della dignità della persona umana; i tempi sono ormai maturi per individuare la colpevolezza «*como un Derecho Fundamental en la Unión Europea anclado en la idea de la dignidad humana y el modelo de Estado democrático de Derecho*»³⁰.

Anche nel settore amministrativo punitivo – come emerge dall'ormai risalente studio di un gruppo di studiosi europei (tra i quali il prof. Giovanni Grasso), dedicato all'analisi dei sistemi sanzionatori amministrativi dei paesi membri delle Comunità³¹ – esso tende ad affermarsi per garantire la stessa finalità preventiva della minaccia della sanzione; la mera responsabilità oggettiva potrebbe indurre alla deresponsabilizzazione degli operatori che avvertirebbero la sanzione come una sorta di fatalità imprevedibile e inevitabile, da ammortizzare attraverso un aumento dei prezzi dei prodotti o dei servizi.

²⁹ Cfr. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa*, cit., 662.

³⁰ cfr. DEMETRIO CRESPO, *El principio de culpabilidad: ¿un derecho fundamental en la Unión Europea?* in *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, a cura di Díez-Picazo-Nieto Martín, Civitas, 2010, 384; PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1625, evidenzia che «il diritto di protezione, che costituisce la sostanza del principio di colpevolezza, ha acquisito lo statuto di diritto umano».

³¹ *Étude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les États membres des Communautés Européennes*, vol. I, *Rapports nationaux*; ID., *Rapport de synthèse sur les systèmes de sanctions administratives des États membres des Communautés européennes*, ivi, vol. II. La ricerca è stata finanziata dalla Direzione Generale per il controllo finanziario della Commissione delle Comunità europee; nel proseguimento si farà riferimento a tale gruppo con l'espressione "gruppo di studiosi europei".

Tale disattenzione nei confronti di un così fondamentale principio è conforme, del resto, ad un atteggiamento di limitata sensibilità – soprattutto nel passato – rivelato in materia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia, anche in relazione al settore penale.

3. *La più risalente giurisprudenza della Corte EDU sul principio di colpevolezza.* La Corte europea dei diritti dell'uomo, in passato, si limitava a sancire, innanzitutto, il divieto di responsabilità per fatto altrui.

In due ricorsi contro la Svizzera che riguardavano l'ammissibilità di una sanzione penale a carico degli eredi nell'ipotesi di evasione fiscale del *de cuius*, la Corte ha dichiarato che l'applicazione dell'ammenda a carico degli eredi costituisce una forma di responsabilità per fatto altrui in contrasto con l'art. 6 § 2 della Convenzione³² che sancisce la presunzione d'innocenza, ma non riconosce il principio di colpevolezza come principio della responsabilità personale colpevole e quale diritto fondamentale; anzi, la Corte ammette la legittimità di talune ipotesi di responsabilità oggettiva, ritenendole non in contrasto con il principio di colpevolezza e in particolare con la presunzione d'innocenza, che è la garanzia processuale del principio di colpevolezza³³ (l'art. 6 par. 2 Conv. esige, tra l'altro, che «[...] i componenti di un tribunale non partano dall'idea

³² Corte E.D.U., 29 agosto 1997, *E.L. e altri c. Svizzera*, in *Recueil de Arrêts et Décisions*, V n. 45, 1520 ss.; *A.P. e altri c. Svizzera*, *ivi*, V, n. 45, 1488 ss. *Contra* la Commissione non rilevava una violazione della presunzione d'innocenza ex art. 6, comma 2, cfr. rapporto, 18 aprile 1996, *A.P. e altri*, *ivi* 1497; Commissione, 10 aprile 1996, *E.L. e altri*, *ivi*, 1528 s.; cfr. TRECHSEL, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il sistema penale*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1997, 2, 234; TULLY, *Poena sine Culpa? Strict-Liability-Sanktionen und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Frankfurt/M.-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, 2000, 103 ss.

³³ Cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 1987, 84, il quale definisce il principio *in dubio pro reo* come il “rovescio” del principio di colpevolezza; PORZIO, *Norme penali incostituzionali e sentenze interpretative della Corte Costituzionale*, in *Arch. pen.*, 1966, 1, 321 ss.; ID., *La illegittimità costituzionale delle “praesumptiones iuris et de iure” di responsabilità penale*, in *Giust. pen.*, 1957, 1, 332, il quale tenta una lettura sistematica del primo e del secondo comma dell'art. 27 Cost., che sanciscono rispettivamente il principio di colpevolezza e la presunzione d'innocenza; MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95*, II parte - *I principi*, cit., 929 ss.; ID., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 784 ss.; Corte cost. 8 luglio 1957, n. 107, in *Giur. cost.* 1957, 1009, ha negato che la presunzione d'innocenza ha «nulla a che vedere col preteso divieto di responsabilità oggettiva nel rapporto penale sostanziale». Cfr. ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella C.E.D.U.: Profili sostanziali*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes-Zagrebel-sky, Milano, 383 ss.

preconcepita che il prevenuto abbia commesso l'atto incriminato; l'onere della prova pesa sull'accusa e il dubbio va a beneficio dell'accusato»³⁴).

Quest'orientamento della Corte è emerso nel ben noto caso *Salabiaku* in relazione all'art. 392 del *Code de douanes* francese³⁵; in questo caso si presume che un reato è stato commesso in base al mero fatto di possedere dei beni proibiti durante il loro passaggio attraverso la dogana, senza la necessità di provare l'intento fraudolento o la negligenza da parte della persona in possesso dei beni.

³⁴ Così Corte E.D.U., *Barberà, Messegué et Jabardo*, Série A, vol. 146, § 33, in cui si riconosce, quindi, implicitamente la necessità di un processo di stampo accusatorio, fondato sul contraddittorio e sulla parità tra accusa e difesa, un processo in cui incombe all'accusa «indicare all'interessato di quali prove si servirà contro di lui - allo scopo di dargli modo di preparare e presentare al riguardo la propria difesa - e portare prove sufficienti a fondare una dichiarazione di colpevolezza»; cfr. 10 febbraio 1995, *Alenet de Ribemont v. France*, *ivi*, vol. 308, 16, § 35 e 21 marzo 2000, *Asan Rushiti v. Austria*, n. 28389/95, in *ECHR* 106, sulla *ratio* della presunzione d'innocenza volta a proteggere l'accusato contro ogni decisione giudiziaria o altra dichiarazione da parte di agenti dello Stato che corrispondano ad una dichiarazione di colpevolezza, prima che una persona sia stata giudicata e riconosciuta colpevole di un reato (si ritiene sufficiente anche una motivazione, nell'ambito di un'assoluzione, che lasci pensare che il giudice consideri l'interessato colpevole); conformi per tutte Corte E.D.U. 10 ottobre 2002, *Daktaras c. Lituania*, 42095/98, § 41, in CEDH 2000-X; 28 novembre 2002, *X c. Italia*; 28 aprile 2005, *A.L. v. Germany*, 72758/01, *ivi*, 264, § 31; 17 ottobre 2002, *Vostic v. Austria*, 38549/97, *ivi*, 682, § 19 ss.; 7 marzo 2006, *Yassar Hussain v. The United Kingdom*, 8866/04, *ivi*, 206, § 19; 19 dicembre 2006, *Matijašević v. Serbia*, n. 23037/04, § 45; 12 febbraio 2007, *Panteleyenko v. Ukraine*, n. 11901/02, § 63 ss.; in dottrina STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992, 137 ss.; DE SALVIA, *L'elaboration d'un "ius commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: l'oeuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des Droits de l'Homme*, in *Protecting Human Rights: The European Dimension - Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, a cura di Matscher-Petzold, Köln-Berlin-Bonn-München, 1990, 560, sull'art. 6 come principio dell'eguaglianza delle *chances* in un processo penale.

³⁵ Corte E.D.U., *Salabiaku v. France*, in Série A, vol. 141, 10, 15-17 e in *European Human Rights Reports* 13, 387, 379; 25 settembre 1992, *Pham Hoang v. France*, Série A, vol. 243, 21 - 22 e *ivi* 16, 53. Nel caso *Salabiaku* inoltre è stato oggetto di giudizio l'art. 369, l'art. 373, l'art. 392 e l'art. 399 del *Customs Code de douanes* francese. Il primo stabilisce che «la Corte non può assolvere trasgressori per mancanza d'intenzione»; il secondo che in ogni procedimento concernente il sequestro di beni, il carico della prova che nessun reato è stato commesso, spetta alla persona alla quale i beni sono stati sequestrati; il terzo deduce dal possesso di beni contrabbandati la responsabilità per evasione doganale; il quarto estende le stesse pene previste per l'autore del reato, a chiunque avente interesse ha preso parte in qualunque modo in un reato di contrabbando o di importazione o esportazione non dichiarata. Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 804 ss.; NICOSIA, *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 83; HARRIS-O'BOYLE-WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, 463; critico nei confronti della sentenza *Salabiaku* JEANDIDIER, *La présomption d'innocence ou les poids des mots*, in *Revue de sciences crim. et de droit pen. comp.*, 1991, 51-52; RIONDATO, *Un negativo "giro di vite" in tema di responsabilità "personale"*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1557.

La Corte riconosce, innanzitutto, che la presunzione d'innocenza, contemplata dall'art. 6, c. 2, non si applica solo in sede processuale, ma attiene anche al diritto materiale, perché altrimenti «il legislatore potrebbe a sua discrezione privare il giudice di merito di un reale potere di valutazione e svuotare la presunzione d'innocenza della sua sostanza, se le parole (colpevolezza) "legalmente accertata" implicassero un rinvio incondizionato al diritto interno»; precisa che «l'art. 6 par. 2 ..non si disinteressa delle presunzioni di fatto o di diritto che si incontrano nelle leggi repressive. Esso impone agli Stati di contenerle entro limiti ragionevoli, prendendo in considerazione i valori in gioco e preservando i diritti della difesa»³⁶.

La Corte ritiene in concreto che la norma in esame non viola il principio di colpevolezza e la presunzione d'innocenza, perché si tratta di una “presunzione confutabile sul fatto e sulla responsabilità”, la cui applicazione è “strettamente limitata ai casi di legge” e giustificata “dalla vera natura della materia”, oggetto della legge in questione. I diritti della difesa sarebbero garantiti, in quanto in base all'interpretazione consolidata della giurisprudenza francese, si consente all'imputato di dimostrare di aver agito per forza maggiore e così di ottenere l'assoluzione, o di ottenere l'applicazione di circostanze attenuanti; e al terzo, proprietario del bene, di aver agito per necessità o in base ad un errore inevitabile. E, in generale, la Corte riconosce in principio il diritto degli Stati di punire, sotto certe condizioni, un mero fatto materiale o oggettivo senza la necessità di richiedere l'intenzione delittuosa o la negligenza³⁷.

³⁶ Conformi 23 luglio 2002, *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden*, n.º. 36985/97, § 113; Commission eur., 15 aprile 1991, *Marandino*, no. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)* 70, 78; Corte E.D.U., *Raimondo v. Italy*, 22 febbraio 1994, Série A vol. 281, 7; 15 giugno 1999, *Prisco c.p. Italia*, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*, n. 55927/00; 20 giugno 2002, *Andersson c. Italia*, n. 55504/00; 5 luglio 2001, *Arcuri e tre altri c. Italia*, n.º. 52024/99; 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*, n.º. 52439/99, Série A, 5 s.; *Bocellari e Rizza c. Italia*, n.º. 399/02, *ivi* 8; *Phillips c.p. Royaume-Uni*, 12 dicembre 2001, n.º 41087/98, § 32 - 34; *Van Offieren c. the Netherlands*, Caso n. 19581/04, 5 luglio 2005; 19 ottobre 2004, Application n.º. 66273/01, *Joost Falk against the Netherlands*, *ivi*, 6 ss. Cfr. STARACE, *op. cit.*, 139; SICURELLA, *Nulla poena sine culpa: un véritable principe commun européen?*, in *Revue de sciences crim. et de droit pen. comp.*, 2002, 20-21.

³⁷ Corte E.D.U., *Salabiaku v. France*, *cit.*, 15 e 387; conformi 23 luglio 2002, *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden*, n.º. 36985/97, § 113; Corte E.D.U., sent. 19 novembre 2004, *Falk c. Paesi Bassi*, n. 66273/01, nonché Corte E.D.U., Sez. I., sent. 23 giugno 2002, *Jamosevic c. Svezia*, n. 34619/97, e Corte E.D.U., Sez. I., sent. 23 giugno 2002, *Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic c. Svezia*, n. 36985/97; cfr. Corte E.D.U., sent. 30 marzo 2004, *Radio France c. Francia*, n. 53984/00; 19 ottobre 2004, Application n.º.

Premesso che la Corte non valuta astratte previsioni normative ma la loro concreta applicazione, al fine di verificare la sussistenza di lesioni a diritti convenzionalmente garantiti, in questa pronuncia si valorizza, in ogni caso, l'avvenuto accertamento nel caso concreto da parte dei giudici nazionali dell'elemento "intenzionale", nonché l'ammissibilità della prova liberatoria della forza maggiore («aspetto, questo che già esprime un seppur minimale momento di soggettivizzazione dell'illecito»); in tal modo la presunzione d'innocenza sarebbe stata salvaguardata: «La restrizione delle garanzie nell'accertamento processuale (con la deduzione dalla condizione di detentore della responsabilità per contrabbando) viene, insomma, a essere "compensata" con l'ampliamento dei presupposti della responsabilità sul piano sostanziale. Ma ciò non toglie che si tratti di una sorta di compensazione impropria basata su una sorta di equipollenza funzionale di due nozioni ben distinte di colpevolezza: quella, sostanziale, di rimproverabilità e riferibilità psicologica per la violazione della norma incriminatrice e quella, processuale, di raggiunto accertamento della responsabilità per il fatto contestato, nelle forme previste dalla legge»³⁸.

In altre occasioni, la Commissione europea per i diritti dell'uomo ha precisato che bisogna distinguere tra inammissibili presunzioni di colpevolezza, e ammissibili presunzioni di prova, che consentano di dedurre la colpevolezza dalla prova di determinate fattispecie; tali presunzioni di prova devono essere, però, confutabili e ragionevoli (ad es. prognosi di pericolosità)³⁹. In una pluralità di pronunce la Corte, infatti, pur riconoscendo che la presunzione d'innocenza, contemplata dall'art. 6, c. 2, non si applica solo in sede processuale, ma attiene anche al diritto materiale, ribadisce che siano ammissibili presunzioni di fatto o di diritto, che si incontrano nelle leggi repressive, purché «siano contenute entro limiti ragionevoli, prendendo in considerazione i valori in gioco e

66273/01, *Joost Falk against the Netherlands*, *ivi* 6 ss.; cfr. ASHWORTH, *Article 6 and the Fairness of Trials*, in *Crim. Law Review*, 1999, 266-267.

³⁸ COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza nel dialogo tra le Corti*, in *Ind. pen.*, 2017, 358.

³⁹ EKMR Collection of Decisions 42, 135; cfr. VOGLER, *Besondere Garantien für das Strafverfahren*, in *Internationaler Kommentar für Europäischen Menschenrechtskonvention*, München, 1986, 153. Cfr. MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento*, cit., 808.

preservando i diritti della difesa»⁴⁰, richiedendo un bilanciamento tra la gravità del reato e i diritti della difesa⁴¹: si deve trattare di presunzioni confutabili. Si fa confluire nel principio di proporzionalità la valutazione del rispetto del principio di colpevolezza e della presunzione d'innocenza, nel senso di richiedere un bilanciamento tra gli interessi in gioco perseguiti e il diritto alla difesa per garantire il carattere proporzionato del sacrificio della presunzione d'innocenza; bilanciamento affidato alla discrezionalità degli Stati e i cui termini sono sempre piuttosto generici ed elastici⁴².

In particolare nel caso *Klouvi c. Francia*⁴³, la Corte Edu ha dichiarato in contrasto con il giusto processo e la presunzione d'innocenza la norma incriminatrice. “*la false accusation*” di cui all’art. 226-10 c.p. francese, che poneva automaticamente la responsabilità del delitto in questione in capo ai denunciati le cui accuse fossero risultate infondate nel relativo processo penale. Questa fattispecie, nel caso del non accoglimento della denuncia, non consente di dare rilievo alla prova della eventuale “*bonne foi*” degli accusatori, neanche in caso di assoluzione per insufficienza di prove. Nel caso concreto la ricorrente aveva mosso l'accusa di violenza sessuale; nelle more del giudizio era intervenuta una riforma (l. 07 luglio 2010) che sostituiva nel testo dell’art. 226-10 quale presupposto della presunzione di calunniosità, la formula «*déclarant que la réalité du fait n'est pas établie*» con una più esigente assoluzione per insussistenza del fatto («*déclarant que le fait n'a pas été commis*»). La Corte EDU, in effetti, ha

⁴⁰ Cfr. STARACE, *op. cit.*, 139; SICURELLA, *Nulla poena sine culpa*, cit., 20-21; C.E.D.U., *Janosevic v. Svezia*, 23 luglio 2002, § 101; CATERINI, *The presumption of innocence in Europe: developments in substantive Criminal law*, in *Beijing Law Review*, 2017, 100 ss.; cfr. sentenze della Corte EDU citate in n. 61.

⁴¹ JACKSON-SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge, 2012, <https://doi.org/10.1017/CBO9781139093606>, 217 ss. e 225 ss.; STUMER, *The Presumption of Innocence. Evidential and Human Rights Perspectives*, Oxford, 2010, 98 ss.; JAYAWICKRAMA, *The Judicial Application of Human Rights Law. National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge, 2002, 536; PLOWDEN-KERRIGAN, *Advocacy and Human Rights. Using the Convention in Courts and Tribunals*, London, 2002, 298; VOGEL, *Vorbemerkungen zu den §§ 15 ff.*, in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, in Weigend-Dannecker-Werle et al., Berlin, 2007, 987; ESSER, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, Berlin, 2002, 742 ss.; CUYKENS-HOLZAPFEL-KENNES, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, 2015, 53 ss.

⁴² REPIK, *Réflexions sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la présomption d'innocence*, in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles-Paris, 1995, 331 ss.

⁴³ Corte E.D.U., 30 giugno 2011, *Klouvi c. Francia*, n. 30754/03.

motivato la condanna facendo proprie le ragioni della riforma mirante a rinforzare la protezione delle vittime e la prevenzione e repressione delle violenze sulle donne; sicché «la decisione in bonam partem si configura come esito di un bilanciamento tra diverse esigenze di tutela penale, in altre parole, proteggendo il ricorrente non tanto in quanto possibile reo, ma in quanto possibile vittima di violenza; schema questo cui sembra in effetti ben attagliarsi la critica di vittimocentrismo mossa alla Corte EDU»⁴⁴

Un altro caso emblematico in cui la Corte EDU ribadisce, con i medesimi argomenti, la compatibilità con l'art. 6 § 2 C.E.D.U. di presunzioni di fatto o di diritto in relazione a specifici elementi del fatto di reato è G. c. Regno Unito⁴⁵, in cui la Corte dichiara compatibile con le disposizioni della C.E.D.U. la norma inglese che attribuisce completa irrilevanza giuridica all'erronea percezione dell'età della persona offesa nei reati di violenza sessuale⁴⁶. La Corte ribadisce che purché le presunzioni e, conseguentemente, le ipotesi di responsabilità oggettiva si mantengano entro ragionevoli limiti che tengano conto degli interessi tutelati e del rispetto del diritto di difesa dell'imputato, non è compito della Corte definire gli elementi costitutivi dei reati né i contenuti del diritto penale interno dei singoli Stati: «in principio, gli Stati contraenti rimangono liberi di applicare la legge penale in relazione a ogni condotta che non avviene nel normale esercizio di uno dei diritti protetti dalla Convenzione, e, conformemente, di definire gli elementi costitutivi del reato. Non è compito della Corte sotto l'art. 6, par. 1 o 2, dettare i contenuti del diritto penale domestico, incluso se uno stato mentale colpevole (*blameworthy*) debba o no essere uno degli elementi del reato o se al riguardo debba esserci una qualche particolare giustificazione (*defence*) a disposizione dell'accusato»⁴⁷. La conoscenza dell'età della

⁴⁴ COTTU, *op. cit.*, 362, nota 18; cfr. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 33 ss.

⁴⁵ Corte E.D.U., sez. IV, 30 agosto 2011, G. c. Regno Unito, ric. n. 37334/08.

⁴⁶ G., cittadino inglese di quindici anni, consumava un rapporto sessuale con una ragazza dodicenne e consenziente che, durante precedenti incontri, aveva sostenuto di essere sua coetanea. La sez. 5 del *Sexual Offences Act* del 2003, al fine di predisporre una tutela rafforzata dei bambini minori di 13 anni, ritiene sussistente il reato di stupro in presenza di un rapporto sessuale vaginale, anale o orale, indipendentemente dal consenso del minore o dall'errore dell'agente sull'età della persona offesa. G. veniva condannato dai giudici nazionali per stupro di un minore di anni 13 in tutti i gradi di giudizio.

⁴⁷ Cfr. COTTU, *op. cit.*, 372.

persona offesa e la volontà di quest'ultima di partecipare all'attività sessuale non sono elementi del fatto di reato di stupro secondo la sezione 5 del *Sexual Offences Act*; ciò al fine di garantire la protezione dei bambini dagli abusi e dallo sfruttamento sessuale, nonché dalla prematura attività sessuale – ancorché consenziente. Tale scelta, ad avviso dei giudici di Strasburgo, non supera i limiti di ragionevolezza sopra indicati.

La Corte EDU, venendo meno al suo ruolo di baluardo a difesa dei diritti fondamentali, probabilmente per mere ragioni di opportunismo politico non coglie l'occasione per affermare la tutela del principio di colpevolezza, apertamente approvando la soluzione normativa della necessaria irrilevanza dell'*error aetatis* e continua a rimettere la possibilità di prevedere forme di responsabilità oggettiva all'assoluta discrezionalità del legislatore nazionale; come correttamente evidenziato, tale caso assume un particolare rilievo in considerazione della gravità del reato in questione e della severità della relativa sanzione, trattandosi di un reato fortemente stigmatizzante e punibile addirittura con l'ergastolo, mentre in passato la responsabilità oggettiva era stata consentita con riferimento a illeciti di minor disvalore. «Il *nulla poena sine culpa*, insomma, non è ritenuto far parte di quelle garanzie che circondano lo *hard core of criminal law*, quel “nucleo duro” del diritto penale individuato dalla Corte EDU negli illeciti tradizionalmente e indubitabilmente penali e rispetto ai quali la protezione accordata dalla Convenzione all'accusato è più intensa»⁴⁸, o meglio dovrebbe essere più intensa.

Si deve ricordare, infine, che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che la presunzione d'innocenza, e la conseguente garanzia per il principio di colpevolezza, deve essere applicata anche all'illecito amministrativo “generale”, proprio in base alla sua concezione autonoma di “materia penale”⁴⁹; tanto è

⁴⁸ COTTU, *op. cit.*, 374.

⁴⁹ Corte E.D.U., 21 febbraio 1984, *Oztürk*, *cit.*, 894; 25 agosto 1987, *Lutz, Englert e Nölkenbockhoff v. Germany*, Série A, vol. 123, 22; 25 agosto 1993, *Sekanina*, *ivi* 1993, Série A, vol. 266, 13 ss.; CGCE 18 ottobre 1989, *Orkem*, C-347/87, in *Racc.*, 3551; in generale riconosce la presunzione d'innocenza come principio fondamentale Corte E.D.U., 25 marzo 1983, *Minelli*, Série A, vol. 62, 17, § 34 - 35; cfr. TEITGEN-COLLY, *Garantien du procès équitable et répression administrative*, in *Quelle Politique Penale pour l'Europe?*, a cura di Delmas-Marty, Paris, 1993, 306; HETZER, *Fight against Fraud and Protection of Fundamental Rights in the European Union*, in *EJCrimeCLC*, 2006, 23 ss.; sull'esigenza di garantire la

vero che, di fronte alle resistenze della Corte Costituzionale nell'estendere la garanzia costituzionale del principio di colpevolezza all'illecito amministrativo punitivo, la dottrina ritiene che il rispetto del principio per cui il cittadino debba potere prevedere le conseguenze delle proprie azioni anche nell'ambito della responsabilità per gli illeciti amministrativi punitivi «- a prescindere dalla possibilità di chiamare in gioco l'art. 27 Cost. come parametro dimostrativo - dovrà quantomeno ricevere copertura costituzionale in seno agli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma»⁵⁰. Con riguardo all'illecito amministrativo punitivo la dottrina osserva, però, che la presunzione di legalità, che in molti ordinamenti vige a favore degli atti amministrativi, è svantaggiosa per il destinatario di una sanzione amministrativa; per non parlare poi delle prerogative di cui dispone ai fini della prova la pubblica amministrazione, che è lo stesso organo che redige il processo verbale dell'infrazione, al punto da poter affermare che talora si finisce per dar luogo all'inversione dell'onere della prova a carico dell'interessato⁵¹. L'autorità amministrativa repressiva, inoltre, in sé non adempie l'esigenza di indipendenza e imparzialità del giudice richieste dall'art. 6; la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, però, ritenuto che tale esigenza è soddisfatta dall'intervento successivo, a posteriori di un tribunale indipendente e imparziale⁵², che abbia “*une plénitude de juridiction*”⁵³. Si richiede, inoltre, che il ricorso sia “effettivo”, nel senso che il giudice sia dotato di reali poteri di

presunzione d'innocenza in relazione alle sanzioni comunitarie cfr. STOFFERS, *op. cit.*, 209; sui limiti del riconoscimento di tale principio nell'ordinamento inglese, cfr. ASHWORTH, *Landesbericht England*, in “*Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht*”, Oxford, 2009, 467.

⁵⁰ Cfr. sull'inapplicabilità del principio di colpevolezza ex art. 27 Cost. all'illecito amministrativo cfr. Corte cost., 28 novembre 2013, n. 281; Corte cost., 1 luglio 2013, n. 169; Corte cost., 30 aprile 2008, n. 125; Corte cost., 14 dicembre 2007, n. 434; Corte cost., 5 luglio 2002, n. 319; Corte cost., 9 febbraio 2001, n. 33; Corte cost., 21 aprile 1994, n. 159; Corte cost., 25 ottobre 1989, n. 487; Corte cost., 10 dicembre 1987, n. 502; Corte cost., 19 novembre 1987, n. 420; Corte cost., 9 giugno 1961, n. 29; contra si potrebbe interpretare Corte cost., 24 gennaio 2005, n. 27, che ha accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 126 *bis*, comma 2, C.d.S., per contrasto con l'art. 3 Cost., ritenendo ivi assorbito il profilo relativo al «denunciato contrasto tra la norma censurata e il principio costituzionale fissato dall'art. 27 della Costituzione». Cfr. TIGANO, *Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 44-46.

⁵¹ Cfr. TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, 306.

⁵² *Ibid.*, 302; Corte E.D.U., 21 febbraio 1984, *Oztürk*, *cit.*, 894.

⁵³ Corte E.D.U., 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven De Meyere c/Belgique*, Série A, vol. 43, 4; conforme 29 aprile 1988, *Belilos c/Suisse*, *ivi*, vol. 132, 7.

controllo, in maniera da poter verificare la sussistenza e la validità dei motivi invocati dall'amministrazione – il che presuppone la comunicazione di tali motivi all'interessato, nel rispetto dei diritti della difesa –, e in maniera da poter controllare la proporzionalità della misura o sanzione inflitta⁵⁴.

4. *Il riconoscimento del principio di colpevolezza nella sentenza della Corte EDU Sud Fondi e in successive pronunce.* L'orientamento compromissorio in materia di colpevolezza della Corte europea, sino ad ora esaminato, è stato radicalmente modificato nella sentenza 20 gennaio 2009, Sud Fondi C. Italia⁵⁵, in cui la Corte riconosce il carattere di diritto fondamentale del principio di colpevolezza in materia penale, fondandolo, però, non sull'art. 6 che sancisce espressamente la presunzione d'innocenza che dovrebbe costituire l'aspetto processuale del principio di colpevolezza – come già evidenziato –, ma piuttosto sul principio di legalità *ex art. 7 C.E.D.U.*⁵⁶

La Corte europea, riprendendo un ragionamento svolto dalla storica sentenza della Corte Costituzionale italiana, la n. 364/88, sottolinea che il rispetto del principio di legalità e di irretroattività⁵⁷, che comporta la prevedibilità dell'intervento penale e quindi l'accessibilità e la conoscibilità del precetto e della sanzione penale, richiede necessariamente il rispetto del principio di colpevolezza, perché non si potrebbe garantire la prevedibilità rispetto a comportamenti realizzati senza colpevolezza e che, quindi, non rientravano nella sfera di controllo dell'agente. La Corte Costituzionale italiana ha sancito che il principio di colpevolezza è l'altra faccia della medaglia del principio di legalità, entrambi garantiscono la libertà del cittadino, la libertà di orientare la propria condotta conoscendo prima la reazione statale e il confine tra lecito e illecito⁵⁸: «per

⁵⁴ Cfr. TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, 305.

⁵⁵ Corte E.D.U., Sez. II, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, n. 75909/01, in *Cass. Pen.*, 7-8, 3185.

⁵⁶ Vd., sul punto, GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., 2320-2326.

⁵⁷ Su questo principio da ultimo Corte E.D.U., Sez. III, 12 luglio 2022, *Kotlyar c. Russia*, n. 38825/16, in cui la Corte EDU ha condannato la Russia per violazione dell'art. 7 C.E.D.U. in quanto le autorità russe sono venute meno all'obbligo di non punire condotte penali commesse prima dell'entrata in vigore della norma incriminatrice; cfr. Corte EDU, 17 maggio 2010 (GC), *Kononov c. Latvia*, ric. n. 36376/04, § 185; Corte EDU, 24 gennaio 2012, *Mihai Toma c. Romania*, ric. n. 1051/06, § 26.

⁵⁸ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 414 ss.

precisare ancor meglio l'indispensabilità della colpevolezza quale attuazione, nel sistema ordinario, delle direttive contenute nel sistema costituzionale, vale ricordare non solo che tal sistema pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata) ma anche che lo stesso sistema, allo scopo d'attuare compiutamente la funzione di garanzia assoluta dal principio di legalità, ritiene indispensabile fondare la responsabilità penale su "congrui" elementi subiettivi. La strutturale "ambiguità" della tecnica penalistica conduce il diritto penale ad essere insieme titolo idoneo d'intervento contro la criminalità e garanzia dei c.d. destinatari della legge penale. Nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento. Il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella "non colpevole" e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto. A nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto». Successivamente la Corte Costituzionale ha precisato che «l'irretroattività della norma penale sfavorevole rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale: esigenza con la quale contrasta un successivo mutamento peggiorativo "a sorpresa" del trattamento penale della fattispecie»⁵⁹.

⁵⁹ Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230; in tale direzione Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, § 6.1., secondo

Nella medesima direzione, la Corte europea precisa che l'elemento soggettivo, il legame morale tra l'elemento materiale dell'illecito e la persona che è considerata autore, non è espressamente menzionato dall'art. 7 C.E.D.U., ma la logica della pena e della punizione impongono un'interpretazione della nozione di *colpevole* dell'art. 7 (« *guilty* » (*dans la version anglaise*) et la *notion correspondante de « personne coupable »* (*dans la version française*), che esige, per punire, un legame di natura intellettuale permettendo di individuare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale dell'infrazione. Diversamente la pena non sarebbe più giustificata in quanto sarebbe incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, d'altra parte, considerare una persona colpevole e punirla quando non era in condizioni di conoscere la legge penale, in considerazione di un errore invincibile che non può essere imputato a colui che ne è stato vittima⁶⁰.

La richiesta espressa, allora, di un legame di natura intellettuale che comporta la responsabilità nel rispetto della logica della pena e della punizione e, quindi, - se dovessimo citare anche la sentenza n. 364/88 -, funzionale al perseguimento della funzione rieducativa della pena per cui ha senso rieducare ai valori offesi solo chi ha espresso - in quanto colpevole - disprezzo o indifferenza

cui la *ratio* immediata dell'art. 25, comma 2, Cost., è «quella di tutelare la libertà di autodeterminazione individuale, garantendo al singolo di non essere sorpreso dall'inflizione di una sanzione penale per lui non prevedibile al momento della commissione del fatto»; Corte cost., n. 223/2018, cit., § 6.1. Cfr. GRASSO, *Politiche penali*, cit., 60.

⁶⁰ In materia cfr. ABBADESSA-GAMBARDELLA-MANES-VIGANÒ, *Il "Controcanto" della corte europea dei diritti dell'uomo: l'uropeizzazione delle garanzie in materia penale*, in *Ius 17*, 2010, 87, i quali evidenziano che con questa sentenza la Corte europea, «chiudendo il filone convenzionale della vicenda degli ecomostri di Punta Perotti, ha applicato la propria peculiare nozione qualitativa di legalità penale - che impone l'accessibilità e la prevedibilità del precetto e della pena - e considerato contraria all'art. 7 della Convenzione l'inflizione della "confisca urbanistica", da ritenersi vera e propria pena, seguita all'integrazione meramente oggettiva della fattispecie di lottizzazione abusiva (artt. 30 e 44, D.P.R. n. 380 del 2001), che nella vicenda di specie si era atteggiata a precetto inevitabilmente ignorato, con la conseguente attivazione dell'art. 5 c.p. I giudici di Strasburgo, peraltro, valutando l'inflizione della confisca, nella vicenda di specie, alla luce dell'art. 1 del I Protocollo aggiuntivo alla Convenzione, che tutela il diritto di proprietà, hanno affermato che l'estensione della confisca a tutto il terreno del ricorrente - nonostante che soltanto il 15% fosse stato interessato dai lavori edilizi - nell'assenza di ogni indennizzo, non si giustifica in rapporto allo scopo perseguito dalla misura sanzionatoria, cioè quello di mettere i lotti in regola con la legislazione urbanistica. La Corte ha quindi concluso che sarebbe stato ampiamente sufficiente demolire i complessi immobiliari irregolari e dichiarare senza effetto il progetto di lottizzazione»; MAZZACUVA, *Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e Giustizia penale*, a cura di Ubertis-Viganò, Torino, 2016, 247 ss.

rispetto a questi valori, nonché la richiesta della conoscibilità del precetto escluso dall'errore scusabile perché invincibile, non sembra compatibile con certe letture riduzionistiche della sentenza Sud Fondi nel senso di una «tendenziale sovrapposibilità della terminologia impiegata in sentenza con quella normativa interna della c.d. *suitas* della condotta»⁶¹. Si ritiene, piuttosto, che pur trattandosi di una mera sentenza che cerca in chiave garantistica di impedire l'applicazione di una forma di confisca avente natura punitiva - come quella urbanistica - a terzi innocenti (in presenza di un errore invincibile e, quindi, scusabile), valorizza, partendo dalla valutazione di una vicenda concreta, la connessione inscindibile tra legalità e colpevolezza per garantire la libertà del cittadino, in virtù del termine colpevole utilizzato nell'art. 7; non si tratterà di «una canonizzazione a tutto campo del principio di colpevolezza», ma sicuramente di un suo primo importante e fondamentale riconoscimento - fermo restando che la Corte EDU valuta casi concreti - e certamente ben più che un mero arricchimento del principio di legalità di cui si è parlato in dottrina in virtù del corollario per cui «la riconoscibilità del significato della norma (il contenuto essenziale del principio di legalità come interpretato dalla Corte EDU) deve sussistere per il soggetto cui la norma stessa pretenda applicazione» (significato al quale saranno maggiormente riconducibili sentenze come Contrada o De Tommaso in cui si ribadisce l'esigenza di garantire la prevedibilità dell'intervento punitivo con una corretta qualità della legge)⁶².

Come diversamente evidenziato la decisione in esame rappresenta «un passo avanti importante e potenzialmente molto prolifico»⁶³, «si tratta, a ben vedere, di un vero e proprio salto di qualità nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che in passato aveva riconosciuto, in linea di principio, la piena libertà

⁶¹ Così COTTU, *op. cit.*, 378; cfr. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 89-90, nota criticamente, con riferimento alla sentenza Sud Fondi (su cui v. immediatamente *infra*, par. 5) come «non a caso» la Corte EDU apra «a parvenze di principio di colpevolezza» rispetto a «illeciti artificiali (*non-heimous* come quelli contro l'assetto urbanistico) o comunque senza vittima», in conformità al suo indirizzo vittimocentrico e securitario e non reocentrico.

⁶² PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1231 ss.; COTTU, *op. cit.*, 380.

⁶³ SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, a cura di Paliero-Viganò, Milano, 2013, 247; parla di sentenza storica MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 219.

degli Stati di sanzionare penalmente un determinato fatto senza imporre necessariamente all'accusa l'onere di provare atteggiamenti dolosi o colposi»⁶⁴. Come minimo tale pronuncia comporta delle importanti ricadute a livello nazionale, in quanto «gli effetti di propagazione di quanto affermato in sede europea filtreranno nei tessuti ordinamentali interni, dove promettono - o minacciano - di trasformarsi in nuovi interrogativi al cospetto dei singoli tribunali domestici»; basti pensare come la pronuncia Sud Fondi abbia imposto che una determinata tipologia di confisca intrinsecamente punitiva (come quella urbanistica dell'ordinamento italiano) non possa prescindere, come ogni sanzione rientrante nella nozione convenzionale di "materia penale", dall'accertamento della responsabilità personale colpevole, non consentendone l'applicazione in base al mero accertamento della "materialità dell'illecito" o dell'antigiuridicità del fatto⁶⁵.

In tale sentenza, inoltre, in linea con un risalente orientamento in relazione al principio di legalità che sarà successivamente esaminato, la Corte EDU ha valorizzato i tre profili che rafforzano la "portata garantistica della "nozione convenzionale di legalità"": precisamente, l'estensione della sua sfera di operatività al di là degli illeciti e delle sanzioni qualificati come "penali" in base al diritto interno, la sua applicazione al diritto giurisprudenziale, l'esaltazione dei suoi aspetti qualitativi e sostanziali"⁶⁶.

Sembra, invece, assolutamente deludente ed emblematico della mancanza di coerenza che talora caratterizza la giurisprudenza di Strasburgo il fatto che l'importante riconoscimento del principio di colpevolezza della decisione Sud

⁶⁴ Così BALSAMO, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti - nota a C. eur. dir. uomo, Sez. II, 20 gennaio 2009, n. 75909/01, Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2009, 7-8, 3185.

⁶⁵ Così MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 142; cfr. ID., *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, 101 ss.; MAIELLO, *Confisca, C.E.D.U. e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed ancora aperte*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 3-4, 43 ss. Cfr. in materia la sentenza n. 49/2015 della Corte Costituzionale.

⁶⁶ MANES, *Il giudice*, cit., 142; BERNARDI, *Commento sub Art. 7 ("Nessuna pena senza legge")*, in *Commentario della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, diretto da Bartole-Conforti-Raimondi, Padova, 2001, 252 ss.

Fondi sia stato, poi, ridimensionato dalla successiva sentenza *Varvara*⁶⁷. Quest'ultima in prima battuta afferma il divieto di responsabilità per fatto altrui fondandolo proprio sul principio di legalità (§ 63), sancendo che «Un'altra conseguenza di fondamentale importanza deriva dal principio di legalità nel diritto penale: il divieto di una persona se il reato è stato commesso da un'altra», richiamando sia la sentenza A.P., M.P. e T.P. c. *Svizzera*⁶⁸, – relativa al caso in cui alcuni eredi erano stati puniti per reati commessi dal defunto –, sia il caso *Lagardère la c. Frandi*; in entrambi i casi la Corte ribadisce, sulla base della presunzione d'innocenza (art. 6, c. 2 C.E.D.U.) che «la responsabilità penale non sopravvive all'autore del reato (ibid., § 48)», ma anche che «ereditare la colpevolezza del defunto non è compatibile con le norme della giustizia penale in una società regolata dalla preminenza del diritto»⁶⁹. Non solo ma la Corte fonda tali principi sull'art. 7, principio di legalità, precisando che «Visto l'accostamento degli articoli 6 § 2 e 7 § 1 della Convenzione (*Guzzardi c. Italia*, 6 novembre 1980, § 100, serie A n. 39), la Corte ritiene che la norma da lei appena ricordata sia valida anche dal punto di vista dell'articolo 7 della Convenzione, che impone di vietare che nel diritto si possa rispondere per un fatto commesso da altri. Infatti, se è vero che ogni persona deve poter stabilire in ogni momento cosa è permesso e cosa è vietato per mezzo di leggi precise e chiare, non si può concepire un sistema che punisca coloro che non sono responsabili, perché il responsabile è stato un terzo»⁷⁰.

La Corte non si limita a riconoscere il divieto di responsabilità per fatto altrui, ma in termini più garantistici sembra pretendere l'accertamento della colpevolezza ai fini di un giudizio di responsabilità penale (intesa in senso ampio) e dell'applicazione di una sanzione punitiva: «Non si può neppure concepire un sistema in cui una persona dichiarata innocente o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza subisca una pena», precisando che tale pretesa di accertamento di colpevolezza per la condanna si fonda sul principio di legalità. «Si tratta di una terza conseguenza

⁶⁷ Corte E.D.U., sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, n. 17475/09.

⁶⁸ 29 agosto 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997, V.

⁶⁹ § 65.

⁷⁰ § 66.

del principio di legalità nel diritto penale: il divieto di comminare una pena senza accertamento di responsabilità, che deriva anch'esso dall'articolo 7 della Convenzione»⁷¹. Addirittura, precisa la Corte, tale principio era già stato affermato sulla base della presunzione d'innocenza nella sentenza *Geerings e C. Paesi Bassi*⁷². Ne deriva in conclusione, ad avviso della Corte EDU nel caso *Varvara*, che «L'accostamento dell'articolo 5 § 1 a) agli articoli 6 § 2 e 7 § 1 mostra che ai fini della Convenzione non si può avere «condanna» senza che sia legalmente accertato un illecito penale o, eventualmente, disciplinare (*Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, § 68, serie A n. 22; *Guzzardi c. Italia*, 6 novembre 1980, § 100, serie A n. 39) – così *come non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale*»⁷³.

La Corte afferma in questa sentenza in termini garantistici la necessità di una condanna ai fini dell'applicazione di una misura punitiva, senza accontentarsi di quella sorta di nozione di condanna in senso sostanziale adottata in materia dalla giurisprudenza italiana e dalla Corte Costituzionale (sent. n. 49/2015), che ritengono sufficiente per applicare la confisca urbanistica (e altre forme di confisca) una sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato (purché vi sia stato un accertamento di responsabilità)⁷⁴.

Dopo queste affermazioni che riconoscono assolutamente non solo il divieto di responsabilità per fatto altrui, ma anche il principio di colpevolezza sia che fosse fondato sull'art. 6, § 2 e, quindi, sulla presunzione d'innocenza, sia sul principio di legalità ex art. 7, la Corte ritorna ad ammettere in modo piuttosto superficiale la legittimità di forme di responsabilità oggettiva; il § 70 recita: «gli Stati contraenti restano liberi, in linea di principio, di reprimere penalmente un atto compiuto fuori dall'esercizio normale di uno dei diritti tutelati dalla Convenzione e, quindi, di definire gli elementi costitutivi di questo reato: essi possono, in particolare, sempre in linea di principio e ad alcune condizioni, rendere punibile un fatto materiale o oggettivo considerato di per sé,

⁷¹ § 67.

⁷² § 68; Corte E.D.U., 10 marzo 2007, *Geerings e C. Paesi Bassi*, n. 30810/03, § 47.

⁷³ § 69.

⁷⁴ Cfr. MANES-CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo, Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, 273-278 ss.

indipendentemente dal fatto che esso sia doloso o colposo; le rispettive legislazioni ne offrono degli esempi [...]⁷⁵. L'articolo 7 della Convenzione non richiede espressamente un «nesso psicologico» o «intellettuale» o «morale» tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne è ritenuta l'autore». La sentenza Varvara sembra, quindi, rinnegare l'importante riconoscimento del principio di colpevolezza finalmente avuto con la sentenza Sud Fondi; si cita a sostegno un altro caso riguardante l'Italia, Valico S.r.l., in cui la Corte ha concluso per la non violazione dell'articolo 7 laddove era stata inflitta una multa a una parte ricorrente che aveva commesso un reato senza dolo o colpa⁷⁶.

A questo punto la Grande Camera interviene autorevolmente nel caso G.I.E.M. – sempre in materia di confisca urbanistica nell'ordinamento italiano – fornendo un'interessante interpretazione dell'apparente contrasto tra le due sentenze Sud Fondi e Varvara, nel senso che – ad avviso della Grande Camera – la lettura del principio di colpevolezza fornita nella sentenza Sud Fondi rappresenta la regola, mentre quella fornita da Varvara rappresenta l'eccezione⁷⁷. La regola è quella enunciata in Sud Fondi, evidenziando l'inestricabile legame sussistente fra principio di legalità, *sub specie* di prevedibilità della sanzione, e principio di colpevolezza, per cui per l'applicazione di «una pena ai sensi dell'art. 7 si richiede la sussistenza di un nesso di natura psicologica attraverso il quale sia possibile riscontrare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato»⁷⁸; tuttavia – come affermato in Varvara – gli Stati

⁷⁵ La Corte EDU cita *Salabiaku c. Francia*, 7 ottobre 1988, serie A n. 141, § 27). Lo stesso principio è stato affermato in *Janosevic c. Svezia* (n. 34619/97, 23 luglio 2002, § 68) in cui la Corte ha aggiunto che «la mancanza di elementi soggettivi non priva necessariamente un reato della sua natura penale; in realtà, le legislazioni degli Stati contraenti offrono esempi di reati basati unicamente su elementi oggettivi». Fortemente critico cfr. BALSAMO, *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva – nota a C. eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, n. 17475/09, Varvara c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, 4, 1405: «È difficile, quindi, sfuggire alla sensazione che la sentenza Varvara costituisca un arretramento sul piano del riconoscimento internazionale di fondamentali principi garantistici inerenti al concetto di responsabilità penale personale: qualora l'interpretazione da essa recepita si consolidasse, così determinando una netta inversione di marcia rispetto al percorso innovativo avviato dalla seconda pronuncia Sud Fondi, occorrerebbe chiedersi quale sia il reale valore aggiunto apportato in questa materia dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale si limiterebbe a bandire forme di responsabilità appartenenti ai primordi del diritto penale o a momenti patologico-regressivi della Storia».

⁷⁶ Corte E.D.U., *Valico S.r.l. c. Italia* (dec.), n. 70074/01, 2006 III.

⁷⁷ Cfr. §§ 242-247.

⁷⁸ § 242: «242. La Grande Camera aderisce alla tesi secondo cui la logica della pena e della punizione

parte possono discostarsi da questa regola, prevedendo forme di responsabilità oggettiva fondate su presunzioni di colpevolezza («come anche indicato dalla Corte nella sua sentenza *Varvara* (sopra citata, § 70), quest'esigenza non costituisce un ostacolo ad alcune forme di responsabilità oggettiva a livello delle presunzioni di responsabilità, a condizione che esse rispettino la Convenzione. In proposito, la Corte richiama la sua giurisprudenza relativa all'articolo 6 § 2 della Convenzione, secondo cui gli Stati contraenti restano liberi, in linea di principio, di punire penalmente un atto commesso fuori dal normale esercizio di uno dei diritti tutelati dalla Convenzione (sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976, § 81, serie A n. 22, p. 34, par. 81) e, quindi, di definire gli elementi costitutivi di tale reato. In particolare possono, ad alcune condizioni, rendere punibile un fatto materiale od oggettivo considerato di per sé, che provenga o meno da un intento criminoso o da una negligenza; le loro legislazioni rispettive ne offrono diversi esempi. Qualsiasi sistema giuridico prevede delle presunzioni di fatto o di diritto»⁷⁹). Tali presunzioni, seppure non vietate dalla Convenzione, devono, nella materia penale, mantenersi entro certi limiti, che vengono oltrepassati «quando una presunzione [di colpevolezza] produce l'effetto di rendere impossibile all'autore del fatto di difendersi dalle accuse nei suoi confronti, privandolo dei diritti garantiti dall'art. 6.2 della Convenzione»⁸⁰.

nonché la nozione di «guilty» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «personne coupable» (nella versione francese) vanno nel senso di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale. Infatti, così come è spiegato nella sentenza *Sud Fondi S.r.l. e altri* (merito, sopra citata), discende dal principio di legalità dei reati e delle pene il fatto che la legge penale deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono, affinché la stessa sia accessibile e i suoi effetti siano prevedibili. Una persona sottoposta a giudizio deve poter sapere, a partire dal testo della norma pertinente e se necessario per mezzo dell'interpretazione datane dai tribunali, quali atti e quali omissioni comportano la sua responsabilità penale. Ciò significa anche che una pena nel senso dell'articolo 7 si può concepire in linea di principio soltanto a condizione che a carico dell'autore del reato sia stato accertato un elemento di responsabilità personale. C'è infatti, come ha osservato la Corte di cassazione italiana nella causa *Sud Fondi S.r.l. e altri* (si veda il paragrafo 112 della sentenza della Corte in questa causa), un'evidente correlazione tra il grado di prevedibilità di una norma penale e il grado di responsabilità personale dell'autore del reato. La Grande Camera, quindi, concorda sulle conclusioni della Camera nella causa *Sud Fondi S.r.l. e altri* secondo cui l'articolo 7 richiede, per punire, un legame di natura intellettuale che permetta di individuare precisamente un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato (*ibid.*, § 116).

⁷⁹ § 243.

⁸⁰ La Corte richiama *Salabiaku c. Francia*, 7 ottobre 1988, §§ 27-28, serie A n. ° 141-A, *Janosevic c. Svezia*, n. 34619/97, § 68, ECHR 2002 - VII e *Klouvi v. Francia*, 30754/03, § 48, 30 giugno 2011.

Le presunzioni di colpevolezza - nelle quali si risolvono, sul versante processuale, i casi di responsabilità oggettiva, eccezionalmente ammessi dalla Convenzione - devono, in sostanza, essere confutabili, consentendo la prova contraria e, quindi, di esercitare il proprio diritto di difesa al soggetto agente⁸¹.

In questo caso nel ribadire il principio di colpevolezza si precisa che la «Grande Camera appoggia l'analisi secondo cui la logica della pena e della punizione e il concetto di “*colpevolezza*” (nella versione inglese) con la nozione corrispondente di “*personne coupable*” (nella versione francese), sostengono un'interpretazione secondo la quale l'articolo 7 richiede, ai fini della punizione, un legame mentale»⁸², o meglio, psicologico, atteso che, come è sempre «spiegato nel Sud Fondi S.r.l. e altre sentenze (...), il principio secondo cui le infrazioni e le sanzioni devono essere previste dalla legge implica che il diritto penale deve definire chiaramente i reati e le sanzioni con cui sono puniti, tali da essere accessibili e prevedibili nei suoi effetti» e questo «requisito è soddisfatto laddove l'individuo può sapere dal testo della disposizione pertinente e, se necessario, con l'assistenza dell'interpretazione da parte dei tribunali di ciò, quali atti e omissioni lo renderanno responsabile di reato»; il che vuol dire che «in linea di principio, una misura può essere considerata una sanzione ai sensi dell'articolo 7 solo quando è stato accertato un elemento di responsabilità personale da parte dell'autore del reato», essendo all'uopo necessario che vi sia «una chiara correlazione tra il grado di prevedibilità di una disposizione di diritto penale e la responsabilità personale dell'autore del reato». In conclusione, «la punizione ai sensi dell'articolo 7 richiede l'esistenza di un legame mentale attraverso il quale un elemento di responsabilità può essere rilevato nel comportamento della persona che ha commesso il reato»⁸³.

Tale mutamento di rotta della giurisprudenza della C.E.D.U. dovrebbe indurre anche la giurisprudenza delle Corti dell'Unione europea a valorizzare il

⁸¹ GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, grande camera, in materia urbanistica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 luglio 2018.

⁸² Par. 242 della decisione in commento.

⁸³ *Ibid.*

principio di colpevolezza, subordinando l'applicazione di sanzioni punitive al rispetto di tale principio.

Anche la famosa sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con la Costituzione Tedesca⁸⁴, per tanti versi discutibile, sottolinea correttamente che «Le competenze dell'Unione Europea nell'ambito della giustizia penale devono inoltre essere interpretate in un modo che soddisfino le esigenze del principio di colpevolezza. Il diritto penale si basa sul principio di colpevolezza, che presuppone l'autoresponsabilità dell'uomo, che determina da sé il proprio agire e può decidere in forza del suo libero arbitrio tra lecito e illecito. Alla base della tutela della dignità umana si pone l'idea dell'uomo come essere spirituale-morale, che mira a determinare e sviluppare sé stesso in libertà (cfr. BVerfGE 45, 187, 227). Nel settore della giustizia penale l'art. 1, co. 1, GG determina la concezione dell'essenza della pena e il rapporto tra colpa e punizione (cfr. BVerEE 95, 96, 140). Il principio che ogni pena presuppone una colpa ha così il suo fondamento nella garanzia della dignità umana di cui all'art. 1, co. 1, GG (cfr. BVerCE 57, 250, 275; 80, 367, 378; 90, 145, 1731). Il principio di colpevolezza appartiene all'indisponibile identità costituzionale in ragione dell'art. 79, co. 3, GG, che è tutelata anche da interferenze da parte del potere pubblico esercitato a livello sovranazionale»⁸⁵.

4.1. *Il riconoscimento del principio di colpevolezza da parte della Corte EDU attraverso il principio del giusto processo: l'“emprunt matériel de criminalité”*. Sempre attraverso delle pronunce relative al rispetto di garanzie procedurali, e in particolare del diritto di difesa, la Corte EDU ha finito per riconoscere il principio di colpevolezza in materia penale laddove ha preteso l'accertamento di un elemento soggettivo ai fini dell'imputazione dell'evento più grave nel c.d. concorso anomalo (il nostro art. 116 c.p.), quale contemplato da un istituto del

⁸⁴ BVERFG, 2BVE 2/08, 30 giugno 2009. Cfr. MEYER-HÖLSCHIEDT, *Die Europäische Verfassung aus Sicht des deutschen Bundestags*, in *Integration*, 2003, 4, 348; CALLIES, *Nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Parlamentarische Integrationsverantwortung auf europäischer und nationaler Ebene*, in *Zeitschrift für Gesetz*, 2010, 1.

⁸⁵ Cfr. PASTORELLI, *Il Bundesverfassungsgericht sulla compatibilità del trattato di Lisbona con la costituzione tedesca stralci della sentenza BVERFG, 2BVE 2/08, 30 giugno 2009*, in *Ius* 17, 2010, 39.

diritto belga e lussemburghese, *l'emprunt matériel de criminalité*⁸⁶ (l'art. 475 del codice penale belga)⁸⁷; in forza dell'interpretazione giurisprudenziale la responsabilità per l'evento aggravatore della morte veniva applicata automaticamente a tutti i concorrenti nel reato originario del furto (con violenza o minaccia, e quindi rapina), se l'autore materiale del "furto aggravato dalla morte" veniva considerato responsabile. In base alla teoria del "*l'emprunt matériel de criminalité*", una delle cui applicazioni più controverse è l'omicidio commesso per facilitare il furto (o la rapina), l'omicidio è, infatti, assimilato ad una circostanza aggravante oggettiva, che non pretende che si accerti la colpevolezza individuale di ciascuno dei partecipanti al furto. Tale istituto è sempre stato criticato dalla dottrina che lo considera una "soluzione semplice" accolta in giurisprudenza, desunta dalla teoria civilistica del rischio e della responsabilità senza colpa⁸⁸, o tradizionalmente giustificato dalla necessità di combattere la criminalità organizzata⁸⁹, ma espressione della teoria del *versari in re illicita* («*versanti in re illicita omnia imputantur quae sequuntur ex delicto*») e, quindi, inaccettabile in diritto penale per contrasto con il principio della responsabilità penale personale⁹⁰.

La Corte EDU, nel caso *Göktepe* (2005), – in cui il ricorrente lamentava che l'assenza di domande individualizzate non consentiva ai giurati di stabilire, per

⁸⁶ Cfr. COTTU, *op. cit.*, 385 ss.; DESCAMPS, *Le meurtre commis pour faciliter le vol imputé au complice: le point sur la théorie de l'emprunt matériel de criminalité*, in *Rev. de droit et de criminologie de l'Un. Libre de Bruxelles*, 2020, 1-35 (*Le meurtre commis pour faciliter le vol imputé au complice: le point sur la théorie de l'emprunt matériel de criminalité (ulb.be)*).

⁸⁷ «*Le meurtre commis pour faciliter le vol ou l'extorsion, soit pour en assurer l'impunité, sera puni de la réclusion à perpétuité*». §11. Diverse condizioni devono sussistere per l'applicazione dell'articolo 475 del codice penale. DE NAUW-KUTY, *Manuel de droit pénal spécial*, Waterloo, 2014, 714-715, ne menzionano sette. Innanzitutto i quattro elementi costitutivi del furto commesso con violenza o minaccia. Poi, la morte della vittima di queste violenze o minacce, nesso di causalità tra il furto commesso con violenza o minacce e l'omicidio e, infine, l'intenzione di uccidere. In sintesi, per qualificare un reato come omicidio commesso per agevolare il furto, è necessario che vi sia un furto, un omicidio, un nesso di causalità tra gli stessi e che il nesso di causalità sia voluto dall'autore.

⁸⁸ FRANCHIMONT, *L'emprunt matériel de criminalité entre participants (Synthèse d'un Séminaire)*, in *Rev. droit pén. crim.*, 1990, 1567: «*l'emprunt de criminalité apparaît surtout comme une solution de facilité. S'il se fonde sur la théorie civiliste du risque et de la responsabilité sans faute, il est, en droit pénal, inacceptable*»; DESCAMPS, *op. cit.*, 9.

⁸⁹ RENSON, *L'emprunt matériel de criminalité sévèrement condamné par la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Journ. trib.*, 2005, 715.

⁹⁰ FRANCHIMONT, *op. cit.*, 1567; DESCAMPS, *op. cit.*, 9.

ciascuno degli imputati, se dovesse essere ritenuto responsabile dell'aggressione e della percossa inflitta alla vittima –, afferma molto chiaramente che il Belgio ha adottato la teoria dell' “*emprunt matériel de criminalité*”, la cui applicazione si pone in contrasto nel caso concreto con il principio del contraddittorio, osservando che «*Le fait qu'une juridiction n'ait pas égard à des arguments portant sur un point essentiel et entraînant des conséquences aussi sévères doit passer pour incompatible avec le respect du contradictoire qui est au coeur de la notion de procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention*»⁹¹. In questo caso, il parametro formalmente impiegato non è quindi la presunzione di innocenza bensì il diritto a un giusto processo, art. 6, c. 1, ritenuto vulnerato sotto il profilo del mancato rispetto del contraddittorio sulla più grave componente del capo di accusa; la Corte non ritiene, quindi, necessario pronunciarsi sulla violazione della presunzione d'innocenza, mentre la dottrina evidenzia che una presa di posizione della Corte EDU su tale profilo sarebbe stata opportuna considerando che tale censura viene normalmente proposta nei ricorsi in materia dinanzi la Suprema Corte⁹².

Nel 2008, nella sentenza *Delespesse*⁹³, la Corte ha confermato gli argomenti della precedente causa *Goktepe*, anche se si è ritenuto in dottrina che «non si può dire che metta fine alla teoria dell'*emprunt matériel de criminalité*, per una ragione ovvia: la Corte non ha mai detto *expressis verbis* che la teoria violi la Convenzione. Ciò che viola l'articolo 6 della Convenzione è il fatto di non aver potuto “esercitare i propri diritti di difesa in maniera concreta ed efficace (...) su un punto decisivo”, con conseguente violazione dei diritti di difesa e dei principi del processo equo ex art. 6, c. 1»⁹⁴.

Con una terza sentenza, questa volta nei confronti del Lussemburgo⁹⁵, la Corte di Strasburgo ha dovuto pronunciarsi ancora una volta sull'automaticità della comunicazione ai partecipanti di circostanze aggravanti reali, ma stavolta si

⁹¹ Corte E.D.U., sent. 2 giugno 2005, *Göktepe c. Belgio*, n. 50372/99, § 29.

⁹² Così NÈVE, *Vers la fine de la théorie de l'emprunt de criminalité*, in *Rev. droit. pén. crim.*, 2005, 1247.

⁹³ Corte E.D.U., 27 Marzo 2008, *Delespesse c. Belgio*, no. 12949/05 (analogo caso di “*meurtre commis pour faciliter le vol*”); cfr. DESCAMPS, *op. cit.*, 31 ss.

⁹⁴ DESCAMPS, *op. cit.*, 31 ss.

⁹⁵ Corte E.D.U., 20 gennaio 2011, *Haxhishabani c. Lussemburgo*, n. 52131/07, § 40.

trattava dell'applicazione della teoria dell'«*emprunt matériel de criminalité*» davanti a un tribunale in primo grado. La Corte ha chiarito che non spettava a lei giudicare *in abstracto* la teoria in questione, ma non condanna il Lussemburgo proprio perché ritiene che nel caso concreto la responsabilità personale per la circostanza aggravante fosse stata concretamente accertata nel rispetto dei principi del giusto processo e della presunzione d'innocenza⁹⁶ (la responsabilità penale per l'omicidio non è stata automaticamente affermata in seguito alla partecipazione al reato presupposto); «si può quindi affermare che la Corte richiede che la valutazione delle effettive circostanze aggravanti sia individualizzata»⁹⁷. In seguito al caso *Göktepe* e altri conformi⁹⁸ (anche casi in cui la Corte EDU non ha condannato solo perché ha individuato nel caso concreto l'accertamento di un elemento soggettivo), autorevole dottrina ha stabilito che «*Il n'existe donc pas de responsabilité pénale objective. Nullum crimen sine culpa, nulla poena sine culpa*»⁹⁹.

⁹⁶ La Corte precisa sin dall'inizio di non essere chiamata ad esaminare *in abstracto* la compatibilità con la Convenzione della giurisprudenza lussemburghese relativa all'articolo 475 del codice penale. Né rientra nelle sue competenze sostituire la propria valutazione dei fatti e delle prove a quella dei tribunali nazionali, compito che spetta principalmente al diritto interno e ai tribunali nazionali". E la Corte prosegue: «Risulta dalle decisioni interne che i giudici di primo grado e di appello hanno attentamente analizzato l'elemento intenzionale a livello dell'aggravante dell'omicidio da parte del ricorrente. È vero che i giudici del processo hanno sottolineato che non c'erano prove che il ricorrente avesse partecipato materialmente all'omicidio della vittima e qualificato l'aggravante dell'omicidio come oggettiva. Resta il fatto che la loro analisi non è sfociata nell'attribuzione automatica di tale circostanza aggravante alla ricorrente. Va infatti ricordato che i giudici del dibattimento hanno esaminato, con la massima attenzione e sulla base degli elementi contraddittori dinanzi a loro dibattuti, il comportamento del ricorrente e il ruolo da lui svolto. Hanno così soggettivato l'aggravante dell'omicidio, giungendo alla conclusione che il ricorrente era coautore dei fatti che hanno portato alla morte della vittima».

⁹⁷ DESCAMPS, *op. cit.*, 34.

⁹⁸ Cfr. Corte E.D.U., 26 gennaio 2016, *Iasir c. Belgio*, n. 21614/12, § 32, in *Gaz. Palais*, n. 6/2016, 47. Cfr. COTTU, *op. cit.*, 389; KUTY, *La responsabilité pénale du chef des circonstances aggravantes réelles de nature intentionnelle: la jurisprudence Haxhishabani*, in *Jur. trib.*, 2011, 360-364; HIRSCH, *Les circonstances aggravantes réelles: une analyse succincte au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou la fin de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité*, in *J.T.L.* 2012, 44-45; ID., *La présomption d'innocence dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme* (2006-2013), in *Annales du droit lux.*, 2013, 131 ss.

⁹⁹ KUTY, *Les circonstances aggravantes réelles et la théorie de l'emprunt matériel de criminalité: la consécration du principe de la personnalité de la responsabilité pénale*, in *R.C.J.B.*, 2008, 214-250; RENSON, *L'emprunt matériel de criminalité sévèrement condamné par la Cour européenne des droits de l'homme*, in *J. Tr.*, 2005, 715-717; COLETTE-BASECQZ, *La théorie de l'emprunt de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droits de la défense*, in *J.L.M.B.*, 2005, 1568. Cfr. altresì DE HERTGUTWIRTH-SNACKEN-DUMORTIER, *La montée de l'Etat pénal: que peuvent les droits de l'homme?*, in

La giurisprudenza successiva sembra richiedere l'accertamento di un elemento di prevedibilità dell'evento più grave (non l'intenzione) e che quest'ultimo sia conseguenza di un comportamento del soggetto con «*l'absence de justification, et donc l'existence d'une faute infractionnelle*» (“*Il est donc nécessaire, non seulement que la circonstance soit prévisible, mais qu'elle soit aussi la conséquence du comportement du prévenu, ce comportement ne pouvant faire l'objet de justification*”)¹⁰⁰. Nei progetti di riforma si richiede che l'aggravante oggettiva possa essere imputata solo ai partecipanti che ne erano a conoscenza, purché prevedibile, e non hanno rinunciato alla loro partecipazione al reato («Resta da sperare che, come una fenice, la teoria dell'emprunt matériel de criminalité non rinasca dalle sue ceneri alla luce dei nuovi criteri emanati dalla riforma»)¹⁰¹.

5. *La prevedibilità dell'intervento punitivo tra legalità e colpevolezza nella giurisprudenza della Corte EDU.* Nella giurisprudenza Sud Fondi e seguente la Corte EDU si pronuncia espressamente in relazione alla necessità di un elemento soggettivo ai fini dell'imputazione di un reato e, quindi, in relazione al principio di colpevolezza. La dottrina ha individuato anche nella successiva sentenza Contrada c. Italia¹⁰² il riconoscimento del principio di colpevolezza, perlomeno nel senso che la Corte ribadisce questa nozione di prevedibilità dell'intervento punitivo, che esige che i mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* non possano operare retroattivamente ed è fondata sul principio di legalità ex art. 7 C.E.D.U.¹⁰³, che presuppone il rispetto del principio di

Les Droits de l'Homme: bouclier ou épée du Droit pénal?, a cura di Cartuyvels-Dumont-Ost-Van de Kerchove-Van Drooghenbroeck, Bruxelles, 2007, 9256-9257.

¹⁰⁰ DESCAMPS, *op. cit.*, 34.

¹⁰¹ *Ibid.*, 80. VANDERMEERSCH-ROZIE, *Commission de réforme du droit pénal-Proposition d'avant-projet de Livre Ier du Code pénal*, Bruges, 2017, 83 ss.

¹⁰² Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, n. 66655/13, §§ 60 ss., 73 ss.

¹⁰³ Cfr. opportunamente VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 20: «sempre che si ritenga, insomma, che l'introduzione di quel diritto alla prevedibilità della pena in cui consiste la legalità europea (*retro*, § 3) non possa che avvenire sul piano della certezza soggettivo-individuale tutelata “caso per caso” dall'art. 5 c.p., anziché sul piano della certezza soggettivo-impersonale presidiata dalla tipicità/tassatività della norma incriminatrice (che può dirsi compromessa anche da conflitti ermeneutici sincronici) e dal divieto di punizioni retroattive (che può dirsi violato anche

colpevolezza¹⁰⁴; la Corte dovrebbe verificare se il ricorrente abbia subito, con la condanna, un trattamento arbitrario da parte dello Stato in quanto non rispettoso della sua libertà di scegliere in maniera informata¹⁰⁵.

Pur non condividendo la pronuncia Contrada (e cioè l'idea che "il concorso esterno in mafia è(ra)" «figura carente di una base legale positivizzata (un illecito d'integrale "origine giurisprudenziale", appunto)»¹⁰⁶), si deve evidenziare che la

nell'ipotesi di overruling sfavorevole», l'autore correttamente predilige la seconda soluzione, cfr. ID., *Il diritto intertemporale*, cit., 150 ss.; ID., *Case-law convenzionale, cultura dei controllimiti e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 315 ss.

¹⁰⁴ Cfr. DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1599: «Si è fatta strada così l'idea che l'art. 27, co. 1, Cost. contenga un sotto-principio, di "riconoscibilità" della legge penale e del divieto. Questa riformulazione, che traduce il contenuto della giurisprudenza costituzionale scolpita nella sentenza 364/1988, ha conosciuto peraltro gli sviluppi più importanti in prospettiva europea e non nazionale, ad opera della Corte EDU, poi recepita dalla Corte costituzionale come diritto in parte anche interno, direttamente assunto negli artt. 27 e 25 Cost. Il concetto di fondo è: il diritto (punitivo) deve essere prevedibile dal destinatario al tempo della condotta: i casi "europei" Contrada e Taricco, per l'Italia, hanno consolidato questi principi. Non solo la legge formale, ma il suo contenuto ermeneutico rileva. In particolare, i mutamenti giurisprudenziali peggiorativi non possono operare retroattivamente per violazione in ogni caso di quel principio di "prevedibilità" che nella nostra cultura rientra nella colpevolezza. Si "scusa" dunque il destinatario inevitabilmente ignaro, ma si ammette una evoluzione della "legge applicata" ai casi futuri. Che tali errori di diritto siano peraltro davvero scusati nella prassi è ancora una scommessa sulla giurisprudenza. Non deve peraltro, questa "soggettivizzazione della norma penale", costituire un alibi per riversare sui consociati (che vengono "scusati" per) le responsabilità pubbliche di leggi manipolate o "create" in via ermeneutica in sostituzione di una legislazione assente o ritardataria: è un aspetto critico del diritto giurisprudenziale»; ID., *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 79 e ss. che evidenzia criticamente che «il tentativo di ricondurre il caso a una forma di scusante soggettiva è un modo della giurisprudenza nazionale per autoassolversi a posteriori, "individualizzando" le responsabilità e riportandole sul consociato che, caso Contrada a parte, è la vera vittima dei procedimenti ermeneutici peggiorativi retroattivi, siano mere individuazioni di norme nuove, siano vere costruzioni di tipi nuovi: per quanto egli sia in ipotesi del tutto "colpevole" dei fatti estensivamente ricondotti a una incriminazione, questo ragionamento non può evidentemente entrare in gioco in questo tentativo di giustificazione del comportamento dei pubblici poteri, della cui illegittimità è chiaramente corresponsabile un legislatore che ha sempre omesso di integrare o riscrivere queste norme sui reati associativi»; PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 9, 1064 ss.

¹⁰⁵ Cfr. FORNARI, *Prima e dopo Contrada: precedenti giurisprudenziali ed "essenza" della fattispecie nella valutazione di prevedibilità ex art. 7 CEDU*, in questi *Scritti in onore di Giovanni Grasso*, in corso di pubblicazione, dattiloscritto, 29.

¹⁰⁶ Cfr. VALENTINI, *La ricombinazione genica*, cit., 17: «Non la condanna, ripetiamo, trattandosi di un fatto di sicuro e prevedibile rilevo penale, e neppure lo schema giuridico "generale" del concorso esterno, che praticavamo già dagli anni '60: era invece quella fattispecie concorsuale "di parte speciale" a essere oscura, e, per conseguenza, non era conoscibile la pena che ne sarebbe seguita». Cfr. FORNARI, *op. cit.*, 24: «Pur nel suo "minimalismo" argomentativo e con tutti i suoi profili discutibili, la sentenza Contrada rientra comunque nel *trend*, che è stato poi confermato negli anni successivi, del riconoscimento di un

giurisprudenza della Corte EDU sulla qualità della legge, come sottolineato in dottrina, ha stabilito che «la prevedibilità/riconoscibilità del precetto è un principio che riguarda sia la legalità e sia la colpevolezza in una reciproca interazione di effetti», precisando opportunamente che «tuttavia si tratta di piani distinti: la *riconoscibilità del precetto* è un dovere dello Stato e può viziare l'applicazione della legge sul piano oggettivo». «La *non conoscibilità del precetto sul piano soggettivo* può dar luogo a una scusante – per quanto oggettivata e normativizzata come tutte le cause di esclusione della colpevolezza – solo se il profilo della oggettiva conoscibilità non è stato compromesso da inadempimenti originari dello Stato o di suoi organi»¹⁰⁷.

In relazione al profilo oggettivo della “prevedibilità/*riconoscibilità del precetto*” si deve precisare, infatti, che lo Stato – nel rispetto del principio di legalità, come sancito dalla sentenza n. 364/1988 –, deve garantire l’emanazione di norme chiare, il cui precetto sia intellegibile, empiricamente fondato, e quindi riconoscibile, altrimenti viola il principio di legalità/precisione/tassatività/determinatezza; anche la Corte Costituzionale italiana riconosce il principio di “riconoscibilità” dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost.: «esiste, pertanto, un altro “presupposto” della responsabilità penale, costituito, appunto, dalla “riconoscibilità” dell’effettivo contenuto precettivo della norma. L’oggettiva impossibilità di conoscenza del precetto, nella quale venga a trovarsi “chiunque” (non soltanto il singolo

forte rilievo della componente giurisprudenziale all’interno del giudizio europeo di prevedibilità. Addirittura, con due profili di ‘estremizzazione’: da una parte il contestuale dissolvimento del formante della previsione normativa, talmente inusuale, però, da svelare che si è verosimilmente trattato di una scelta ‘tattica’, finalizzata a semplificare la motivazione; dall’altra, l’estensione dell’oggetto del giudizio di prevedibilità alla *ratio decidendi* del giudice nazionale, che si può scorgere nella scelta di valorizzare la datazione della giurisprudenza su cui è stata fondata la sentenza di condanna e il suo essere successiva alle condotte incriminate, e di elidere dal giudizio ex art. 7 C.E.D.U. il quadro giurisprudenziale coevo ad esse».

¹⁰⁷ DONINI, *Fattispecie o case law?*, cit., § 17; cfr. correttamente VALENTINI, *La ricombinazione genica*, cit., 21 evidenza che «come la legalità penale europea, anche quella continentale si preoccupa di garantire la prevedibilità soggettivo-impersonale della punizione (già sul piano dei “connotati obiettivi” dell’illecito, da parte del cittadino-destinatario di media avvedutezza), rilasciando al test di colpevolezza, e quindi alla regola ex art. 5 c.p., le questioni che attengono alla prevedibilità soggettivo-individualistica (da parte di quell’accusato in carne e ossa); perciò, ribadire il divieto di analogia, e includere il formante giurisprudenziale nel fuoco dell’affidamento tutelato dall’art. 25, co. 2, Cost., significherebbe enfatizzarne la dimensione umanistica senza scalfire quella ordinamentale (art. 53 C.E.D.U.)».

soggetto, particolarmente considerato) non può gravare sul cittadino e costituisce, dunque, un altro limite della personale responsabilità penale» (§ 17).

In base al principio della riconoscibilità del precetto da un punto di vista soggettivo, inoltre, per la Corte EDU «l'individuo potrà fare, al momento della decisione se agire o non agire, legittimo affidamento sulla interpretazione che di quella norma abbiano fornito i giudici interni, avendo - così - un preciso diritto a non essere sorpreso *ex post* da estensioni interpretative di quella stessa norma non prevedibili *ex ante*. E ciò del tutto indipendentemente dal fatto che queste estensioni interpretative siano compatibili con il dato letterale della norma incriminatrice, e che possano avere dietro di sé ottimi argomenti sul piano storico, teleologico, sistematico: ciò che conta, dal punto di vista della garanzia di cui all'art. 7 C.E.D.U., è soltanto se l'individuo potesse ragionevolmente prevedere tale estensione, sulla base delle indicazioni della giurisprudenza - giuste o sbagliate che fossero - nello stato in cui si trovava al momento della commissione del fatto»¹⁰⁸ (fermo restando, come si esaminerà nel prosieguo, che la stessa Corte EDU richiama al rispetto del dato normativo nell'interpretazione, attraverso il richiamo all'essenza del reato¹⁰⁹); il tutto con la precisazione che la conoscibilità/prevedibilità non investe, soltanto, la parte precettiva della norma penale - come nel caso Pessino¹¹⁰ -, ma anche le conseguenze sanzionatorie («*an individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation,*

¹⁰⁸ VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016, 14; MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 3, 966; sul ruolo della giurisprudenza oggi GRASSO, *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza: la sfida della legalità*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, Milano, 2018, 47 ss.

¹⁰⁹ Cfr. FORNARI, *op. cit.*, 14, che evidenzia come il richiamo all'essenza del reato «costituisce di per sé un dato di rilievo, poiché smentisce l'idea di una giurisdizione dei diritti umani 'necessariamente' ancorata al dato giurisprudenziale: a prescindere dal maggiore o minore rigore con cui si sviluppa, il criterio dell'essenza si presenta come inevitabilmente legato alla disposizione di legge nazionale». Rimane fermo, infatti, che la prevedibilità delle decisioni giudiziali non comporta il superamento della legalità legislativa, considerando la necessaria previa conoscibilità del precetto; la prevedibilità legislativa e quella giurisprudenziale non vanno configurate in termini di alternatività, cfr. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, 2017, 148; NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistematica*, Napoli 2020, 107 s.

¹¹⁰ Corte E.D.U., *Pessino c. Francia*, n. 40403/02, § 33, 10 ottobre 2006.

what acts and omissions will make him criminally liable and what penalty will be imposed for the act committed)¹¹¹, come ribadito nel caso *Alimuçaj*¹¹², comprese le norme in materia di esecuzione¹¹³.

In realtà la giurisprudenza della Corte EDU già da epoca risalente ha valorizzato la portata garantistica dei principi sanciti dall'art. 7 C.E.D.U., espressamente finalizzati a tutelare l'individuo dal rischio di procedimenti e condanne arbitrari, e ciò nel senso non solo di estenderne l'ambito di applicazione a una nozione ampia di "materia penale" (in cui non rientrano solo gli illeciti e le sanzioni qualificati come "penali" in base al diritto interno, ma tutti quelli rispondenti ai criteri Engel)¹¹⁴, ma soprattutto nel senso di dilatare l'applicazione del principio di irretroattività *in malam partem* anche al diritto giurisprudenziale¹¹⁵ e di valorizzare gli aspetti qualitativi della legalità, «non più circoscritti

¹¹¹ Corte E.D.U. (Grande Camera), sent. 12 febbraio 2018, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, § 140.

¹¹² Corte E.D.U., 7 febbraio 2012, *Alimuçaj c. Albania* – in cui lo Stato albanese è stato condannato perché i giudici nazionali avrebbero imposto al ricorrente una pena più severa di quella che – sulla base della giurisprudenza e della dottrina assolutamente maggioritarie – era ragionevole prevedere al momento della commissione del fatto; GRASSO-GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 42.

¹¹³ Corte E.D.U. (Grande Camera), 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada*, cit., §§ 56 – 118; *Kafkaris c. Cipro*, cit., §§ 125 – 152; 17 dicembre 2009, sez. V, M. c. Germania, §§ 106 – 137.

¹¹⁴ Nell'ordinamento italiano per l'estensione del principio di irretroattività all'illecito amministrativo punitivo cfr. Corte cost., n. 196/2010; Corte cost., 223/2018, cit., punto di partenza della presente analisi; Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68, che ha stabilito che la garanzia costituzionale in questione «concerne non soltanto le pene qualificate come tali dall'ordinamento, ma anche quelle così qualificabili per effetto dell'art. 7 della C.E.D.U.» (sentenza n. 196 del 2010); su questa sentenza cfr. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative punitive*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 269 ss.; Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276; Corte cost., 18 aprile 2014, n. 104; Corte cost., 11 maggio 2017, n. 109, che ritiene che l'art. 25, secondo comma, Cost., «in virtù della sua ampia formulazione», dovrebbe applicarsi anche alle sanzioni amministrative punitive, «fungendo, in tal caso, i criteri Engel da mero supporto argomentativo per integrare il significato del parametro costituzionale interno, in vista dell'allargamento della sua sfera di operatività». Cfr. TIGANO, *op. cit.*, 8.

¹¹⁵ Corte E.D.U., 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, n° 40403/02, §§ 15-37; cfr. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2002, 681 ss.; ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, in Manes-Zagrebelsky, Milano, 2011, 74 ss.; MANES, *Art. 7 ("Nessuna pena senza legge")*, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da Bartole-Conforti-Raimondi, cit., 274 ss.; SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, a cura di Paliero-Viganò, cit., 214 ss.; VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., *passim*; GRASSO, *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza: la sfida della legalità*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione – Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, Milano, 2018, 57 ss.; MAZZACUVA, *Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e Giustizia penale*, a cura di Ubertis-Viganò,

alla determinatezza della norma, ma concernenti anche la accessibilità e prevedibilità delle fonti legali e della relativa giurisprudenza»¹¹⁶; in tal modo si esaltano i collegamenti tra il principio di legalità e quello di colpevolezza, apprezzando il ruolo della prevedibilità ai fini del controllo sulla conformità delle previsioni sanzionatorie al primo principio.

La Corte europea, infatti, ha sempre sancito non solo che esclusivamente «una legge può introdurre un crimine e stabilire una penalità»¹¹⁷ e che con il termine “law” si allude a un concetto che ricomprende sia “*statute law as well as case-law*” (adottando un approccio tipicamente sostanzialista, che, al fine di contemperare le esigenze dei diversi sistemi giuridici europei cui i principi convenzionali devono essere applicati, considera equivalenti il formante legale e quello giurisprudenziale quali fonti del diritto penale¹¹⁸), ma soprattutto – per ciò che

Torino, 2016, 37 ss.

¹¹⁶ BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale “imprevedibile”: una “nuova frontiera” del processo di “europeizzazione” del diritto penale* – nota a C. giust. CE, Sez. II, 8 febbraio 2007, causa C-3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee*, in *Cass. Pen.*, 2007, 5, 2202; GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2018, 27. Cfr. recentemente Corte E.D.U., Sez. II, 3 marzo 2020, *Parmak e Bakir c. Turchia*, ricc. 22429/07 e 25195/07, § 58 ss.

¹¹⁷ Cfr. Corte E.D.U., 29 marzo 2006, *Achour v. France*, n. 67335/01, *CEDH* 268, § 41; 21 gennaio 2003, *Veeber v. Estonia (N° 2)*, n. 45771/99, *CEDH*, § 31; 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germania*, n. 34044/96, § 50; 22 marzo 2001, *K.-H. W. v. Germany*, n. 37201/97, § 45; 22 giugno 2000, *Coëme and others v. Belgium*, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, in *Recueil des arrêts et décisions VII*, 250, § 145; 8 luglio 1999, *Baskaya and Okçuoglu v. Turkey*, nn. 23536/94, 24408/94, in *CEDH* 42, § 36. *Contra* CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 86 ss.; BERNARDI, *Il principio di legalità*, cit., 683 ritengono che l’art. 7 non racchiude il corollario della riserva di legge e l’esigenza di una norma scritta perché ciò contrasterebbe con l’essenza stessa della *common law*; ID., *Art. 7 (“Nessuna pena senza legge”)*, cit., 297 ss.

¹¹⁸ Cfr. BERNARDI, *Una nuova pronuncia della corte europea dei diritti dell’uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale: il caso Navalnyye c. Russia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 gennaio 2018, precisa che la Corte EDU «appare pienamente consapevole del fatto che, anche nei sistemi di *civil law*, la componente interpretativa frutto dell’elaborazione degli organi giurisdizionali non possa in alcun modo essere eliminata, e debba dunque essere presa in considerazione al fine di assicurare il rispetto delle garanzie previste dalla Convenzione. L’art. 7 C.E.D.U., pertanto, non può in alcun modo essere letto nel senso di limitare il progressivo processo di chiarificazione e integrazione della legge penale operato dalle giurisprudenze nazionali – processo che i giudici di Strasburgo considerano anzi necessario per garantire la rispondenza del diritto interno alle concrete e mutevoli esigenze sociali – a condizione, tuttavia, che tale evoluzione non leda le garanzie poste a tutela dell’individuo: e quindi il risultato del processo interpretativo deve essere coerente con la sostanza dell’illecito penale e allo stesso tempo prevedibile»; GRASSO-GIUFFRIDA, *op. cit.*, 21: «posto che nel Consiglio d’Europa coesistono sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*: l’espressione “diritto interno”, quindi, «non si riferisce [...] al solo diritto nazionale che trova fondamento nelle leggi emanate dal

interessa in questa sede - che la nozione di legge implica determinate qualità di prevedibilità e accessibilità¹¹⁹.

La Corte europea, ancora, attribuisce al principio di legalità il significato di principio di tassatività affermando che la legge deve stabilire in maniera chiara l'offesa e le sanzioni, vietando non solo l'analogia ma anche l'interpretazione estensiva¹²⁰ («*while it prohibits in particular extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences, it also lays down the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy*»)¹²¹; «deve essere formulata con sufficiente precisione per permettere ai destinatari - se necessario con l'apporto di una consulenza legale - di conoscere preventivamente, in misura ragionevole in base alle circostanze del caso, le conseguenze che derivano dalla realizzazione di una data condotta»¹²²; l'individuo deve poter conoscere «attraverso le parole della disposizione in questione e, se necessario, con l'assistenza dell'interpretazione delle corti, quali atti o omissioni lo rendono penalmente

Parlamento, ma in generale a quello che deriva da una qualsiasi delle fonti del diritto riconosciute nel singolo ordinamento, ivi compreso il diritto non scritto di origine giurisprudenziale e persino consuetudinaria»; MANES-CAIANIELLO, *op. cit.*, 271; cfr. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1, 159 ss.

¹¹⁹ Corte E.D.U., Sez. II, 3 marzo 2020, *Parmak e Bakir c. Turchia*, n. 22429/07 e 25195/07, 58; 14 Marzo 2013, *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, n. 26261/05 and 26377/06, § 77; *Achour v. France*, cit., § 42; *Streletz e a.*, §§ 50 - 57; 13 luglio 1995, *Tolstoy Miloslavsky v. Royaume-Uni*, in *Publications de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, Série A, vol. 316-B, 71 - 72, § 37; Corte E.D.U., *Cantoni c. Francia*, Grande Camera, 11 novembre 1996, n. 17862/91, § 29; *Coëme and Others*, cit., § 145; 7 febbraio 2002, *E.K. v. Turkey*, n.º. 28496/95, § 51; 22 novembre 1995, *S.W. v. United Kingdom*, § 36, serie A n. 335-B, §§ 41-42; 22 novembre 1995, *C.R. v. United Kingdom*, serie A n. 335-B e 335-C, 68-69, § 33; *Baskaya and Okçuoglu v. Turkey*, cit., § 36; *K.-H. W. v. Germany*, cit., § 45.

¹²⁰ Cfr. Corte E.D.U., 8 luglio 1999, n. 23536194 - 24408194, in 31 *E.H.R.R.* 2001, 292; 21 gennaio 2003, *Veeber v. Estonia*, n. 45771/99, § 31; *Coëme and others*, cit., § 145; 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, n. 14307/88, § 52; 24 febbraio 1998, *Larissis e a. c. Grecia*, § 39 ss.; *Streletz e a.*, cit., § 50; *K.-H. W. v. Germany*, cit., § 45; *Baskaya and Okçuoglu v. Turkey*, cit., § 36; BERNARDI, *Il principio di legalità*, cit., 681 ss.; MAZZACUVA, *Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e Giustizia penale*, a cura di Ubertis-Viganò, Torino, 2016, 37 ss.; MANES, *Decisioni in primo piano - nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem - nota a Cass.*, Sez. un., 25 giugno 2009 (dep. 6 ottobre 2009), n. 38691, Caruso, in *Cass. pen.*, 2010, 1, 105 ss.

¹²¹ Corte E.D.U., Sez. II, 3 marzo 2020, *Parmak e Bakir c. Turchia*, nn. 22429/07 e 25195/07, § 58.

¹²² *Tolstoy Miloslavsky*, cit., §§ 71 - 72; cfr. BERNARDI, *Il principio di legalità*, cit., 687, il quale evidenzia che si sottolineano così gli aspetti qualitativi della legge penale, non solo la determinatezza, ma anche l'accessibilità e la prevedibilità.

responsabile»¹²³. «Una legge, che conferisce una certa discrezionalità all'interprete, non è in contrasto con questo requisito, se sono indicati con sufficiente chiarezza lo scopo della discrezionalità e la maniera in cui deve essere esercitata, avendo riguardo al legittimo scopo in questione, e cioè quello di garantire all'individuo un'adeguata protezione contro gli interventi arbitrari»¹²⁴; si riconosce che la progressiva evoluzione della legge penale attraverso l'interpretazione giudiziale è una parte necessaria della tradizione legale, purché i risultati di tale sviluppo interpretativo siano conformi all' «*essenza del reato* e possono essere *ragionevolmente prevedibili*»¹²⁵.

Si riconosce, insomma, al principio di tassatività il ruolo di garante della libertà del cittadino, il quale, potendo conoscere in maniera chiara il confine tra lecito e illecito, può orientare di conseguenza la sua condotta: si consente la

¹²³ Corte E.D.U., *Parmak e Bakir*, § 58; 28 giugno 2018, *G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy* [GC], n. 1828/06 and 2 others, § 242; *Achour*, cit., § 41; *Veeber v. Estonia*, cit., § 31; *Cantoni*, cit., § 29; *Streletz e a.*, cit., § 50; *K.-H. W. v. Germany*, cit., § 45; *Coëme and others*, cit., § 145; *Baskaya and Okcuoglu v. Turkey*, cit., § 36. Tale passaggio è ripreso spesso dalla giurisprudenza comunitaria, cfr. Conclusioni dell'Avvocato *Kokott*, 20 novembre 2007, *The International Association of Independent Tanker Owners e altri*, C-308/06, § 104.

¹²⁴ Così Corte E.D.U., *Tolstoy Miloslavsky*, cit., §§ 71 - 72; conforme *Coëme and others*, cit., § 145; 25 novembre 1997, *Grigoriades c. Grecia*, in *Recueil de Arrêts et Décisions* VII, n° 57, § 301; *Goodwin c. Royaume - Uni*, cit., § 496 s.; 25 febbraio 1992, *Margareta e Roger Andersson c. Svezia*, in Serie A n. 226, § 75; 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, ivi, n. 82, §§ 66; 24 aprile 1990, *Huvig*, ivi, vol. 176 - B, 52 ss. - 54 ss.; 24 aprile 1990, *Kruslin*, ivi, vol. 176 - A, 20 ss. - 22 ss.; 2 agosto 1984, *Kruslin*, ivi, vol. 82; 25 marzo 1983, *Silver at autres*, § 33; 26 aprile 1979, *Sunday Times c/RU* n. 1, n. 6538/74, § 30; in tale direzione, in accoglimento della sopra citata giurisprudenza della Corte europea, la Camera dei diritti dell'uomo della Bosnia ed Erzegovina, 15 luglio 1998, *Ivica Kevesevic* contro la Federazione di Bosnia ed Erzegovina, n. CH/97/46. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato *Yves Bot*, 1 marzo 2007, *Britannia Alloys & Chemicals Ltd*, C-76/06 P, § 135.

¹²⁵ Corte E.D.U., *Streletz*, § 50; *K.-H. W. v. Germany*, cit., § 45; *Kafkaris*, cit., § 141; Sez. II, 3 marzo 2020, *Parmak e Bakir c. Turchia*, n. 22429/07 e 25195/07, § 59: «*Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, "provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen" (ibid., with further references)*»; Sez. II, 3 marzo 2020, *Parmak e Bakir c. Turchia*, ricc. 22429/07 e 25195/07, § 58; cfr. BERNARDI, *Il principio di legalità*, cit., 689. Cfr. FORNARI, *op. cit.*, 14, che evidenzia come «il tema dell'individuazione di una "essenza" della fattispecie penale sollecita l'attenzione del penalista rispetto all'individuazione del suo contenuto, potendosi ravvisare in tale criterio il richiamo alla ricerca dei limiti del "tipo" criminoso e quindi un appello a un'interpretazione tendenzialmente restrittiva della norma incriminatrice. Sotto questo profilo, si potrebbe persino immaginare un ruolo della Corte EDU di sentinella delle esigenze di contenimento della vocazione espansiva delle giurisprudenze nazionali».

prevedibilità e precalcolabilità dell'intervento sanzionatorio dello Stato¹²⁶ e, quindi, il rispetto del *principio di colpevolezza*, garantendo al nullum crimen prestazioni che la Corte Costituzionale italiana non è mai riuscita a garantire ai principi di tassatività e determinatezza¹²⁷. Come evidenziato dalla Suprema Corte italiana «la Corte europea ha enucleato un concetto di “legalità materiale” in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici per certi aspetti più elevati di quelli affermati dall’art. 25 della Costituzione»¹²⁸.

Anche il principio di irretroattività della nuova incriminazione chiaramente funge da garanzia della accessibilità e prevedibilità dell'intervento penale, e anche rispetto a tale principio assume un ruolo fondamentale non il mero dato normativo ma come si attegga nella sua concreta applicazione giurisprudenziale, come attestato anche nel recentissimo caso *Kotlyar c. Russia* in cui la Corte, nel contestare l'applicazione retroattiva di una disposizione in materia, evidenzia che proprio la mancanza di una precedente giurisprudenza in materia conferma la non validità degli argomenti del Governo che contestava che la condotta in questione fosse già punibile ad altro titolo¹²⁹.

Il metro alla cui stregua valutare la prevedibilità oscilla tra parametri soggettivi e oggettivi.

¹²⁶ Cfr. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 202; HETTINGER, *Die zentrale Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes*, in *Jus*, 1997, 19; DE SALVIA, *L'elaboration d'un "ius commune"*, cit., 561; BERNARDI, *Il principio di legalità*, cit., 681 ss.; Cfr. Corte E.D.U., 8 luglio 1999, N. 23536194 - 24408194, in 31 *E.H.R.R.* 2001, 292; *Veeber v. Estonia*, cit., § 31; ; *Coëme and others*, cit., § 145; *Kokkinakis c. Grecia*, cit., § 52; *Streletz e a.*, cit., § 50; *K.-H. W. v. Germany*, cit., § 45; *Baskaya and Okcuoglu v. Turkey*, cit., § 36

¹²⁷ Così MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 971; cfr. ID., *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 4, 1246 dove l'autore evidenzia anche il principio di proporzione come criterio, anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 150/2021, di «selezione interpretativa del tipo secundum proportionem chiedendogli di fissare il “confine di compatibilità costituzionale” e di scandire - in particolare - due livelli di tipicità/offensività in ragione della corposità dei diritti/libertà contrapposti e dell'alternativa sanzionatoria che la norma prevede: pene qualitativamente diverse impongono quadri di gravità diversi nella condotta punita»; VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 257 ss.; Corte E.D.U., *Streletz*, § 50; *K.-H. W. v. Germany*, cit., § 45; cfr. BERNARDI, *Il principio di legalità*, cit., 689.

¹²⁸ Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18258. Cfr. GRASSO, *Politiche penali*, cit., 58; DE AMICIS, *Il principio di legalità nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Quaderni eur.*, ottobre 2009, 14, 6.

¹²⁹ Corte E.D.U., 12 luglio 2022, *Kotlyar v. Russia* (Applications nos. 38825/16 and 2 others - see list appended).

In tal guisa la Corte EDU ha giudicato inaccessibile una norma penale che debba essere ricostruita in un contesto legislativo o giurisprudenziale eccessivamente confuso e contraddittorio¹³⁰, e ha precisato che la prevedibilità debba essere valutata anche in considerazione del settore in cui la norma è collocata, del numero e della qualità dei destinatari, della circostanza che i destinatari del precetto debbano avere una conoscenza specifica dei rischi inerenti l'esercizio dell'attività regolata, in modo da discernere lecito dall'illecito¹³¹. Insomma si pretende di più in settori professionali in cui si presuppone una particolare competenza, in linea del resto con l'orientamento prevalente della giurisprudenza della Suprema Corte italiana che è sicuramente più rigorosa nell'applicazione dell'errore scusabile *ex art. 5* in settori professionali. Nell'adempimento del dovere di informazione, si osserva in dottrina, il mancato ricorso al parere chiarificatore potrà essere rimproverato solo quando il contesto oggettivo avrebbe imposto al modello ideale di destinatario un ulteriore approfondimento di informazioni, riconoscendo la Corte EDU espressamente l'esistenza di una misura soggettiva dell'accessibilità normativa, in quanto l'onere di un approfondimento informativo valga «in particolare per i professionisti, abituati a dover dimostrare una grande prudenza nell'esercizio del loro mestiere. Da essi ci si può aspettare che valutino con particolare prudenza i rischi che quest'ultimo comporta (Pessino c. Francia, n° 40403/02, § 33, 10 ottobre 2006)»¹³²; oppure, la Corte fa riferimento a un soggetto con particolari capacità individuali e al contesto particolarmente “familiare” per cui avrebbe potuto

¹³⁰ Corte E.D.U., *Kalkaris*, cit., § 146 ss.; SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, a cura di Paliero-Viganò, cit., 245.

¹³¹ Corte E.D.U., 12 febbraio 2007, *Pessino v. France*, n. 40403/02, § 33; 6 aprile 2010, *Flinkkila and others v. Finland*, § 67; 19 febbraio 2008, *Bartosevicius and Burokevicius v. Lithuania*, § 120; 3 agosto 2007, *Custers, Deveaux e Turk c. Danimarck*, nn. 11843/03 11847/03 11849/03, § 94; 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG and others v. Switzerland*, n. 10890/84, § 68; SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, a cura di Paliero-Viganò, cit., 245; MANES, *Art. 7, comma 1*, cit., § IX; BERNARDI, *Il principio di legalità*, cit., 689 (n. 65); DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, a cura di De Vero-Panebianco, Torino, 2007, 19; GRABENWARTER, *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine Studie zu Artikel 6 EMRK auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs, Deutschlands und Osterreichs*, Wien-New York, 1997, 180; NAPPI, *op. cit.*, 112 ss.

¹³² Corte E.D.U., sez. II, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi Srl e altre 2 c. Italia*, n. 75909/01, § 109.

prevedere l'insorgere della responsabilità penale¹³³. Emerge la c.d. «dimensione più marcatamente “soggettiva” del giudizio di legalità, non a caso spesso collocata – nella dogmatica penalistica tradizionale – all'interno della struttura del giudizio di “colpevolezza”, nel momento in cui appunto si valorizza, come fondamentale pre-condizione del rimprovero sanzionatorio, l'aspetto della necessaria “conoscibilità della norma penale”»¹³⁴.

Nella considerazione di parametri oggettivi si attribuisce rilevanza anche all'evoluzione socioculturale¹³⁵ svincolata da riferimenti normativi-formali; in tale direzione le storiche sentenze in tema di *marital rape*¹³⁶, in cui l'evoluzione

¹³³ Corte E.D.U., *Custers, Deveaux and Turk*, cit., § 94 ss.; 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, 57 s.; 1 settembre 2016, *X e Y c. Francia*, § 57 ss.; 14 Aprile 2015, *Conrada c. Italia* n. 3, n. 66655/2013; MANES-CAIANIELLO, *op. cit.*, 273.

¹³⁴ Cfr. SCOLETTA, *op. cit.*, 245 ss. che cita come esempio il diverso iter argomentativo seguito dalla Corte EDU per dimostrare la legalità/prevedibilità delle norme penali applicate dai giudici nazionali in relazione alla qualifica soggettiva degli imputati nel caso *Streletz v. Germania*, in relazione ai dirigenti del governo e del partito che potevano comprendere l'illegittimità delle norme nazionali, rispetto alla situazione delle semplici guardie del muro, per cui era difficilmente prevedibile, del caso *K.-H.W c. Germania*, cfr. GRABENWARTER, *op. cit.*, 179 ss.; ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 343; NICOSIA, *op. cit.*, 68.

¹³⁵ Cfr. Corte E.D.U., sez. II, 19 febbraio 2008, *Kuolesis e a. v. Lituania*, § 115 ss. Cfr. MAZZACUVA, *Nulla poena*, cit., 238 s.; BERNARDI, *Riserva di legge e fonti europee in materia penale*, in *Annali Ferrara*, 2006, 45 ss.

¹³⁶ Corte E.D.U., 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, n. 0166/92, §§ 43 ss., con il quale è stata ritenuta prevedibile la condanna per violenza sessuale nei confronti della moglie, malgrado, al momento dei fatti, l'immunità che assisteva al marito non fosse stata ancora superata nell'ordinamento anglosassone; la Corte ha ritenuto che l'evidente evoluzione registratesi in riferimento al delitto di violenza sessuale rendeva infatti prevedibile la rilevanza penale di uno stupro, anche se commesso nell'ambito di una relazione coniugale: «42. It is to be observed that a crucial issue in the judgment of the Court of Appeal in *R. v. R.* (summarised at paragraph 11 above) related to the definition of rape in section 1 (1) (a) of the 1976 Act: “unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it”. The question was whether “removal” of the marital immunity would conflict with the statutory definition of rape, in particular whether it would be prevented by the word “unlawful”. The Court of Appeal carefully examined various strands of interpretation of the provision in the case-law, including the argument that the term “unlawful” excluded intercourse within marriage from the definition of rape. In this connection, the Court recalls that it is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply national law (see, for instance, the *Kenmache v. France* (no. 3) judgment of 24 November 1994, Series A no. 296-C, 86-87, para. 37). It sees no reason to disagree with the Court of Appeal's conclusion, which was subsequently upheld by the House of Lords (see paragraph 12 above), that the word “unlawful” in the definition of rape was merely surplusage and did not inhibit them from “removing a common law fiction which had become anachronistic and offensive” and from declaring that “a rapist remains a rapist subject to the criminal law, irrespective of his relationship with his victim” (see paragraph 11 above).

socio culturale cui i giudici di Strasburgo rimandano attribuisce valenza decisiva a un modello di riconoscibilità oggettiva. Parte della dottrina individua in queste sentenze anche un ulteriore e autonomo parametro di valutazione del concetto di prevedibilità, quello “sociale”, laddove da parte della Corte è «oggetto di valutazione l’evoluzione della considerazione sociale del comportamento come anti-giuridico, ritenendo prevedibile l’incriminazione persino se in contrasto con un testo normativo dal tenore liberatorio e pur in assenza di indicatori orientativi oggettivi»¹³⁷.

In dottrina si evidenzia una certa contraddittorietà in tali pronunce che finirebbero per consentire un’applicazione retroattiva di un’interpretazione in malam partem in una prospettiva criticamente considerata vittimocentrica, a scapito delle garanzie del reo¹³⁸. In verità non mancano assolutamente delle ambiguità e, soprattutto in passato, una certa tolleranza da parte della Corte EDU rispetto a norme imprecise, richiamando criteri discutibili come il “*common sense*” o, in ogni caso, ammettendo che la prevedibilità è garantita anche a fronte di una norma vaga, purchè sussista un’interpretazione giudiziaria consolidata (citatissima la risalente sentenza *Kokkinakis c. Grecia* del 1993¹³⁹ riguardante la

43. *The decisions of the Court of Appeal and then the House of Lords did no more than continue a perceptible line of case-law development dismantling the immunity of a husband from prosecution for rape upon his wife (for a description of this development, see paragraphs 11 and 23-27 above). There was no doubt under the law as it stood on 18 September 1990 that a husband who forcibly had sexual intercourse with his wife could, in various circumstances, be found guilty of rape. Moreover, there was an evident evolution, which was consistent with the very essence of the offence, of the criminal law through judicial interpretation towards treating such conduct generally as within the scope of the offence of rape. This evolution had reached a stage where judicial recognition of the absence of immunity had become a reasonably foreseeable development of the law (see paragraph 36 above).*

44. *The essentially debasing character of rape is so manifest that the result of the decisions of the Court of Appeal and the House of Lords - that the applicant could be convicted of attempted rape, irrespective of his relationship with the victim - cannot be said to be at variance with the object and purpose of Article 7 (art. 7) of the Convention, namely to ensure that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment (see paragraph 34 above). What is more, the abandonment of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilised concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom.*

¹³⁷ Sui criteri del giudizio di prevedibilità v. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell’esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 128 ss.

¹³⁸ Così VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 239 ss.

¹³⁹ Corte E.D.U., Grande Camera, 25.5.1993.

condanna per proselitismo¹⁴⁰ a carico di un testimone di Geova sulla base di una norma che la Corte EDU ritenne effettivamente imprecisa e vaga, ma sulla quale si era consolidata una giurisprudenza ormai costante che, essendo facilmente accessibile, avrebbe consentito al ricorrente di ricondurvi la propria condotta¹⁴¹)¹⁴²; o, addirittura, si ammette la riconoscibilità del rischio penale anche in presenza di precedenti relativi a vicende o nozioni (semplicemente) simili a quelle o quelli che emergono dai ricorsi per violazione dell'art. 7 (ad esempio nel noto caso di *insider trading Soros c. Francia*¹⁴³).

Fermo restando ciò, proprio rispetto al caso del *marital rape* si evidenzia correttamente che era difficile ipotizzare una conclusione diversa da parte di una Corte dei diritti che deve garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona e che, quindi, non avrebbe potuto accogliere un concetto di rapporto coniugale non degno di una “società civile”, come sarebbe avvenuto laddove non avesse ritenuto che il caso di specie rientrasse nel marital rape (la Corte precisa che «*the abandonment of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilised concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and*

¹⁴⁰ L'art. 2 l. 1672 / 1939 definiva proselitismo «ogni attività finalizzata a intromettersi, direttamente o indirettamente, nelle convinzioni religiose di una persona di diverso credo religioso, allo scopo di minarle, attraverso qualsiasi tipo di incentivo o sostegno morale o assistenza materiale, o con mezzi fraudolenti o approfittando dell'altrui inesperienza, fiducia, sprovvedutezza o ingenuità».

¹⁴¹ In senso analogo alla soluzione del caso *Kokkinakis* (in cui venne comunque ravvisata una violazione dell'art. 9 C.E.D.U.) v. *Cantoni c. Francia*, cit., caso di vendita abusiva di prodotti farmaceutici, che ruotava intorno all'interpretazione del termine “medicinale”, rispetto al quale, pur in presenza di qualche deviazione nella giurisprudenza di merito, la Corte di cassazione aveva consolidato un orientamento estensivo ormai definito, accessibile da parte del ricorrente.

¹⁴² FORNARI, *op. cit.*, 9.

¹⁴³ Corte E.D.U., 6 ottobre 2011: ad esempio, è stata conferita rilevanza alla circostanza che il rilievo penale delle condotte imputate al ricorrente (operazioni di borsa sui titoli emessi da un istituto bancario con cui il ricorrente, noto investitore istituzionale, non aveva rapporti di alcun tipo) all'epoca dei fatti era già stato riscontrato dalla giurisprudenza, ancorché solo a livello di Tribunali e riguardo a vicende che concernevano tipologie di soggetti diverse (si trattava di due casi riguardanti, rispettivamente, un giornalista finanziario e un consulente e direttore di uno studio di architettura: v. § 56-57), ma ritenute “sufficientemente simili” a quella del ricorrente; questo, nonostante che, a detta della Corte EDU, la norma incriminatrice, che nel caso Soros era stata applicata per la prima volta nei confronti di un soggetto non legato né contrattualmente né professionalmente con la società di cui aveva acquisito le quote, fosse effettivamente poco precisa nel delineare i requisiti del c.d. *insider* e del carattere “privilegiato” delle informazioni utilizzate

human freedom)¹⁴⁴; a parte la considerazione che la sentenza del giudice britannico, in senso “coerente con l’essenza del reato”, «altro non fece che continuare una linea percepibile di sviluppo giurisprudenziale» sulla via dell’opposizione di limiti sempre più marcati all’immunità coniugale, tale che «il riconoscimento giudiziale dell’assenza di immunità era diventato uno sviluppo ragionevolmente prevedibile»¹⁴⁵.

Nella più recente giurisprudenza della Corte europea, si intravede una minore attenzione per la conoscibilità soggettiva del precetto e una maggiore concentrazione sulla valutazione della prevedibilità in termini oggettivi e quindi di tassatività e tipicità della singola fattispecie incriminatrice, indipendentemente dalle peculiarità soggettive dei destinatari del precetto; si evidenzia, in particolare, che la qualifica professionale dei destinatari è considerata dalla giurisprudenza della Corte EDU come uno degli elementi da prendere in considerazione ai fini del giudizio¹⁴⁶, ma a supporto di un quadro normativo e giurisprudenziale colto nella sua oggettiva consistenza. Si ribadisce, in tali occasioni, che «i professionisti sono abituati a dover esercitare grande cautela nell’esercizio della loro professione» e che «ci si può quindi aspettare che prestino particolare attenzione nella valutazione dei rischi che essa comporta...»¹⁴⁷.

¹⁴⁴ MASSARO, *op. cit.*, 97.

¹⁴⁵ Corte E.D.U., *S.W. c. Regno Unito*, cit., § 43, con rinvio ai §§ 11 e 23-27; così FORNARI, *op. cit.*, 7, che ricorda «In particolare, in un precedente (*R. c. R.*) del luglio del 1990 (poi confermato da una sentenza della *Court of Appeal*), la *Crown Court* nel condannare un marito che si era appellato alla causa di non punibilità si era uniformata ad altri casi, pur caratterizzati da varietà di circostanze relative alla evoluzione dello *status* matrimoniale dei soggetti coinvolti (separazione, cessazione della convivenza ecc.), in cui l’eccezione di immunità non era stata accolta, avendo la Corte inglese colto le mutate concezioni sull’uguaglianza tra uomo e donna e della esigenza di tutelare la dignità di quest’ultima anche all’interno del vincolo matrimoniale».

¹⁴⁶ Tra le altre Corte E.D.U., *Cantoni c. Francia*, cit., § 35.

¹⁴⁷ Così Corte E.D.U., 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, n. 50425/06, § 53; 27 gennaio 2015, *KA e AD c. Belgio*, n. 42758/98, 45558/99; da ultimo, la sentenza *Milankovic c. Croazia*, 20 gennaio 2022, n. 33351/20, § 64 - 66: “65. That is especially so in the applicant’s case having regard to:- the fact that he was a police commander, and that persons carrying out a professional activity must proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation and can be expected to take special care in assessing the risks that such activity entails (see *Kononov*, cited above, § 235, and *Šimšić*, cited above, § 24);

- the domestic courts’ finding that the applicant was a military-academy-educated officer who had thus known very well that his conduct could make him criminally liable (see paragraph 18 above); and
- the fact that Croatia’s declaration of independence had been adopted already on 25 June 1991 even though it came into effect only on 8 October 1991 (see paragraph 5 above). 66. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the applicant’s conviction for war crimes on the

In tale direzione nel caso *Navalnyye c. Russia*¹⁴⁸ la Corte di Strasburgo è tornata a riconoscere la violazione dell'art. 7 C.E.D.U. per l'imprevedibilità della condanna penale; i ricorrenti lamentavano di essere stati condannati ingiustamente dai giudici nazionali per i reati di frode contrattuale e riciclaggio, venendo puniti per condotte che, al tempo della loro commissione non potevano ragionevolmente integrare le fattispecie incriminatrici in questione e dunque in violazione del principio di legalità e prevedibilità di cui all'art. 7 C.E.D.U., nonché in base a un procediment

o penale sostanzialmente "politico", che li aveva privati delle fondamentali garanzie previste dall'art. 6 C.E.D.U.. Ad avviso della Corte, la condanna penale subita dai due ricorrenti è l'esito di un'interpretazione estensiva e imprevedibile della legge penale a loro discapito; così come essi non potevano prevedere che le loro condotte, lecite sotto il profilo del diritto contrattuale, avrebbero integrato il reato di frode commerciale, peraltro, gli stessi non potevano nemmeno attendersi che l'utilizzo dei proventi di tale attività per i fini della propria impresa avrebbe ulteriormente integrato il delitto di riciclaggio. La violazione dell'art. 7 C.E.D.U. viene così pacificamente accertata. Come già riconosciuto dalla Corte EDU in un altro caso relativo al medesimo ricorrente Aleksey

basis of his command responsibility had *tempore criminis* a sufficiently clear legal basis in international law (compare *Šimšić*, cited above, § 23), and that it was foreseeable for him that his failure to prevent the war crimes committed by the police units under his command would make him criminally liable. It also follows from these considerations that this conclusion applies regardless of whether those crimes were committed before or after the war in Croatia in the early 1990s became an international armed conflict"; Corte E.D.U., 28 maggio 2020, *Georgouleas e Nestoras c. Grecia*, n. 44612/13 e 45831/13, nella quale la prevedibilità di una sentenza di condanna (a sanzione amministrativa) per aggravi è stata ravvisata, oltre che nella presenza di precedenti conformi e nella adeguatezza dell'interpretazione adottata dalla Corte nazionale all'essenza della fattispecie, anche nel peculiare ruolo professionale dei ricorrenti, che essendo esperti operatori finanziari avrebbero dovuto utilizzare le loro competenze per evitare di percorrere aree di rischio sanzionatorio (le qualifiche personali puntellano una soluzione già individuata *aliunde* su base oggettiva - esistenza di precedenti e conformità dell'interpretazione prescelta all'essenza della fattispecie -; Grande Camera, *Kononov c. Lettonia*, 17 maggio 2010, § 235 ss.; *Drelingas c. Lituania*, 9 settembre 2019, § 97 ss. FORNARI, *op. cit.*, 6; PAGELLA, *La Corte EDU esclude la violazione dell'art. 7 in ragione della qualifica professionale dell'imputato: imprevedibilità delle pronunce in materia di prevedibilità soggettiva?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 628 ss.; in termini generali, prendendo spunto dalla decisione citata, RECCHIONE, *La "prevedibilità della condanna": la dimensione soggettiva del principio di legalità nell'ordinamento convenzionale*, in *Cass. pen.*, 2020, 4287 ss.

¹⁴⁸ Corte EDU, Sez. III, sent. 17 ottobre 2017 (15 novembre 2018), *Navalnyye c. Russia*, n. 29580/12.

Navalnyy¹⁴⁹, la Corte ritiene inoltre che la totale incompatibilità tra le condotte contestate all'imputato e la norma incriminatrice richiamata rende il procedimento penale arbitrario e dunque lesivo dell'art. 6 § 1 C.E.D.U.

Non sempre la nostra Corte Costituzionale ha valorizzato del tutto la portata garantistica del principio di legalità/prevedibilità in termini innanzitutto di qualità della legge, tendendo piuttosto a valorizzare la dimensione scusante – in violazione del principio di colpevolezza – dell'ignoranza della legge dovuta a un orientamento gravemente caotico della giurisprudenza; per contro in dottrina si contesta che la considerazione di tale situazione sul piano della rimproverabilità non è sempre lineare, dovendo valutare i fattori soggettivi ed eccezionali che hanno reso non esigibile la conoscenza della legge e l'azione doverosa, mentre si tratta piuttosto di una situazione di mancanza di tipicità del fatto nella *law in action*¹⁵⁰. «Rispetto poi alla garanzia incorporata nel *nullum crimen*, la garanzia della conoscibilità del precetto penale si limita ad offrire una tutela *ex post* (e pressoché solo teorica, come si è visto) all'individuo, comportando una mera rinuncia dell'ordinamento alla pena nei confronti di chi abbia versato senza propria colpa nell'ignoranza della legge penale. Un tale rimedio, tuttavia, lascia sopravvivere la legge penale stessa, anche quando la causa dell'ignoranza risiede nella sua oscurità, equivocità, imprecisione: vizi tutti che ne dovrebbero, invece, determinare la radicale illegittimità costituzionale al metro dell'art. 25 co. 2 Cost. Di talché esso costituisce una garanzia di grado decisamente inferiore – come una sorta di rimedio di ultima istanza, quando altri rimedi più efficaci non abbiano operato – rispetto a quella potenzialmente assicurata dal principio di legalità in materia penale, nei suoi corollari della precisione e del divieto di analogia; se non fosse che, come poc'anzi si è detto, anche la capacità di rendimento del *nullum crimen* si è rivelata a conti fatti, nel nostro

¹⁴⁹ Corte EDU, sez. III, 4 luglio 2016, *Navalnyy e Ofitserov c. Russia*, n. 46632/13 and 28671/14.

¹⁵⁰ CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014, 316 ss.; VOGLIOTTI, *Penser l'impensable: le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal in malam partem. La perspective italienne*, in *Diritto e quest. pubbl.*, 2003, 348 ss.; DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 95 ss.; VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 150 ss.; MAZZAZACUVA, *Nulla poena*, cit., 241.

ordinamento, come ben poca cosa»¹⁵¹. In ogni caso degna di nota la sentenza Beschi delle Sezioni Unite che all'insegna della massimizzazione della protezione dei diritti fondamentali nella prospettiva consacrata dall'art. 53 della C.E.D.U. e richiamata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 317/2009¹⁵², ha sancito che «L'obbligo di interpretazione conforme alla convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il "diritto vivente"»¹⁵³.

5.1. (Segue) *e della Corte di Giustizia*. In termini simili anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia si evidenziano i collegamenti tra il principio di legalità e quello di colpevolezza valorizzando il ruolo della prevedibilità ai fini del controllo sulla conformità delle previsioni sanzionatorie comunitarie al primo principio¹⁵⁴, e così finendo per presupporre la colpevolezza perché la garanzia della prevedibilità dell'intervento punitivo (a tutela della libertà del cittadino) presuppone comportamenti controllabili dall'individuo e, quindi, colpevoli; rispetto a comportamenti incontrollabili, non ha senso sapere prima il confine tra lecito e illecito.

Il principio di legalità che, come precisato dall'Avvocato Generale Ruiz Jarabo Colomer nelle sue conclusioni nelle cause riunite C 74/95 e C 129/95, costituisce uno "dei principi comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri che appare, nel contempo, come un diritto fondamentale dei cittadini di tali

¹⁵¹ VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 10.

¹⁵² Cfr. GRASSO, *Politiche penali*, cit., 61.

¹⁵³ Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288; cfr. Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, n. 29556. In tale direzione, del resto, la novella dell'art. 618 c.p.p., introdotta dalla l. 23 giugno 2017, n. 103, che ha rafforzato il ruolo nomofilattico del precedente costituito dalla pronuncia delle Sezioni Unite.

¹⁵⁴ Cfr. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività*, in *Cass. pen.*, 2007, 2204; cfr. RIONDATO, *Nullum crimen sine lege tra riforma del codice penale italiano e esigenze di una parte generale europea*, relazione per il Symposium del 24 maggio 2002 presso l'Università di Greifswald, in *www.riondato.com*, 3 ss., il quale però non vede le connessioni tra legalità e colpevolezza.

Stati e un principio basilare dello stesso diritto comunitario¹⁵⁵, costituisce un’emanazione del principio di certezza del diritto, riconosciuto quale principio generale del diritto comunitario¹⁵⁶; volto a garantire la *prevedibilità* delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto dell’Unione Europea¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Nell’ordinamento comunitario si riconosce che il principio di legalità, come precisato dall’Avvocato Generale *Ruiz Jarabo Colomer* nelle sue conclusioni nelle cause riunite C 74/95 e C 129/95, costituisce uno “dei principi comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri che appare, nel contempo, come un diritto fondamentale dei cittadini di tali Stati e un principio basilare dello stesso diritto comunitario”, in *Racc.* 1996, I, 6627; il corsivo è aggiunto. Cfr. CGUE, 3 giugno 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e a. c. The Secretary of State for Transport*, C-308/06, § 70; 22 maggio 2008 – *Evonik Degussa GmbH, già Degussa GmbH/ Commissione delle Comunità europee, Consiglio dell’Unione europea*, C-266/06 P; Conclusioni dell’Avvocato *Juliane Kokott*, 13 dicembre 2007, *Marks & Spencer plc c. Her Majesty’s Commissioners of Customs and Excise*, C-309/06, § 40. Tale principio, come sottolinea la Corte di Giustizia, “è stato altresì sancito da diversi trattati internazionali, e in particolare dall’art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”, così CGUE, 12 dicembre 1996, *Procedimenti penali contro X*, C-74/95 e 129/95, in *Racc.*, I, 6609; 22 novembre 2005, *Knud Grøngaard – Allan Bang*, C-384/02, 28 con riferimento al diritto penale; 3 maggio 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, C-303/05, § 49 in materia di mandato di arresto europeo; Tribunale 5 aprile 2006, *Degussa AG* sostenuta da Consiglio dell’Unione europea, T-279/02, § 67; Avvocato *Colomer, Advocaten voor de Wereld VZW, cit.*, § 100 ss.; conforme GRASSO, *La formazione di un diritto penale dell’Unione Europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, a cura di Bacigalupo-DeAngelis-Grasso-Sicurella, Milano, 1998, 4; ID., *Evoluzione del diritto penale europeo e tutela dei diritti fondamentali alla luce della «saga Taricco»*, in *Leg. pen.*, 2018, 30 sull’importanza di tale principio come diritto fondamentale del diritto penale europeo; DE AMICIS-VILLONI, *La ratifica della Convenzione ONU sulla Criminalità organizzata transnazionale e dei suoi protocolli addizionali*, in *Giur. merito*, 2006, 383 ss.; MANACORDA, *La deroga alla doppia punibilità nel mandato di arresto europeo e il principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 2007, 4346; PISANI, *Legalità ed eguaglianza nella decisione-quadro sul mandato d’arresto europeo (Cooperazione internazionale in materia penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1235; ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2008, 1 ss.

¹⁵⁶ CGUE, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), cit.*, § 69; 13 marzo 2008, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening (C-383/06) – Gemeente Rotterdam (C-384/06) c. Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid e Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant (C-385/06) c. Algemene Directie voor de Arbeidsvoorziening*, C-383/06 a C-385/06, § 52; 22 febbraio 1984, *Kloppenborg*, C 70/83, in *Racc.* 1075, § 11; 12 novembre 1981, *Salumi e a.*, cause riunite da 212/80 a 217/80, in *Racc.* 2735, § 10; Tribunale, *Degussa AG, cit.*, § 66; sul principio della certezza del diritto, ancora, Tribunale, 7 novembre 2002, *Vela Srl – Tecnagrind SL*, T-141/99, T-142/99, T-150/99 e T-151/99, § 391; cfr. Conclusioni dell’Avvocato *Ruiz Jarabo Colomer*, 16 dicembre 2004, *Regno del Belgio e Commissione delle Comunità europee*, C-110/03, § 59 ss.

¹⁵⁷ Tribunale, 6 ottobre 2005, *Sumitomo Chemical Co. Ltd- Sumika Fine Chemicals Co. Ltd.*, T-22/02 e T-23/02, § 80; CGUE, 15 febbraio 1996, *Duff e a.*, C-63/93, in *Racc.* I – 569, § 20; 18 novembre 1987, *Maizena*, C-137/85, in *Racc.*, 4587; 25 settembre 1984, *Köneck e/Balm*, C-17/83, *ivi* 1984, 3003 – 3004; Tribunale, 27 giugno 2007, *Nuova Gela Sviluppo Soc. cons. pa.*, T-65/04, § 69; 31 gennaio 2002, *Hult/Commissione*, T-206/00, in *Racc. PI* I-A-19 e II-81, § 38; cfr. CGUE, 25 giugno 1997, *Proc. pen./Tombesi e altri*, C-304/94 e altri, *ivi* 1997, 444, che parla di principio di legalità comunitaria e

Il principio in esame viene riconosciuto nel diritto UE con i suoi corollari¹⁵⁸, costituiti dalla riserva di legge, dal principio di irretroattività, dal divieto di analogia *in malam partem*¹⁵⁹ e dal principio di tassatività¹⁶⁰.

Il principio di legalità è stato espressamente riconosciuto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nell'articolo 49, che sancisce «il principio della legalità dei reati e delle pene» e si applica, quindi, ai procedimenti aventi natura penale, da accertare, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in base a tre criteri, corrispondenti ai criteri Engel sanciti dalla Corte EDU («Il primo consiste nella qualificazione giuridica del reato nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere»)¹⁶¹.

In particolare, nel riconoscere espressamente il principio di irretroattività delle norme penali, - comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, sancito altresì dall'art. 7 della C.E.D.U. e parte integrante dei principi generali

nazionale. Cfr. GRASSO, *Recenti sviluppi*, cit., 754; ID., *Comunità europea e diritto penale*, cit., 92.

¹⁵⁷ CGUE, 13 febbraio 1979, *Hoffmann La Roche*, C-85/76, in *Racc.*, 510; Tribunale, *Degussa AG*, cit., § 66.

¹⁵⁸ OPPERMANN, *Europarecht*, München, 2011, 46 ss., il quale ritiene che in materia comunitaria il principio di legalità ricomprende tutti i suoi classici corollari.

¹⁵⁹ Cfr. in materia TRECHSEL, *op. cit.*, 231 ss.

¹⁶⁰ Cfr. ADINOLFI, *op. cit.*, 8 ss.

¹⁶¹ Da ultimo Corte di Giustizia, 6 ottobre 2021, *Ecotex Bulgaria* (C-544/19, EU:C:2021:803, punti [91] e 92); Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe, 9 giugno 2022, C-203/21, *Procedimento penale a carico di Delta Stroy*, 2003, § 26: «27. A questo proposito, è pacifico che la sanzione pecuniaria di cui trattasi è collegata a un reato previsto e sanzionato dall'articolo 255 del codice penale, in forza del quale la rappresentante della società Delta Stroy è sottoposta a procedimenti penali; detta sanzione è inoltre definita negli articoli 83a e seguenti dello ZANN, disposizioni queste rientranti nel capo 4 dal titolo «Sanzioni amministrative a carattere penale a carico di persone giuridiche e di imprenditori individuali». La sanzione è pronunciata da un giudice penale al termine di un procedimento disciplinato dall'articolo 83b e dagli articoli da 83d a 83f dello ZANN, fermo restando che il successivo articolo 83g prevede, per le questioni non regolate dalle disposizioni di cui trattasi, l'applicazione del codice di proC.E.D.U.ra penale. 28. In base alle informazioni fornite dal giudice del rinvio, la sanzione pecuniaria mira a punire il reato e a prevenirne la commissione e non a risarcire il danno da esso causato, circostanza questa indicativa di una finalità repressiva tipica di una sanzione penale ai sensi dell'articolo 49 della Carta. Quanto alla severità della sanzione di cui trattasi, come precisato, il suo importo massimo è fissato in BGN 1 000 000 (circa EUR 510 000), il che conferma l'analisi secondo cui si tratterebbe di una sanzione di natura penale ai sensi dell'articolo 49 della Carta. 29. Il regime sanzionatorio previsto dalla normativa nazionale oggetto del procedimento principale riveste pertanto, a mio avviso, carattere penale e può quindi essere valutato alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta e, segnatamente, del principio di legalità dei reati e delle pene sancito dall'articolo 49 della stessa».

del diritto di cui il giudice UE deve garantire l'osservanza¹⁶², la giurisprudenza "comunitaria" ne esalta il profilo volto a garantire la prevedibilità dell'intervento punitivo, precisando che tale principio «può opporsi all'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di una norma che descrive un'infrazione», «un'interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente *prevedibile* nel momento in cui un'infrazione è stata commessa, alla luce, in particolare, dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza relativa alla disposizione legale in questione»¹⁶³. La Corte di Giustizia sottolinea, in particolare, la *ratio* garantistica del principio di irretroattività in materia penale, che consiste nel «far sì che i cittadini *conoscano in anticipo* i comportamenti dai quali devono astenersi e le conseguenze che da essi derivano (*lex previa*)»¹⁶⁴.

Nella giurisprudenza si afferma, ancora, un principio di tassatività – certezza del diritto come principio fondamentale del diritto "comunitario" e dell'UE¹⁶⁵ in base al quale «la norma comunitaria deve essere certa e la sua applicazione *prevedibile* per coloro che vi sono sottoposti»¹⁶⁶; «la normativa comunitaria sia chiara e precisa, affinché i singoli possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza»¹⁶⁷. Si afferma, inoltre, in

¹⁶² CGCE *Groupe Danone*, cit., § 87 - 88; 10 luglio 1984, *Kirk*, C-63/83, *Racc.*, 2689, § 22.

¹⁶³ CGCE *Groupe Danone*, cit., § 90; *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, 28 giugno 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, § 227; Tribunale, 8 luglio 2008, *AC-Treuhand AG*, cit., 142. Cfr. GRASSO, *Politiche penali*, cit., 58 il quale evidenzia come in tal modo vengono accresciute le garanzie offerte dall'art. 25 Cost.

¹⁶⁴ Avvocato *Colomer*, *Advocaten voor de Wereld VZW*, cit., § 102.

¹⁶⁵ CGUE, *Emsland-Stärke GmbH*, cit., § 43; Tribunale, *Sumitomo Chemical Co. Ltd - Sumika Fine Chemicals Co. Ltd*, cit., § 80; CGCE 23 novembre 1999, *Arblade e Leloup*, Cause riunite C-369 e 376/96, in *Racc.* 8453 ss. con esplicito riferimento al diritto penale; Corte, *Duff*, cit., I-569; Tribunale, *Hult/Commissione*, cit., § 38.

¹⁶⁶ Cfr. Tribunale, 22 gennaio 1997, *Opel Austria GmbH c. Consiglio*, C T-115/94, in *Riv. intern. dir. uomo* 1997, 817, in particolare 839-841; conformi Conclusioni dell'Avvocato *Léger*; in CGCE 29 gennaio 1998, *Lopex Export*, C-315/96, in *Racc.*, 1, 325-326.

¹⁶⁷ CGE, 3 giugno 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko)*, cit., § 69; 21 giugno 2007, *Stichting ROM-projecten e Staatssecretaris van Economische Zaken*, C-158/06, § 25; *Emsland-Stärke GmbH*, cit., § 43; 14 aprile 2005, C-110/03, *Belgio/Commissione*, *Racc.* I-2801, § 30; 13 febbraio 1996, *van Es Douane Agenten*, *Racc.* I, 431, § 27; Tribunale, *Nuova Gela Sviluppo Soc. cons. pa*, cit., 69; Avvocato *Juliane Kokott*, *The International Association of Independent Tanker Owners e altri*, cit., § 143. «Ogni atto delle istituzioni produttivo di effetti giuridici sia non soltanto chiaro e preciso (così CGUE, *Könecke c/Balm*, cit., 3302; conforme CGUE, *Regno Unito-Irlanda del Nord/Commissione*, cit., 2303; *Amministrazione delle dogane contro Société Gondrand Frères*, cit., 1942), ma anche

particolare il «principio della determinatezza e della prevedibilità delle norme comportanti sanzioni»¹⁶⁸, in quanto la «sanzione, anche se non avente carattere penale, non può essere inflitta se non si fonda su una base legale chiara e non ambigua»¹⁶⁹. Con particolare riferimento alla materia penale si sottolinea l'esigenza di una «definizione rigorosa e inequivocabile delle tipologie dei reati (*Jex certa*), talché i cittadini, sulla base di tale definizione e, all'occorrenza, con l'ausilio dei tribunali, siano in grado di *prevedere* le azioni e le omissioni che li compromettono penalmente»¹⁷⁰.

Più recentemente, ad esempio nei casi *Prokuratura Rejonowa w Stupsku*¹⁷¹ e «Bv con l'intervento di *Direction départementale des finances publiques de la Haute-Savoie*»¹⁷², riprendendo testualmente il linguaggio utilizzato dalla Corte EDU in termini di legalità/prevedibilità, la Corte di Giustizia ha sancito, valorizzando il rapporto tra legalità e colpevolezza, che il principio di legalità delle pene «esige che la legge definisca chiaramente le infrazioni e le pene che le reprimono» e tale condizione «si rivela soddisfatta qualora il soggetto sia in

portato a conoscenza dell'interessato in modo tale che questi posseda la certezza del momento a decorrere dal quale l'atto stesso esiste ed è produttivo di effetti giuridici», così Tribunale, *Opel Austria GmbH c. Consiglio*, cit., 817, in particolare 839 - 841; conformi Avvocato Léger, in *Lopex Export*, cit., 325 s.; CGCE 11 luglio 1991, *Crispoltoni*, C-368/89, in *Racc.*, I, 3595; *Salumi e a.*, cit., 2735; 8 giugno 1977, *Merkur/Commissione*, C-97/76, ivi 1977, 1063; 15 febbraio 1996, causa C-63/93, *Duff e a.*, *Racc.* I-569, § 20.

¹⁶⁸ CGUE, *Hoffmann La Roche*, cit., 510; per le conclusioni sul punto dell'avvocato REISCHL, 594 ss.

¹⁶⁹ CGUE, *Könecke c/ Balm*, cit., 3291, § 11; *Kirk*, cit., 2689, § 22; 11 luglio 2002, *Käseri Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG contro Hauptzollamt Hamburg - Jonas*, C-210/00, § 52; *Emsland-Stärke GmbH*, cit., § 56; 6 aprile 2006, *ED & Man Sugar Ltd c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, § 15; *Emsland-Stärke GmbH*, cit., § 43; 26 ottobre 2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun*, C-248/04, in *Racc.*, I-0000, § 79; 15 dicembre 1987, *Paesi Bassi/Commissione*, C 326/85, in *Racc.* 5091, § 24; Tribunale, 30 maggio 2006, *Bank Austria Creditanstalt AG c. Commissione*, T-198/03, 68; Avvocato *Yves Bot*, *Britannia Alloys & Chemicals Ltd*, cit., § 123. Cfr. HEITZER, *Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Heidelberg, 1997, 114.

¹⁷⁰ CGUE, *Advocaten voor de Wereld VZW*, cit., § 50 (cfr. 49 sul principio di precisione), con riferimento alla sentenza C.E.D.U., *Coëme e a.*; Avvocato *Colomer*, *Advocaten voor de Wereld VZW*, cit., § 102; Avvocato *Kokott*, *The International Association of Independent Tanker Owners e altri*, cit., § 143; Corte (Quinta Sezione), 11 giugno 2009, *H.J. Nijemeisland c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, C-170/08. Cfr. MANACORDA, *La deroga alla doppia punibilità*, cit., 4346; DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino, 2006, 48.

¹⁷¹ Per quanto riguarda il principio di legalità delle pene v., per tutte, sentenza dell'11 giugno 2020, *Prokuratura Rejonowa w Stupsku*, *Prokuratura Rejonowa w Stupsku*, C-634/18, EU:C:2020:455, punto 49.

¹⁷² CGUE, I Sez., 5 maggio 2022, C-570/20, *BV con l'intervento di Direction départementale des finances publiques de la Haute-Savoie*, §§ 37 ss.

grado di sapere, sulla base del dettato della disposizione pertinente e con l'aiuto dell'interpretazione che ne è data dai Tribunali, quali atti e omissioni implicano la sua responsabilità penale»¹⁷³; tale nozione di prevedibilità va riferita alla *law in action*, alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale il cui risultato deve essere “ragionevolmente prevedibile”: «il principio di legalità dei reati e delle pene non può pertanto essere interpretato come un divieto di graduale chiarimento, da una causa all'altra, delle norme sulla responsabilità penale da parte di un'interpretazione giurisprudenziale, a condizione che il risultato sia ragionevolmente prevedibile al momento della commissione dell'infrazione, alla luce in particolare dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza relativa alla disposizione legale in questione»¹⁷⁴. Come recentemente evidenziato dall'Avvocato Bobek, «se il legislatore non è stato in grado di indicare inequivocabilmente cosa volesse, è complicato farlo a posteriori in via interpretativa, tanto più che le persone interessate potrebbero ragionevolmente aver seguito un iter di pensiero diverso. Tale approccio diventa tanto più problematico se deve effettivamente sfociare nella sanzione di comportamenti, per analogia o per connessione, senza una base giuridica esplicita. Nel campo del diritto penale, i reati devono essere definiti ex ante in modo preciso e chiaro (nel caso di specie “tenuto conto del tenore letterale dell'articolo 19, paragrafo 2, del regolamento n. 561/2006, la repressione delle infrazioni, sulla base di detta disposizione, al regolamento n. 3821/85, rilevate ma non commesse sul territorio di uno Stato membro non può certamente essere considerata *ragionevolmente prevedibile* dalla persona che ne subisce le conseguenze”)»¹⁷⁵.

¹⁷³ CGUE, 22 ottobre 2015, AC-Treuhand/Commissione, C-194/14 P, EU:C:2015:717, § 40; 3 giugno 2008, Intertanko e a., C-308/06, EU:C:2008:312, § 71; 20 dicembre 2017, Vaditrans, C-102/16, EU:C:2017:1012, punto 51 e giurisprudenza ivi citata; V sez., 9 settembre 2021, C-906/19, FO, § 46; Avvocato Generale M. Campos Sánchez-Bordona, 9 dicembre 2021, C-570/20, *BV con l'intervento di Direction départementale des finances publiques de la Haute-Savoie*, § 62; Avvocato Michal Bobek, 4 marzo 2021, *FO contro Ministère public*, C-906/19, § 53.

¹⁷⁴ § 41.

¹⁷⁵ Avvocato Michal Bobek, *FO contro Ministère public*, cit., § 54-55.

«Ne consegue che le disposizioni che autorizzano la doppia repressione devono rispettare determinati requisiti di accessibilità e prevedibilità», come sottolinea l'Avvocato Generale M. Campos Sánchez-Bordona¹⁷⁶.

In particolare nel caso BV¹⁷⁷, non solo si richiama la necessità della ragionevole prevedibilità del risultato dell'interpretazione relativo alla responsabilità penale, ma si forniscono dei criteri di valutazione di tale prevedibilità dell'interpretazione precisando che «la portata della prevedibilità così richiesta dipende in larga parte dal contenuto del testo di cui trattasi, dal settore interessato nonché dal numero e dalla qualità dei suoi destinatari», richiamando criteri oggettivi e soggettivi¹⁷⁸. Anzi si precisa ulteriormente che «la prevedibilità della legge non impedisce che l'interessato sia portato a ricorrere a un illuminato parere legale al fine di valutare, in una misura ragionevole in base alle circostanze della causa di cui trattasi, le conseguenze che possono risultare da un atto determinato. Ciò vale in particolare per i professionisti, abituati a dover dare prova di grande prudenza nello svolgimento del loro lavoro. Così, ci si può attendere da loro una cura particolare nel valutare i rischi che esso comporta¹⁷⁹»¹⁸⁰.

Questa interpretazione in termini di prevedibilità collegata alla legalità, irretroattività e tassatività, viene ribadita anche nell'interpretazione dell'art. 2, n. 2, del regolamento n. 2988/1995 che riconosce il principio di legalità per le sanzioni comunitarie, prevedendo che una sanzione non può essere applicata se non è stata introdotta da un atto comunitario (riserva di legge) precedente all'irregolarità (principio di irretroattività)¹⁸¹.

¹⁷⁶ Avvocato M. Campos Sánchez-Bordona, BV, cit., § 62.

¹⁷⁷ Si precisa che la doppia repressione, o meglio il cumulo di procedimenti e di sanzioni di natura penale deve rispettare «il principio di legalità dei reati e delle pene quale garantito all'articolo 49, paragrafo 1, della Carta», anche in termini di prevedibilità alla luce non solo delle «disposizioni legislative», ma anche della «loro interpretazione da parte dei giudici nazionali», pretendendo che il risultato di «un siffatto graduale chiarimento delle norme sulla responsabilità penale mediante l'interpretazione giurisprudenziale sia ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa», § 39.

¹⁷⁸ § 43.

¹⁷⁹ CGUE, 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, punto 219 e giurisprudenza citata; 22 ottobre 2015, *AC-Treuhand/Commissione*, C-194/14 P, EU:C:2015:717, punto 42; 28 marzo 2017, *Rosneft*, C-72/15, EU:C:2017:236, punto 166.

¹⁸⁰ CGUE, BV con l'intervento di *Direction départementale des finances publiques de la Haute-Savoie*, cit.

¹⁸¹ Ampiamente su tale principio nel diritto comunitario cfr. SCHWARZE, *European Administrative Law*,

L'art. 2, n. 2, viene interpretato anche come principio di tassatività dalla giurisprudenza comunitaria che ribadisce che «una sanzione, anche a carattere amministrativo, può essere inflitta solo se ha un fondamento giuridico chiaro ed inequivoco»¹⁸². La Corte di Giustizia precisa che tale disciplina si applica solo alle sanzioni amministrative (art. 5) e non si applica alle misure riparatorie di cui all'art. 4 del regolamento¹⁸³.

In conclusione, il principio di legalità, «in un'accezione 'integrata' comprensiva delle fonti costituzionali e sovranazionali pertinenti», insieme allo stesso principio di colpevolezza «costituiscono chiare e inequivoche basi normative del principio di prevedibilità della decisione giudiziale», comprensiva anche della prevedibilità della pena che potrà essere inflitta e concretamente eseguita¹⁸⁴.

6. *La giurisprudenza più risalente della Corte di Giustizia in materia di colpevolezza.* La Corte europea, quindi, prima della sentenza Sud Fondi della Corte EDU, ammette delle restrizioni al principio di colpevolezza ex art. 6, purché siano conformi al principio di proporzione, in quanto contenute entro “limiti ragionevoli”¹⁸⁵, come affermato dall'Avvocato generale Van Gerven nel caso *Hansen*, o non esclude la configurazione di fattispecie penali fondate sulla responsabilità oggettiva, ma ne limita semplicemente la portata invocando il rispetto dei diritti della difesa¹⁸⁶, come evidenziato dall'Avvocato generale Stix-

cit., 867 ss.

¹⁸² Tribunale, 26 settembre 2002, *Sgaravatti Mediterranea Srl*, T-199/99, § 12.

¹⁸³ CGUE, 4 maggio 2006, *Reinhold Haug e Land Baden-Württemberg*, C-286/05, § 18 ss.; cfr. Conclusioni dell'Avvocato *Philippe Léger*, 11 dicembre 2003, *Gisela Gerken e Amt für Agrarstruktur Verden*, C-295/02, § 23 ss.

¹⁸⁴ VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., 17.

¹⁸⁵ Corte E.D.U., *Salabiaku v. France*, cit., 15 e 387; 23 luglio 2002, *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden*, n.° 36985/97, § 113; Commission eur., 15 aprile 1991, *Marandino*, no. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)* 70, 78; 22 febbraio 1994, *Raimondo v. Italy*, Série A vol. 281, 7 e in *European Human Rights Reports* 1994, vol. 18, III, 237; 15 giugno 1999, *Prisco c.p. Italia*, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*, n.° 55927/00, in www.coe.it, 4; 20 giugno 2002, *Andersson c. Italia*, n.° 55504/00, *ivi* 4; 5 luglio 2001, *Arcuri e tre altri c. Italia*, n.° 52024/99, *ivi* 4; 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*, n.° 52439/99, *ivi* 5 - 6; *Bocellari e Rizza c. Italia*, n.° 399/02, *ivi* 8; *Phillips c.p. Royaume-Uni*, 12 dicembre 2001, n.° 41087/98, § 32 - 34; *Van Offeren c. the Netherlands*, n. 19581/04, 5 luglio 2005; 19 ottobre 2004, Application n.° 66273/01, *Joost Falk against the Netherlands*, *ivi* 6 ss.

¹⁸⁶ Avvocato Stix-Hackl, 27 novembre 2001, *Käserer Champignon*, cit., § 52.

Hackl nel caso *Käserei Champignon* (l'effettiva tutela degli interessi finanziari della Comunità può imporre agevolazioni dell'onere della prova e, perfino, la rinuncia al presupposto della colpevolezza¹⁸⁷). Ne consegue che «nel settore delle sanzioni aventi natura amministrativa, non è possibile desumere dall'art. 6, n. 2, del Trattato UE, in combinato disposto con la Convenzione europea sui diritti dell'uomo, il riconoscimento del principio di colpevolezza quale principio generale di diritto comunitario»¹⁸⁸.

La Corte di Giustizia, quindi, in una prima fase - proprio alla luce dell'influenza della Corte EDU - ha accolto il principio della personalità della responsabilità penale nella sua accezione minima, data dalla "riferibilità" del comportamento costitutivo dell'infrazione al soggetto ritenuto responsabile, e cioè come divieto di responsabilità per fatto altrui; non viene, invece, recepito nell'ordinamento comunitario il principio di personalità della responsabilità penale, "*nulla poena sine culpa*", come principio di colpevolezza.

Nel caso Valsabbia, infatti, la Corte di giustizia ha ritenuto necessario il ricorso di due condizioni per riconoscere la rilevanza della forza maggiore: l'intervento di un evento del tutto straordinario «esterno alla sfera di influenza dell'obbligato» e che tale evento «abbia conseguenze ineluttabili e inevitabili, al punto da rendere obiettivamente impossibile per gli interessati l'adempimento dei loro obblighi». Da tali considerazioni la dottrina trae la conclusione che la Corte esprime l'esigenza che il comportamento illecito possa essere attribuito al soggetto ritenuto responsabile e che, in mancanza di una tale "riferibilità", l'assoggettamento alla sanzione, in coerenza con il principio di personalità della responsabilità, debba essere escluso¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Il fatto che egli nell'esercizio della sua attività d'impresa spontaneamente si rivolga ad un terzo per la produzione della merce oggetto della controversia non assume alcun rilievo Avvocato *Stix-Hackl, Käserei Champignon*, cit., § 79 ss.

¹⁸⁸ *Ibidem*, § 53. Cfr. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1231 ss.; SICURELLA, *Nulla poena sine culpa*, cit., 15 ss. Per analoghe conclusioni con riferimento alle sanzioni punitive amministrative (già comunitarie), v. CGUE, 11 luglio 2002, *Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG/Hauptzollamt HamburgJonas*, C-210/00, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1433, e per un commento critico cfr. RIONDATO, *Un negativo "giro di vite" in tema di responsabilità "personale"*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1557; MANACORDA, *Le droit pénal et l'Union européenne: esquisse d'un système*, in *Rev. science crim. droit pen. comp.*, 2000, 120.

¹⁸⁹ Cfr. CGCE 18 marzo 1980, *Valsabbia c/Commissione*, Cause riunite 154, 205, 206, 226-228, 263,

Nel caso *Hansen* la Corte di Giustizia ha riconosciuto la legittimità della normativa penale del Regno di Danimarca, che prevede la responsabilità oggettiva del datore di lavoro per le violazioni realizzate dai dipendenti (conducenti di autotreni che superavano i tempi massimi di circolazione nei giorni di riposo). In questa sentenza la Corte ritiene che la responsabilità oggettiva è ammissibile perché corrisponde «all'interesse della generalità» e al «sistema generalmente in vigore in Danimarca a tutela dell'ambiente di lavoro», e risulta «adeguata alla gravità della violazione commessa». La Corte, inoltre, ha addirittura riconosciuto gli effetti positivi, in termini di prevenzione generale, che possono derivare dalla previsione di una tale forma di responsabilità, in quanto essa potrebbe indurre il datore di lavoro ad organizzare la propria impresa in modo da garantire l'osservanza delle regole¹⁹⁰, e in generale ritiene che la comminazione di sanzioni indipendentemente dalla prova della colpevolezza non sia «sproporzionata rispetto allo scopo perseguito»¹⁹¹; l'applicazione di sanzioni in base alla mera responsabilità oggettiva è valutata come una forma di incidenza nei diritti del cittadino conforme al principio di proporzionalità¹⁹². Il problema della subordinazione del principio di colpevolezza alle esigenze di prevenzione generale è avvertito anche nell'ordinamento italiano come assolutamente incombente¹⁹³.

264/78, 39, 31, 83 e 85/79, in *Racc.*, 1022-1023; GRASSO, *Recenti sviluppi*, cit., 756; ID., *Comunità europee*, cit., 100-101; TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 228.

¹⁹⁰ CGCE 10 luglio 1990, *Anklagemyndigheden c/Hansen & SPMI/S*, C-326/88, in *Racc.*, 2935 - 2936; TIEDEMANN, *Das Kautionsrecht der EWG - ein verdecktes Strafrecht?*, *Neue Jur. Wochen.*, 1983, 2730 afferma che il principio di colpevolezza è riconosciuto dal diritto comunitario (Art. 15 Reg. Nr. 17 del Consiglio del 6.2.1962 Gazz. uff. Com. Eur. Nr. 13 del 21.2.1962, 204), anche se non viene riconosciuto in relazione alle cauzioni.

¹⁹¹ Cfr. sul punto TIEDEMANN, *Diritto comunitario*, cit., 219.

¹⁹² Cfr. le conclusioni dell'Avvocato *Van Gerven* in CGCE 10 luglio 1990, *Anklagemyndigheden c/Hansen & SPMI/S*, cit., 2928, il quale, riferendosi alla sentenza della Corte europea nel caso *Salabiaku* (vedi *infra*, n. 218) afferma che «il principio di proporzionalità applicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo consente quindi talune restrizioni al principio "nulla poena sine culpa"». Conforme CGUE, *Käserer Champignon*, cit., § 48.

¹⁹³ DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una resa dei conti con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1577 ss., in particolare l'autore osserva che «Il momento generalista e generalpreventivo del diritto penale era riservato alla materia della ricostruzione del fatto, di ciò che è vietato fare, e delle regole impersonali che lo delimitano. Invece il giudizio sulla

La Corte di Giustizia sembra ammettere delle forme di responsabilità oggettiva in altre pronunce, abbastanza ambigue, in cui si limita a tener conto dell'elemento soggettivo, in particolare della buona o della mala fede dell'operatore, nell'ambito di una valutazione circa la conformità al principio di proporzione della pena comminata da uno Stato membro, in considerazione dello scopo di pubblica sicurezza perseguito con la stessa sanzione¹⁹⁴. La Corte sembra ridurre il principio di colpevolezza da elemento fondante l'illecito e la punibilità, a circostanza di cui tener conto per stimare l'adeguatezza al principio di proporzione di forme di responsabilità oggettiva, compiendo una sorta di bilanciamento tra l'interesse perseguito con la sanzione e l'interesse alla tutela della libertà del cittadino, tutela sottesa al principio di colpevolezza laddove richiede che il cittadino risponda solo di comportamenti da lui controllabili¹⁹⁵. La stessa Corte di Giustizia ha affermato nel caso *Käserei Champignon* che nella maggior parte delle sentenze della giurisprudenza comunitaria, citate dalla ricorrente a sostegno del principio di colpevolezza, «il controllo della sanzione è fatto con riferimento al principio di proporzionalità e non al principio “*Nulla poena sine culpa*”»¹⁹⁶.

In materia è, inoltre, intervenuta la decisione della Corte di giustizia nel caso *Ebony Maritime* c. prefetto di Brindisi, in cui il ricorrente contestava una norma nazionale adottata in applicazione dell'art. 10, comma 2, del regolamento n. 990/1993, in quanto avrebbe disconosciuto il principio *nulla poena sine culpa*, nei limiti in cui prevedeva la confisca del carico senza esigere la

personalizzazione della responsabilità, sulla normalità della motivazione e delle sue condizioni, era (voleva essere) alieno da momenti di prevenzione generale, mirando a definire la colpevolezza secondo parametri di personalizzazione e individualizzazione del giudizio. Che la colpevolezza normativa fosse delimitata da parametri di legge era ovvio e con ciò l'ingresso di preoccupazioni generalpreventive nel definire l'evitabilità dell'ignorantia iuris, dell'ubriachezza, dell'età punibile, delle altre scusanti. Però il focus della colpevolezza doveva restare la barriera alla prevenzione generale, sia in termini di proporzione delimitante, sia in termini di individualizzazione (personalizzazione) del giudizio»; ID., *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti fra errore di diritto e analogia nei reati in contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 1-2, 1-62; ID., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 124 ss.

¹⁹⁴ CGCE 17 ottobre 1995, *Leifer*, C-83/94, in *Racc.*, 3249 ss.; 4 ottobre 1991, *Richardt e “Les Accessoires Scientifiques” SNC*, C-367/89, in *Racc.*, 4627; 16 novembre 1983, *Commissione/Thyssen AG*, C-188/82, in *Racc.*, 3736 - 3737; cfr. conclusioni dell'Avvocato *Van Themaat*, *ibidem*, 3741.

¹⁹⁵ Cfr. HEITZER, *op. cit.*, 115 ss.

¹⁹⁶ CGUE, *Käserei Champignon*, *cit.*, § 49.

prova della colpa del proprietario e istituiva quindi un regime di responsabilità oggettiva; si contestava, inoltre, la violazione del principio di proporzionalità in quanto il proprietario del carico veniva sanzionato in misura pari all'armatore, a prescindere dal grado di effettiva partecipazione all'infrazione (e, quindi, il principio di colpevolezza sarebbe stato violato anche in qualità di *criterio di commisurazione* della sanzione). La Corte ha superato le censure osservando che «la Corte ha già ammesso che un sistema di responsabilità penale oggettiva, che sanziona la violazione di un regolamento, non è, di per sé, incompatibile con il diritto comunitario (v. sentenza *Hansen*)»¹⁹⁷. Affermazione che ritorna nella giurisprudenza comunitaria; si arriva ad affermare che nelle tradizioni giuridiche comuni il principio di colpevolezza non risulta uniforme, pertanto non risulta possibile desumere dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri una generale validità del principio di colpevolezza nel settore delle sanzioni di natura amministrativa¹⁹⁸.

La Corte di Giustizia, quindi, ha ammesso la legittimità di forme di responsabilità oggettiva previste sia negli ordinamenti degli Stati membri, sia dal diritto comunitario; quest'ultima ipotesi si realizza in particolare nel settore delle sanzioni *sui generis*¹⁹⁹. Simili fattispecie sono state valutate dalla Corte di Giustizia conformi al principio di proporzionalità in quanto la sanzione è considerata severa, ma «appropriata e necessaria per raggiungere l'obiettivo» (quindi, ancora

¹⁹⁷ CGCE 27 febbraio 1997, *Ebony Maritime c. predetto di Brindisi*, C-177/95, in *Racc.*, 809.

¹⁹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Stix-Hackl, *Käserei Champignon*, cit., § 49.

¹⁹⁹ Cfr. HEITZER, *op. cit.*, 118. Per il settore delle sanzioni accentrate, delle presunzioni erano presenti nell'ambito delle sanzioni previste dal Trattato CECA per il superamento delle quote di produzione; anzi, secondo la Commissione si tratterebbe di ipotesi di responsabilità oggettiva, cfr. Commissione, in CGUE, *Commissione/Thyssen AG*, cit., 3731; Commissione, in CGUE, 17 maggio 1984, *Estel*, C-83/83, in *Racc.*, 2202; mentre l'Avvocato Verloren Van Themaat (in CGUE, *Commissione/Thyssen AG*, cit., 3740-3742), riteneva che in queste ipotesi la realizzazione dei presupposti oggettivi della fattispecie faccia sorgere una presunzione di colpa, considerata ammissibile in quanto confutabile; solo tale interpretazione è considerata compatibile con il principio di colpevolezza, richiesto - allora - dall'art. 15 del regolamento n. 17/62 per le sanzioni del Trattato CEE e presente nella maggior parte degli Stati membri. Anche nel settore della confisca delle cauzioni, parte della dottrina (che considera tali sanzioni punitive) ritiene ci si trovi dinanzi delle presunzioni di colpevolezza, se non delle vere e proprie ipotesi di responsabilità oggettiva, laddove si consente la restituzione della cauzione solo nell'ipotesi di forza maggiore e l'onere di provare quest'elemento spetta al destinatario della sanzione, cfr. BÖSE, *Strafen und sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, 350; TIEDEMANN, *Das Kautionsrecht*, cit., 2727 ss.; CGUE, 7 maggio 1991, *Danske Slagterier*, C-328/89, in *Racc.*, 2341; 3 luglio 1985, *De Jong/Vib*, C-20/84, in *Racc.*, 2110.

una volta, il sacrificio del principio di colpevolezza viene valutato in termini di conformità al principio di proporzione della sanzione in questione)²⁰⁰; la conformità al principio di proporzione si deduce anche dalla circostanza che la sanzione non viene applicata qualora l'irregolarità è dovuta a forza maggiore o la violazione non raggiunga una certa gravità. Ad avviso della dottrina tedesca, queste fattispecie celerebbero delle presunzioni di colpevolezza, in quanto non si richiede l'accertamento della colpevolezza perché si presume che l'agente conosceva l'illegittimità della sua richiesta o avrebbe dovuto conoscerla, non essendo del resto possibili dei controlli sistematici della regolarità delle richieste di contributi²⁰¹, ragion per cui l'onere della prova si inverte a carico del destinatario della sanzione. Addirittura l'ordinamento comunitario conosce anche delle presunzioni di colpevolezza, la cui applicazione non è delimitata entro i limiti suddetti (non essendo confutabili neanche in caso di forza maggiore)²⁰²; si tratta di ipotesi di mera responsabilità oggettiva.

In conclusione, allora, alla luce della più risalente giurisprudenza della Corte di Giustizia, in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo - prima del caso *Sud Fondi* -, si può affermare che il principio di colpevolezza non assurge o, perlomeno, non assurgeva alla dignità di diritto fondamentale nell'ordinamento comunitario. Tale orientamento sembrava confermato dal mancato accoglimento di tale principio dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione²⁰³; una grave lacuna assolutamente in contrasto con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in cui il principio di colpevolezza si è ormai affermato come diritto fondamentale del diritto punitivo di uno Stato di diritto.

²⁰⁰ CGUE, 23 novembre 1993, *Schumacher*, C-365/92, in Racc., 6086.

²⁰¹ CGUE, 27 ottobre 1992, *Repubblica federale di Germania contro Commissione delle Comunità europee*, C-240/90 (ECLI:EU:C:1992:408, <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:1992:408>) in Racc., 5430.

²⁰² Cfr. HEITZER, *op. cit.*, 118, la quale evidenzia come le eccezioni all'applicabilità delle presunzioni, come la prova della forza maggiore, non costituiscono un principio generale del diritto applicabile anche in mancanza di espressa previsione.

²⁰³ Cfr. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa*, cit., 371.

7. *Valorizzazione del principio di colpevolezza nella giurisprudenza “comunitaria” nell’applicazione delle sanzioni amministrative punitive.* Nonostante tale tolleranza della giurisprudenza comunitaria nei confronti delle disposizioni nazionali e comunitarie che consentono delle forme di responsabilità oggettiva, le sanzioni pecuniarie del diritto comunitario, spesso severe, possono essere inflitte solo quando sussiste la colpevolezza, in conformità con gli ultimi sviluppi della giurisprudenza in molti paesi europei ²⁰⁴.

La Corte di Giustizia ha preteso, infatti, l’accertamento della colpevolezza nell’ambito della tutela della concorrenza, anche perché l’art. 15, c. 1 e 2, del reg. CEE n. 17/62 richiedeva espressamente il dolo e la colpa ai fini della punibilità ²⁰⁵ e negli stessi termini si pronuncia l’art. 23 del regolamento n. 1/2003 (qualche perplessità in termini di rispetto del principio di colpevolezza suscita piuttosto la disciplina del § 4 dell’art. 23 in materia di principio di solidarietà delle imprese associate) ²⁰⁶.

²⁰⁴ cfr. DANNECKER, *Sanktionen und Grundsätze des Allgemeinen Teils im Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften*, in *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, a cura di Schünemann-Suárez González, Köln-Berlin-Bonn-München, 1994, 331; BÖSE, *op. cit.*, 152, il quale sostiene che tale principio vale nell’ambito della disciplina delle ammende.

²⁰⁵ Cfr. CGUE, *Estel*, cit., 2214, la quale tiene conto delle circostanze addotte dalla ricorrente per escludere la colpa sia in sede di valutazione del rispetto del principio di colpevolezza, sia in sede di valutazione della conformità della sanzione al principio di proporzionalità; sul principio di colpevolezza come *presupposto della sanzione* CGUE, 2 ottobre 2003, *Thyssen Stahl AG P*, C-194/99, §§ 108 - 113; Avvocato Tizzano, *Dansk Rørdindustri A/S*, e a., cit., § 121; Avvocato Christine Stix-Hackl, 26 settembre 2002, C-196/99 P, *Siderurgica Aristrain Madrid SL*, § 123 ss.; ID., 26 settembre 2002, C-195/99 P, *Krupp Hoesch*, § 74; Avvocato Colomer, 17 ottobre 2002, *Volkswagen AG*, C-338/00 P, § 62 ss.; Avvocato Van Themaat in CGCE 16 novembre 1983, *Commissione/Thyssen AG*, cit., 3740; Avvocato Colomer, 13 febbraio 2003, *Ihw Rebmann GmbH c. Hauptzollamt Weiden*, C-56/02, 51. Sul rispetto del principio di colpevolezza nella *commisurazione dell’ammenda* CGCE 2 ottobre 2003, *Krupp Hoesch Stahl AG*, C-195/99 P, 103 (98 ss.); 18 settembre 2003, *Volkswagen AG*, C-338/00 P, § 173; Avvocato Colomer, 11 febbraio 2003, *Irish Cement Limited*, C-205/00 P, 105 ss.; ID., 11 febbraio 2003, *Aalborg Portland A/S*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, § 98. Cfr. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 225, il quale osserva come la Corte di Giustizia si accontenta spesso nell’applicare l’art. 15, c. 1 e 2 del reg. Cee n. 17, dell’accertamento della colpa, mentre fa rilevare l’accertamento del dolo in sede di graduazione della sanzione: questa equiparazione di dolo e colpa, secondo l’autore, trova una spiegazione in relazione alle particolarità dell’ambito giuridico considerato, trattandosi per lo più della violazione di obblighi; in termini simili cfr. HARTMUT HAMANN, *Das Unternehmen als Täter im europäischen Wettbewerbsrecht*, Pfaffenweiler, 1992, 176-177; approfonditamente sul punto cfr. GRASSO, *Comunità europee*, cit., 107 ss.

²⁰⁶ Così RINALDI, *Il regolamento del consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull’applicazione delle regole comunitarie in tema di concorrenza*, in *Dir. comm. internaz.*, 2003, 159 ss. Cfr. Tribunale, 8 luglio 2008, *AC-Treuhand AG*, cit., 134 - 135.

L'Avvocato Generale Yves Bot ha evidenziato, nel caso *ThyssenKrupp Nirosta GmbH*, che «la Corte ha riconosciuto l'applicabilità del principio della responsabilità personale alle norme in materia di concorrenza nella citata sentenza Commissione/Anic Partecipazioni»²⁰⁷; si ritiene che «il principio della responsabilità personale e il suo corollario, vale a dire il principio della personalità delle pene e delle sanzioni, sui quali si fonda l'imputabilità delle intese illecite [...] costituiscono garanzie fondamentali del diritto penale [...] Tali principi ostano pertanto al sorgere della responsabilità di una persona fisica o giuridica che non sia stata autrice o complice di un'infrazione e allo stesso tempo pongono dei limiti all'esercizio dello *jus puniendi* dei poteri pubblici»²⁰⁸.

Nel citato caso Anic in risposta al ricorso della società sanzionata che lamentava la violazione del principio della responsabilità penale personale applicabile per analogia – a suo avviso –, la Corte di Giustizia ritiene che il carattere personale della responsabilità sarebbe rispettato nel senso che l'impresa avrebbe partecipato con comportamenti propri all'infrazione e che le stesse nozioni di accordo e di pratica concordata implicano l'accertamento della consapevolezza dei comportamenti illeciti delle altre imprese partecipanti o della ragionevole prevedibilità di questi e della relativa disponibilità ad accettarne i rischi; in ogni caso «ove si tratti, come nel caso di specie, di accordi e pratiche concordate a scopo anticoncorrenziale, la Commissione deve in particolare provare che l'impresa ha inteso contribuire con il proprio comportamento agli obiettivi comuni perseguiti da tutti i partecipanti e che era a conoscenza dei comportamenti materiali previsti o attuati da altre imprese nel perseguire i medesimi obiettivi, oppure che poteva ragionevolmente prevederli ed era pronta ad accettarne i rischi»²⁰⁹. Tale pronuncia viene, quindi, interpretata come un risalente riconoscimento nel settore del principio di colpevolezza²¹⁰.

L'Avvocato Colomer, nel caso *Aalborg Portland A/S*, ha sottolineato che il principio di colpevolezza è un principio generale di diritto, sviluppato come

²⁰⁷ CGUE, 8 luglio 1999, Commissione/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, § 78.

²⁰⁸ Avvocato Yves Bot, 26 ottobre 2010, C-352/09 P, *ThyssenKrupp Nirosta GmbH*, già *ThyssenKrupp Nirosta AG*, già *ThyssenKrupp Stainless AG c. Commissione europea*, § 163 ss.

²⁰⁹ § 87 (cfr. 83 ss.).

²¹⁰ Cfr. DE VERO-PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, cit., 114.

limite all'esercizio dell'*ius puniendi* delle pubbliche autorità, e che in base a tale principio non è ammissibile un regime di responsabilità oggettiva o senza colpa anche in relazione alle persone giuridiche²¹¹; lo stesso Avvocato ha riconosciuto l'esigenza di provare la colpevolezza, quale presupposto della sanzione, in conformità alla presunzione d'innocenza²¹² o afferma che la sanzione deve essere proporzionata alla colpevolezza («sanzioni inflitte» «senza che siano ammessi criteri correttivi che modulino la sanzione in base alla colpevolezza dell'autore dell'infrazione, violano il principio comunitario di proporzionalità») ²¹³. Si riconosce così il principio di colpevolezza come criterio di commisurazione della pena, nell'ambito di una valutazione circa il rispetto del principio di proporzionalità.

In taluni regolamenti, poi, si richiede espressamente uno specifico elemento soggettivo, come l'intenzionalità; la Corte di Giustizia ha, infatti, chiarito la nozione di «inosservanza intenzionale» presente in alcuni regolamenti nel settore della politica agricola comune, precisando che si richiede che, nel violare le norme, il soggetto persegua una situazione di inadempienza a esse o accetti che l'eventualità di tale inadempienza venga a verificaione, pur senza perseguirla²¹⁴. La Corte di Giustizia ha anche elaborato dei criteri per valutare la manifesta negligenza come forma di colpa: occorre tenere conto della complessità delle disposizioni regolamentari la cui mancata esecuzione ha fatto sorgere

²¹¹ Avvocato Colomer, *Aalborg Portland AS*, cit., § 65.

²¹² Avvocato Colomer, 11 febbraio 2003, *Buzzi Unicem SpA*, C-217/00 P, § 292 ss. - 235 ss.; richiama il principio di colpevolezza nelle sue conclusioni, ma come divieto di responsabilità per fatto altrui l'Avvocato *Juliane Kokott*, 3 luglio 2007, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Ente Tabacchi Italiani - ETI SpA e altri*, C-280/06, § 71; sul principio di colpevolezza nel progetto di *Corpus juris*, cfr. SICURELLA, *Nulla poena sine culpa*, cit., 27 ss.

²¹³ Conclusione dell'Avvocato *Colomer*, *Othmar Michaeler Subito*, C-55/07 e C-56/07, cit., § 57 - 59: «la sanzione deve rispondere all'intenzione dell'autore dell'infrazione. Per soddisfare tale esigenza, gli ordinamenti giuridici introducono criteri correttivi nella forma di attenuanti o aggravanti. Analogamente, i comportamenti tipici si distinguono in dolosi e neglienti. La sanzione viene così modulata in funzione dell'intenzione dell'autore dell'infrazione, concretizzando la responsabilità di quest'ultimo. Nella giurisprudenza, tale operazione appare come un aspetto del principio di proporzionalità».

²¹⁴ CGUE, 27 febbraio 2014, *van der Ham e van der Ham-Reijersen van Buuren*, C-396/12, in cui la Corte ribadisce la tesi per cui si sarebbe dovuto parlare di una nozione autonoma e uniforme di diritto dell'Unione europea, elaborata tenendo conto del senso abituale dei termini, del contesto in cui vengono collocati gli articoli e delle finalità della normativa. Cfr. Avvocato Bot, 16 novembre 2011, C-72/11, *Afrasiabi e a.*, in *Racc.*, I-14288; CGUE, 21 dicembre 2011, *Afrasiabi e a.*, cit., in *Racc.*, I-14308; Tribunale, 6 settembre 2013, *Europaisch-Iranische Handelsbank AG c. Consiglio*, T-434/11.

l'obbligazione; dell'esperienza professionale dell'operatore (per cui era tenuto a conoscere la normativa e i rischi commerciali della propria attività); e della diligenza dell'operatore (tenuto ad assumere tutti i provvedimenti necessari per premunirsi contro il rischio commerciale). Si precisa che i tre citati elementi rappresentano soltanto criteri di valutazione, sulla cui base la Commissione deve valutare in concreto se il comportamento dell'operatore economico sia stato o meno manifestamente negligente²¹⁵. L'Avvocato Kokkot, nel precisare questi criteri, osserva che "la consapevolezza che possa verificarsi un danno non è necessariamente richiesta ai fini della negligenza grave"²¹⁶ (non si identifica, insomma, la negligenza grave con la colpa cosciente).

Si ritiene, inoltre, che il principio di colpevolezza a livello comunitario viene confermato dal riconoscimento della categoria *dell'inevitabilità dell'errore sul divieto*, che esclude la colpevolezza e, quindi, la sanzione²¹⁷; l'Avvocato generale *Reischl*, nelle sue conclusioni nel caso *Hoffman-La Roche*, evidenzia la necessità di riconoscere il carattere di principio generale del diritto comunitario alla teoria della dottrina relativa all' "errore inevitabile sul precetto"²¹⁸. «Possono appellarsi al principio della tutela del legittimo affidamento tutti gli operatori economici nei quali un'istituzione ha ingenerato speranze fondate»²¹⁹; non può

²¹⁵ CGUE, *Käseerei Champignon*, cit., § 75 ss. - 82; 11 gennaio 2007, *Von Dairy Products BV c. Productschap Zuivel*, C-279/05, § 33; 21 luglio 2005, *Eichsfelder Schlachtbetrieb*, Racc. I-7355, § 39.

²¹⁶ Cfr. sulla nozione di negligenza grave nella giurisprudenza comunitaria Avvocato Kokkot, *The International Association of Independent Tanker Owners e altri*, cit., § 104.

²¹⁷ Cfr. CGUE, 25 novembre 1998, *Manfredi/Regione Puglia*, C-308/97, in Racc., 7685; Comm., 23 dicembre 1977, *Pergamentpapier*, (78/252/CEE), in Gazz. uff. Com. eur. 13 marzo 1978, L 70, 54 - 64; cfr. TIEDEMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht*, in *Neue Jur. Wochen.*, 1993, 29.

²¹⁸ Conclusioni dell'avvocato *Reischl*, in CGUE, *Hoffmann La Roche*, cit., 596 ss.; CGUE, *Hoffmann La Roche*, cit., 461 ss.; 16 dicembre 1975, *Coöperative Vereniging „suiker Unie” U.A. ed altri (Pfeifer e Langen)*, C da 40 a 48/50, da 54 a 56, 111, 113 e 114-73, in Racc., 1663-2012; 12 novembre 1987, *Ferriere San Carlo*, C-344/85, in Racc., 4435-4450; sulla nozione di legittimo affidamento CGUE, *Lopex Export*, cit., 317; *Dubois e figli*, cit., 148; Conclusioni dell'Avvocato *Van Themaat*, in CGUE, *De Jong/Vib*, cit., in Racc., 2093; cfr. TIEDEMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, cit., 29.

²¹⁹ Tribunale, 9 luglio 2008, *Paul Reber GmbH & Co. KG, c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno*, T-304/06, § 64; 27 giugno 2007, *Nuova Gela Sviluppo Soc. cons. pa*, T-65/04, § 61; 7 giugno 2006, T-213/01 e T-214/01, *Österreichische Postsparkasse e Bank für Arbeit und Wirtschaft/Commissione*, in Racc. II-1601, § 210 e giurisprudenza *ivi* citata; *Sgaravatti Mediterranea Srl*, cit., § 111; 6 luglio 1999, T-203/97, *Forvass/Commissione*, Racc. I-A-129 e II-705, § 70 e giurisprudenza *ivi* citata, nonché 26 settembre 2002, T-319/00, *Borremans e a./Commissione*, Racc. I-A-171 e II-905, § 63. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato *Yves Bot*, 6 maggio 2008, *Heenskerk BV Firma Schaap c. Productschap Vee en Vlees*, C-455/06, 137, il quale afferma che «La Corte ha altresì precisato che, in applicazione del diritto

invocare il legittimo affidamento chi abbia commesso una violazione manifesta della normativa vigente²²⁰. Nel risalente caso *Hoffmann La Roche* la Corte di Giustizia non solo attribuisce rilievo all'errore sul divieto, ritenendo che nel caso concreto (erronea convinzione dell'operatore economico di non rivestire una posizione dominante) fosse dovuto alla negligenza della ricorrente, causata «da un esame inadeguato della struttura dei mercati sui quali essa operava, oppure dal rifiuto di prendere in considerazione le strutture stesse», ma soprattutto accerta la colpevolezza precisando che «la ricorrente praticava intenzionalmente una politica commerciale mirante ad impedire l'accesso ai mercati a nuovi contraenti»²²¹.

Il principio di colpevolezza assume un particolare rilievo nell'ambito del regolamento n. 2988/1995, il cui art. 5 riserva l'applicazione delle sanzioni comunitarie, amministrative punitive, a dei comportamenti intenzionali o negligenti, mentre per i comportamenti non rimproverabili ci si accontenta di misure risarcitorie, che non vengono considerate sanzioni in quanto destinate *alla mera restitutio in integrum* (prive, quindi, di carattere repressivo, art. 4), come anche recentemente e ripetutamente ribadito dalla Corte di Giustizia²²². Ne deriva che laddove una specifica normativa di settore prevede l'applicazione di una *sanzione sui generis* indipendentemente dall'accertamento della colpevolezza,

nazionale, principi come quello di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento possono essere presi in considerazione dal giudice nazionale assieme al principio di legalità, purché si tenga pienamente conto dell'interesse della Comunità» (richiama CGUE, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e a.*, cit., § 52 e giurisprudenza *ivi* citata, 55 e 59).

²²⁰ Cfr. Tribunale, *Vela Srl - Tecnagrind SL*, cit., § 388 ss.; *Sgaravatti Mediterranea Srl*, cit., § 111. Cfr. JESCHEK, *Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1953, 497.

²²¹ CGUE, *Hoffmann La Roche et Co. AG/Commissione*, cit., § 139.

²²² CGUE (Quarta Sezione), 7 aprile 2022, C-447/20 e C-448/20, Istituto de Financiamento da Agricultura e Pescas IP (IFAP) c. LM (C-447/20), BD, Autoridade Tributária e Aduaneira (C-448/20), § 74; CGUE, *Christosoulou e a.*, C-116/12, EU:C:2013:825, § 67 e giurisprudenza citata; CGUE, IV Sez., 21 luglio 2011, C-150/10, Bureau d'intervention et de restitution belge c. Beneo-Orafi SA, § 70 ss.; Avvocato Sharpston 5 febbraio 2015, C-607/13, Ministero dell'Economia e delle Finanze Agenzia delle Dogane Commissione europea c. Cimmino e altri, § 112: «L'obbligo di restituire un beneficio, in tali circostanze, non costituisce una sanzione. Conseguisce semplicemente al fatto che il beneficio conseguito era un vantaggio indebito perché le condizioni necessarie per l'ottenimento del beneficio ai sensi delle norme dell'Unione sono state create artificialmente». Cfr. TIEDEMANN, *Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft*, in *Neue Jur. Wochen.*, 1990, 2233; VERVAELE, *La fraude*, cit., 27.

tale normativa vada, invece, interpretata alla luce del regolamento n. 2988/1995, subordinandone l'applicazione alla prova della colpevolezza.

7.1. *Permanere delle ambiguità nel riconoscimento del principio di colpevolezza.* In diverse sentenze, però, la giurisprudenza comunitaria disconosce il fondamentale valore del principio di colpevolezza, sancito dalla norma esaminata del regolamento n. 2988/1995 e più volte invocato contro l'applicazione di sanzioni comunitarie, in virtù del disposto dell'art. 5, n. 2 che nel pretendere la colpevolezza fa salva l'eventuale "disposizione sanzionatoria settoriale", così ammettendo l'applicazione di sanzioni punitive per irregolarità non causate colpevolmente, se rientranti nelle disposizioni sanzionatorie settoriali; ad avviso della giurisprudenza comunitaria «risulta, pertanto, per lo meno dubbio che l'art. 5 del regolamento n. 2988/1995 riconosca il principio di colpevolezza quale principio generale»²²³.

La Corte di Giustizia arriva a sostenere che l'irregolarità viene definita dall'art. 1, n. 1 del regolamento n. 2988/1995 «in base al suo risultato e non all'esistenza di un dolo o di una colpa grave. Di conseguenza, la mancanza di un siffatto elemento non giustifica la mancata imposizione della sanzione prevista dalla normativa comunitaria per un'irregolarità debitamente accertata»²²⁴. Addirittura si afferma che «per garantire la corretta applicazione del regime delle restituzioni all'esportazione, si devono applicare sanzioni indipendentemente dall'elemento soggettivo colposo, al fine di indurre gli esportatori a rispettare la normativa comunitaria»²²⁵; si ribadisce il principio affermato nella sentenza *Hansen* in base al quale la responsabilità oggettiva può perseguire un effetto di prevenzione generale.

²²³ Così Avvocato Stix-Hackl, *Käserei Champignon*, cit., § 57; conforme CGUE, *Käserei Champignon*, cit., § 50.

²²⁴ CGUE, 13 settembre 2001, *Regno di Spagna c. Commissione delle Comunità europee*, C-374/99, § 34 e le relative Conclusioni dell'Avvocato Geelhoed, § 28-68. Non si considera, pertanto, giustificato il rifiuto delle autorità nazionali di applicare delle sanzioni comunitarie in assenza di dolo e colpa grave, e ritenute in contrasto con il principio di proporzione indicato dall'art. 2, n. 3 che impone di fissare la sanzione "in funzione della natura e della gravità dell'irregolarità" (§ 32).

²²⁵ Avvocato Tizzano, 3 luglio 2003, *Privat-Molkerei Borgmann GmbH & Co. KG contro Hauptzollamt Dortmund*, C-1/02, § 60.

Laddove si dà rilievo alla colpevolezza la si considera una mera *defence*, con inversione dell'onere della prova, nel senso che si ammette che l'imprenditore può sottrarsi alla sanzione laddove riesce a dimostrare la propria mancanza di colpa²²⁶. In tale direzione nel caso *Strawson* la Corte di Giustizia ha stabilito che la sanzione prevista dall'art. 9, n. 2, del regolamento n. 3887/1992²²⁷, non sia applicata quando l'imprenditore provi di essersi correttamente basato su informazioni erronee riconosciute dall'autorità competente²²⁸; oppure nel caso *Maatschap* non si considera in contrasto con il principio di colpevolezza la disciplina del regolamento n. 2419/2001 che, nel prevedere riduzioni ed esclusioni per coloro che hanno realizzato delle irregolarità nel presentare domande di aiuti, stabilisce che tali misure non si applicano «quando l'imprenditore abbia fornito informazioni effettivamente corrette o quando possa in altro modo dimostrare che è esente da colpa» (art. 44)²²⁹. Non si pretende che la Commissione provi l'elemento soggettivo per applicare le sanzioni, ma che il destinatario della sanzione provi la propria innocenza.

La Corte di Giustizia continua, quindi, ad ammettere l'applicabilità di sanzioni amministrative punitive (dissuasive ed efficaci) pur in mancanza di dolo o grave negligenza, considerando ciò né ingiustificato né sproporzionato²³⁰, purché la sanzione abbia un fondamento giuridico chiaro ed inequivocabile (principio di legalità) e sia conforme al principio di proporzionalità²³¹. La Corte continua a valutare le sanzioni previste nei confronti di comportamenti realizzati in assenza di colpa o in presenza di cause di forza maggiore, *non in termini di*

²²⁶ CGUE, 19 novembre 2002, *Strawson e Gag & Sons*, C-304/00, in *Racc.*, I - 10737, § 62; cfr. Avvocato Léger, 13 luglio 2006, *Maatschap Schonewille -Prins c.*, C-45/05.

²²⁷ Recante modalità di applicazione del sistema integrato di gestione e di controllo relativo a taluni regimi di aiuti comunitari.

²²⁸ CGE 19 novembre 2002, *Strawson e Gag & Sons*, C-304/00, in *Racc.*, I - 10737, § 62.

²²⁹ Cfr. Avvocato Léger, *Maatschap Schonewille -Prins c.*, cit.; CGE, 24 maggio 2007, *Maatschap Schonewille -Prins c.*, C-45/05.

²³⁰ CGCE 10 novembre 2005, *Repubblica Italiana c. Commissione delle Comunità europee*, C-307/03, § 50; 17 luglio 1997, *The Queen contro Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: national Farmers' Union e altri*, C-354/95, in *Racc.*, 4559.

²³¹ CGUE, *Käserei Champignon*, cit., § 52.

*compatibilità con il principio di colpevolezza, ma in termini di compatibilità con il principio di proporzionalità*²³².

Sorge un problema di rispetto del principio di certezza del diritto e di proporzionalità laddove la difesa tenta di far emergere l'ingiustizia derivante dalla parità di trattamento tra soggetti che hanno agito con dolo o colpa e soggetti che hanno agito in buona fede; la Corte supera le critiche osservando che i principi di proporzionalità, certezza del diritto e parità di trattamento non sono violati perché le sanzioni in esame distinguono l'entità della sanzione in ragione del carattere doloso o meno dell'irregolarità²³³.

Anche nell'interpretazione della nozione di forza maggiore, dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 2988/1995, continua ad emergere un'interpretazione non solo assolutamente oggettivistica, corrispondente con l'interpretazione di forza maggiore come causa di esclusione della *suïtas* (dominabilità della condotta quale presupposto della tipicità²³⁴) o della tipicità colposa, ma addirittura si finisce per ammettere delle forme di responsabilità per fatto altrui. Si nega, infatti, che sussista una causa di forza maggiore o che si possa invocare il legittimo affidamento da parte di chi, nel richiedere la restituzione all'esportazione, fornisce in buona fede notizie false basate su informazioni false fornite dal partner contrattuale; non si tratterebbe di «circostanze estranee all'operatore interessato, anomale e imprevedibili, le cui conseguenze non abbiano potuto essere evitate nonostante l'uso della massima diligenza»²³⁵. Tale interpretazione, in contrasto con il *principio dell'affidamento* - per cui il dovere obiettivo di diligenza si deve circoscrivere entro limiti il più possibile compatibili con il carattere *personale* della responsabilità penale -, finisce per concepire una sorta

²³² Avvocato *Tizzano, Privat-Molkerei Borgmann GmbH & Co. KG contro Hauptzollamt Dortmund*, cit., § 60 ss.

²³³ CGUE, *Käserer Champignon*, cit., § 67; *Repubblica Italiana*, cit., § 50; *The Queen contro Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: national Farmers' Union e altri*, cit., in *Racc.*, 4559; Avvocato *Tizzano, Privat-Molkerei Borgmann GmbH*, cit., § 35.

²³⁴ ROMANO, *Art. 42*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2005, 418.

²³⁵ Avvocato *Stix-Hackl, Käserer Champignon*, cit., § 95 ss. - 101 - 102; CGUE, *Käserer Champignon*, cit., § 79. *Contra* attribuiscono rilievo alla buona fede, ma in relazione a disposizioni nazionali, CGCE 12 maggio 1998, C-366/95, *Steff-Houlberg Export e a.*, in *Racc.*, I-2661, § 22; 16 luglio 1998, C-298/96, *Oelmühle e Schmidt Söhne*, in *Racc.*, I-4767, § 30; cfr. CGUE, *Oelmühle e Schmidt Söhne*, cit., *Racc.*, I-4767, § 30.

di *culpa in re ipsa* per il fatto di agire con altri *partners*, per cui si risponde delle violazioni causate dalla condotta dolosa dei *partners*, presumendo una sorta di responsabilità per non aver previsto e impedito il comportamento doloso altrui o ancora più a monte per non aver saputo scegliere un *partner* corretto (una forma di responsabilità per fatto altrui, che viene imputata indipendentemente da alcun accertamento della prevedibilità della condotta illecita altrui).

Anche l'Avvocato Generale Mazàk, nel caso *Netto Supermarket*, ha considerato "sproporzionato" ritenere un soggetto passivo responsabile per le conseguenze del comportamento fraudolento di soggetti terzi e, anzi, afferma che «tale posizione è sostenuta da svariate decisioni della Corte, dalle quali, nonostante talune differenze relative alle circostanze di fatto, risulta chiaramente che un soggetto passivo che agisce in buona fede, e più in particolare che non abbia preso parte alle irregolarità e abbia preso ogni precauzione ragionevolmente necessaria, non può essere responsabile per il comportamento fraudolento di altri»²³⁶.

La Corte di Giustizia non ha accolto gli argomenti dell'Avvocato Kokott nel caso *Schenker*²³⁷ e con una pronuncia severa ha negato la possibilità di utilizzare come *defence* l'errore sul precetto e la buona fede; dal principio dell' "effettiva e uniforme" applicazione del diritto europeo in materia di concorrenza la Corte ne deduce un obbligo a carico delle autorità nazionali di ignorare le specifiche "*defences*" e di imporre ammende per le violazioni della normativa in questione, salvo circostanze eccezionali: «*the Court's silence on fundamental legal principles such as the presumption of innocence and nulla poena sine culpa (no punishment without fault) is troubling, as is its misplaced reliance on the principle of legitimate expectations in this context*»²³⁸. La Corte sembra più interessata a stabilire la supremazia del principio dell'"effettiva e uniforme"

²³⁶ Conclusioni dell'Avvocato Mazàk, 25 ottobre 2007, *Netto Supermarkt GmbH & Co. OHG c. Finanzamt Malchin*, C-271/06, § 45 e 46.

²³⁷ Avvocato Kokott, 28 febbraio 2013, *Schenker und Co AG e a. C-681/11*; sentenza CGUE, 18 giugno 2013.

²³⁸ Così VÖLCKER, *Ignorantia legis non excusat and the demise of national procedural autonomy in the application of the EU competition rules: Schenker*, in *Com. Mark. LR*, 2014, 5, 1497.

applicazione del diritto europeo in materia di concorrenza che a riconoscere un principio giuridico fondamentale come il *nulla poena sine culpa*²³⁹.

8. *L'affermazione del principio di colpevolezza nella più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia.* Da ultimo la Corte di Giustizia sembra rivalutare e promuovere il rispetto del principio di colpevolezza laddove, come già ricordato, ha sottolineato il diverso regime di imputazione soggettiva tra le sanzioni previste dall'art. 5 del regolamento n. 2988/1995 e le misure contemplate dall'art. 4, evidenziando come «dall'articolo 5 del suddetto regolamento emerge che le sanzioni²⁴⁰ ivi previste riguardano le irregolarità intenzionali o causate da negligenza, le quali costituiscono, di regola, irregolarità particolarmente gravi», mentre le misure amministrative di cui all'articolo 4 del medesimo regolamento «sono applicabili anche a casi di irregolarità meno gravi»²⁴¹.

Non solo, ma emerge anche l'influenza delle più recenti sentenze della Corte EDU e non solo di quelle, come esaminato, in materia di legalità/prevedibilità, ma anche di quelle che hanno riconosciuto al principio di colpevolezza, pur con qualche ambiguità, il carattere di principio fondamentale del diritto penale, inteso non solo come divieto di responsabilità per fatto altrui, ma come responsabilità per fatto proprio colpevole. La Corte di Giustizia, infatti, evidenzia che, come risulta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, da un lato, il termine “condanna” ai sensi della C.E.D.U. implica allo stesso tempo *una dichiarazione di colpevolezza*, conseguente all'accertamento, con le

²³⁹ *Ibid.*, 1510.

²⁴⁰ Sanzioni con carattere punitivo, sentenze del 4 ottobre 2007, Kruck (C-192/06, EU:C:2007:579, punto 35), e del 14 settembre 2000, Fisher (C-369/98, EU:C:2000:443, punti da 43 a 47); Conclusioni dell'Avvocato Generale Manuel Campos Sánchez-Bordona, 15 maggio 2019, C-378/18 Landwirtschaftskammer Niedersachsen c. Reinhard Westphal.

²⁴¹ Sarebbe incoerente interpretare l'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento n. 2988/95, però, come riferito solo alle sanzioni ex art. 5, così CGUE (Quarta Sezione), 7 aprile 2022, C-447/20 e C-448/20, Istituto de Financiamiento da Agricultura e Pescas IP (IFAP) c. LM (C-447/20), BD, Autoridade Tributária e Aduaneira (C-448/20), § 74; Corte di Giust. 1 ottobre 2020, Elme Messer Metalurgs, C-743/18, § 60: «Orbene, gli articoli 4 e 5 del regolamento n. 2988/95 operano una distinzione tra, da un lato, la nozione generale di «irregolarità» e, dall'altro, quella di «irregolarità intenzionale o causata da negligenza», vale a dire un'irregolarità qualificata, che può condurre a sanzioni amministrative (v., in tal senso, sentenza del 5 marzo 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, punto 122 e giurisprudenza ivi citata)».

modalità previste per legge, della commissione di un reato, e l'irrogazione di una pena o di un'altra misura privativa della libertà²⁴²; anche l'art. 2 della decisione quadro 2008/675, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna fra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale²⁴³, come evidenziato dall'Avvocato Yves Bot, prevede che «per “condanna” si intende ogni decisione definitiva di una giurisdizione penale che stabilisca la colpevolezza di una persona per un reato», chiarendo che la condanna nel diritto dell'Unione europea presuppone l'accertamento della colpevolezza²⁴⁴ e con una pronuncia definitiva.

In tale direzione tutte le sentenze in materia di mandato di arresto europeo del Tribunale e della Corte di Giustizia presuppongono la pronuncia sulla colpevolezza, in base all'implicito riconoscimento che la condanna a una pena presuppone un accertamento di colpevolezza nel rispetto delle garanzie del processo penale; come evidenzia l'Avvocato Generale Bot nel caso *Dawid Piotrowski*, «il principio del reciproco riconoscimento obbliga lo Stato membro di esecuzione ad accettare l'analisi dello Stato membro emittente per quanto riguarda la colpevolezza, eventuale in caso di azione penale o accertata in caso di condanna pronunciata nello Stato membro emittente»²⁴⁵. «In tal senso, un procedimento giurisdizionale anteriore che si sia pronunciato sulla colpevolezza della persona ricercata consente all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di presumere che la decisione di emissione del mandato d'arresto europeo ai fini dell'esecuzione di una pena sia scaturita da un procedimento nazionale nell'ambito del quale la persona condannata abbia beneficiato di tutte le garanzie proprie dell'adozione di questo tipo di decisione, in particolare di quelle

²⁴² CGUE, 10 agosto 2017, *Tupikas*, C-270/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:628; v., in tal senso, C.E.D.U., 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, CE:ECHR:2013:1021JUD004275009, § 123 e la giurisprudenza ivi citata.

²⁴³ GU 2008, L 220, pag. 32.

²⁴⁴ Avvocato Yves Bot, 17 maggio 2017, *Trayan Beshkov, in presenza di Sofiyska rayonna prokuratura*, C-171/16; CGUE, 21 settembre 2017, *Trayan Beshkov*, C-171/16, § 29 fa rientrare nell'ambito di applicazione della decisione quadro 2008/675 non solo «i procedimenti collegati alla determinazione e all'accertamento dell'eventuale colpevolezza della persona nei cui confronti è esercitata l'azione penale, ma altresì a quelli relativi all'esecuzione della pena per i quali deve essere presa in considerazione la pena inflitta con una decisione di condanna resa precedentemente in un altro Stato membro».

²⁴⁵ Avvocato Yves Bot, 6 settembre 2017, C-367/16, *Procedimento penale c. Dawid Piotrowski*, § 56.

risultanti dai diritti fondamentali e dai principi giuridici fondamentali menzionati all'articolo 1, paragrafo 3, della decisione quadro 2002/584»²⁴⁶.

Anche la pronuncia della Corte di Giustizia²⁴⁷ che ha statuito – in relazione ad una ipotesi di esportazione illecita di beni culturali – che «non può essere sottoposto a confisca il mezzo utilizzato per commettere un reato, se il proprietario che lo rivendica è in buona fede e dimostra che non era a conoscenza dell'utilizzo illecito fattone dall'autore del reato»²⁴⁸, rappresenta un corretto riconoscimento del principio di colpevolezza, richiedendo l'elemento soggettivo della consapevolezza dell'utilizzo illecito per consentire tale forma di confisca che accanto ad una finalità interdittiva assume un sicuro carattere punitivo (trattandosi di sottrarre un bene legittimamente posseduto), in linea con le simile pronunce della Corte Costituzionale italiana²⁴⁹.

L'avvocato generale Pitruzzella nel recente caso *Sumal, S.L. c. Mercedes Benz Trucks España, S.L.*²⁵⁰, precisa che «nel *public enforcement* del diritto della concorrenza, vista la natura quasi penale delle sanzioni irrogate, entrano in gioco alcuni principi fondamentali, primo fra tutti, il principio della responsabilità personale, e il suo corollario secondo cui l'irrogazione di una sanzione e l'individuazione di una responsabilità presuppongono la colpa («nulla poena sine culpa»)²⁵¹. L'individuazione del fondamento giuridico della responsabilità congiunta della società madre e della controllata per i comportamenti

²⁴⁶ Sentenza del 12 dicembre 2019, ZB (Procuratore del Re di Bruxelles, Belgio) (C-627/19 PPU, EU:C:2019:1079, punto 36); Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, 17 settembre 2020, C-488/19, *Minister for Justice and Equality c. JR*, § 51.

²⁴⁷ CGUE, I Sez., 14 gennaio 2021, C-393/19.

²⁴⁸ § 58 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione nel senso che l'articolo 2, paragrafo 1, della decisione quadro 2005/212, letto alla luce dell'articolo 17, paragrafo 1, della Carta, dev'essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consente la confisca di uno strumento utilizzato per commettere un reato di contrabbando aggravato, qualora tale strumento appartenga a un terzo in buona fede.

²⁴⁹ Cass., Sez. III, 17 marzo 2010, n. 14860, Rv. 246965; Corte cost., 10 gennaio 1997, n. 1, in *Dir. pen. e proc.* 1997, 150.

²⁵⁰ Avvocato Giovanni Pitruzzella, 15 aprile 2021, C-882/19, *Sumal, S.L. c. Mercedes Benz Trucks España, S.L.*, 3.

²⁵¹ Per un'analisi delle relazioni tra la nozione d'impresa come unità economica e il principio della responsabilità personale, v., inter alia, le conclusioni dell'Avvocato Paolo Mengozzi, 19 settembre 2013, nelle cause riunite Commissione/Siemens Österreich e a. e Siemens Transmission & Distribution e a./Commissione, da C-231/11 P a C-233/11 P, EU:C:2013:578, §§ da 74 a 82 e i riferimenti in essi contenuti.

anticoncorrenziali di quest'ultima dovrà dunque tener conto dell'esigenza di rispettare tale principio»²⁵² (la Corte ritiene che «L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che prevede la possibilità di imputare la responsabilità del comportamento di una società a un'altra società soltanto nel caso in cui la seconda società controlli la prima società»)²⁵³.

L'Avvocato Pitruzzella richiama le conclusioni dell'Avvocato Mengozzi nel caso *Siemens Österreich e a. e Siemens Transmission & Distribution*, che riconosce che «il principio della personalità delle pene e delle sanzioni, [...] è un corollario del principio della responsabilità personale e costituisce, insieme a questo, una garanzia fondamentale del diritto penale che limita l'esercizio dello ius puniendi dei poteri pubblici»²⁵⁴. Tali principi trovano applicazione nell'ambito del diritto della concorrenza, anche con riferimento a persone giuridiche,

²⁵² «456. Ove si tratti di accertare una tale unitarietà di condotta sul mercato ai fini dell'imputazione alla società madre del comportamento anticoncorrenziale delle controllate, l'unico elemento che rileva è l'esercizio da parte della prima di un'influenza determinante sulla politica commerciale della seconda. Invece, laddove si tratti di imputare alle controllate il comportamento anticoncorrenziale della società madre (rectius di imputare tale comportamento all'unità economica di cui esse fanno parte e di dichiarare una loro responsabilità congiunta per tale comportamento) è, inoltre, necessario che tali controllate abbiano preso parte all'attività economica dell'impresa diretta dalla società madre che ha materialmente commesso l'infrazione.

57. In altri termini, nel caso di responsabilità ascendente, in cui le controllate adottano un comportamento anticoncorrenziale nel quadro generale del potere di influenza della società madre, tale potere è sufficiente sia a individuare un'unità economica sia a fondare la responsabilità congiunta della società madre. Nel caso inverso, di responsabilità discendente, in cui è la società madre a commettere l'infrazione, l'unitarietà dell'attività economica risulterà – oltre che dall'influenza determinante esercitata dalla prima – dal fatto che l'attività della controllata è, in qualche modo, necessaria alla realizzazione della condotta anticoncorrenziale (per esempio perché la filiale vende i beni oggetto del cartello) (69). Poiché la nozione funzionale d'impresa in quanto unità economica attiene al concreto atteggiarsi di più entità giuridiche sul mercato, i suoi esatti confini vanno delineati proprio con riferimento alle attività economiche che tali entità svolgono e al ruolo che esse rivestono all'interno del gruppo societario: da un lato, l'influenza determinante esercitata dalla società madre, dall'altro, l'attività della o delle controllate oggettivamente necessaria a concretizzare la pratica anticoncorrenziale».

²⁵³ CGUE, (Grande Sezione), 6 ottobre 2021, C-882/19, *Sumal SL c. Mercedes Benz Trucks España*.

²⁵⁴ Cfr. Avvocato Mengozzi, Commissione europea contro Siemens Österreich e altri (C-231/11 P), Siemens Transmission & Distribution Ltd (C-232/11 P), Siemens Transmission & Distribution SA e Nuova Magrini Galileo SpA (C-233/11 P) contro Commissione europea, cit. Cfr. Avvocato Ruiz-Jarabo Colomer, Aalborg Portland e a./Commissione, cit., § 63; nonché le conclusioni dell'Avvocato Bot, 26 ottobre 2010 rispettivamente nelle cause *ArcelorMittal Luxembourg/Commissione* e *Commissione/ArcelorMittal Luxembourg e a.* (sentenza del 29 marzo 2011, C-201/09 P e 216/09 P, Racc. pag. I-2239, paragrafo 181), e *ThyssenKrupp Nirosta e a./Commissione*, cit.

in ragione della natura “parapenalistica” delle sanzioni che possono essere inflitte dalla Commissione per punire comportamenti anticoncorrenziali»²⁵⁵. L’Avvocato Mengozzi, in particolare, sottolinea innanzitutto il divieto di responsabilità per fatto altrui precisando che «in virtù del principio della responsabilità personale, a sua volta corollario del principio di colpevolezza²⁵⁶, ciascuno è responsabile solo delle proprie azioni»²⁵⁷. In virtù del principio della personalità delle pene e delle sanzioni, più specificamente, una persona può essere sanzionata esclusivamente per fatti ad essa individualmente ascritti²⁵⁸. In virtù di tale principio, pertanto, solo l’autore della violazione può subire una sanzione per tale violazione²⁵⁹ e, conseguentemente, tale sanzione non può essere subita da una persona diversa dal colpevole²⁶⁰ »²⁶¹. Il principio della responsabilità personale è interpretato, però, non come mero divieto di responsabilità per fatto altrui, ma come vero e proprio principio di colpevolezza

²⁵⁵ «Quanto alla natura “parapenalistica” delle sanzioni, si veda, da ultimo, il paragrafo 40 delle conclusioni dell’avvocato generale Kokott presentate il 28 febbraio 2013 nella *causa Schenker und Co AG e a.* (sentenza del 18 giugno 2013, C-681/11), ivi con ulteriori ampi rimandi anche sull’applicazione da parte della Corte per costante giurisprudenza, di principi del diritto penale nell’ambito del diritto europeo della concorrenza). Occorre altresì rilevare che la Corte EDU, nella sentenza del 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics/Italia* (ricorso n. 43509/08, §§ da 38 a 45), ha riconosciuto la natura penale ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 1, della C.E.D.U. di un’ammenda inflitta in base alla normativa italiana a tutela della concorrenza da parte dell’autorità garante della concorrenza e del mercato».

²⁵⁶ «V. conclusioni dell’avvocato generale Kokott presentate il 3 luglio 2007, nella causa ETI, cit. alla nota 54 (paragrafo 71) e con riferimento al principio della personalità delle pene e delle sanzioni, il paragrafo 63 delle conclusioni dell’avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer relative alla causa Aalborg Portland, cit. A tale riguardo occorre anche ricordare che il principio della colpevolezza viene in considerazione, specificamente nell’articolo 23, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, il quale presuppone l’intenzionalità o la negligenza per l’inflizione di ammende per violazione delle norme di concorrenza».

²⁵⁷ «V. il paragrafo 162 delle conclusioni dell’avvocato generale Bot nella causa ThyssenKrupp Nirosta, cit. alla nota 63. Al riguardo si veda anche il paragrafo 74 delle conclusioni dell’avvocato generale Cosmas presentate il 15 luglio 1997 relative alla causa Commissione/Anic Partecipazioni, cit. alla nota 26».

²⁵⁸ «Il principio della personalità delle pene e delle sanzioni viene così definito in diverse sentenze del Tribunale tra cui la sentenza impugnata (v. punto 122 con altri riferimenti giurisprudenziali). Nella sentenza del 14 luglio 2005, *ThyssenKrupp Stainless e a./Commissione* (C-65/02 P e C-73/02 P, Racc. pag. I-6773, punto 82) la Corte ha definito in tal modo detto principio, pur non qualificandolo espressamente come principio della personalità delle pene e delle sanzioni».

²⁵⁹ Cfr. «il paragrafo 63 delle conclusioni dell’avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa Aalborg Portland, cit. alla nota 63».

²⁶⁰ «V. il paragrafo 181 delle conclusioni dell’avvocato generale Bot nelle cause ArcelorMittal Luxembourg, cit. alla nota 63, e il paragrafo 162 delle conclusioni dello stesso avvocato generale nella causa ThyssenKrupp Nirosta, cit. alla nota 63».

²⁶¹ § 75.

(responsabilità per fatto proprio colpevole): con riferimento al diritto della concorrenza si sottolinea che «il principio della responsabilità personale si applica *in primis* all'impresa, la quale essendo destinataria delle norme di concorrenza dell'Unione, se commette, intenzionalmente o per negligenza, un'infrazione a tali norme deve, in quanto entità economica unitaria ancorché non necessariamente provvista di soggettività giuridica propria, risponderne personalmente»²⁶². Ciò trova del resto indirettamente conferma nel testo dell'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 che – come sopra ricordato – prevede che l'ammenda viene inflitta all'*impresa* che, *intenzionalmente o per negligenza*, commette l'infrazione alle regole di concorrenza. In tale prospettiva la Corte ha riconosciuto l'obbligo in capo alla Commissione, qualora un'infrazione sia stata commessa da più imprese, di determinare la gravità relativa della partecipazione di ciascuna di esse²⁶³ e di individualizzare pertanto la sanzione “in funzione dei comportamenti e delle caratteristiche propri delle imprese interessate”²⁶⁴,²⁶⁵; si richiama così il principio di colpevolezza anche come criterio di commisurazione della pena.

Da ultimo l'avvocato generale Priit Pikamäe nel recente caso *ThyssenKrupp*²⁶⁶, richiamando le conclusioni dell'Avvocato Bot nel caso *ThyssenKrupp*²⁶⁷, ha affermato che «la Corte ha così riconosciuto l'applicabilità del principio della responsabilità personale e il suo corollario, vale a dire il principio della personalità delle pene e delle sanzioni»²⁶⁸, per poi precisare che «La Corte EDU ha

²⁶² § 77. In tale direzione CGUE, 18 luglio 2013, Schindler Holding e a./Commissione, C-501/11 P, § 101 ss., nonché § 129.

²⁶³ CGUE, Commissione/Anic Partecipazioni, cit., § 150; CGUE, 8 luglio 1999, Hercules Chemicals/Commissione, C-51/92 P, in Racc.,-4235, §110.

²⁶⁴ CGUE, 7 giugno 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Commissione (C-76/06 P, Racc. pag. I-4405, punto 44

²⁶⁵ CGUE, 10 aprile 2014, Commissione europea contro Siemens Österreich e altri (C-231/11 P), Siemens Transmission & Distribution Ltd (C-232/11 P), Siemens Transmission & Distribution SA e Nuova Magrini Galileo SpA (C-233/11 P) contro Commissione europea, cause riunite da C-231/11 P a C-233/11 P, § 37.

²⁶⁶ Avvocato Priit Pikamäe, 9 giugno 2022, C-203/21, Procedimento penale a carico di Delta Stroy 2003, § 34.

²⁶⁷ Avvocato Bot nella causa ThyssenKrupp Nirosta/Commissione, C-352/09 P, EU:C:2010:635, par. 51 e 161.

²⁶⁸ Cfr. CGUE, Commissione/Anic Partecipazioni, cit., § 78; 10 settembre 2009, Akzo Nobel e a./Commissione, C-97/08 P, EU:C:2009:536, §§ 56 e 77.

certamente ricordato il divieto di punire una persona per un reato commesso da un terzo e ciò alla luce dell'articolo 6, paragrafo 2, e dell'articolo 7 della C.E.D.U., che tutelano entrambi il diritto riconosciuto a ciascuna persona a non vedersi inflitta una pena senza che sia stata debitamente accertata la sua responsabilità personale»²⁶⁹.

Il principio di colpevolezza, infine, è espressamente riconosciuto dalla Corte di Lussemburgo laddove riconosce che il processo penale è «un processo che possa concludersi con una decisione di colpevolezza o innocenza», pur ammettendo che tale processo possa svolgersi in assenza dell'imputato nei limiti previsti dagli artt. 8 e 9 della direttiva (UE) 2016/343²⁷⁰ del Parlamento europeo e del Consiglio, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali²⁷¹.

9. *La colpevolezza delle persone giuridiche.* Chiaramente molte delle decisioni esaminate in cui la Corte di Giustizia riconosce il principio di colpevolezza nell'applicazione del diritto dell'UE attengono alle persone giuridiche, ad esempio in materia di concorrenza o in relazione al regolamento n. 2988/1995, ma si deve in ogni caso sottolineare come nell'ordinamento dell'UE la Corte di Giustizia valorizza particolarmente il riconoscimento del principio di colpevolezza nell'applicazione delle sanzioni punitive nei confronti degli enti.

Come recentemente sottolineato dall'Avvocato Generale Priit Pikamäe nel caso *Delta Stroy 2003*²⁷², «il principio del riconoscimento di diritti fondamentali alle persone giuridiche è ormai acquisito²⁷³ in linea con una costruzione

²⁶⁹ Avvocato Priit Pikamäe, *Delta Stroy 2003*, cit., § 43.

²⁷⁰ In materia assume un particolare rilievo l'introduzione della direttiva 2016/343 in materia di presunzione d'innocenza, che sta dando luogo ad un'ampia giurisprudenza volta a garantire tale principio, CGUE 28/11/2019, C-653/19 PPU, DK - Spetsializirana prokuratura; CGUE 19/9/2019, C-467/18, EP 2016/343; 5/9/2019, C-377/18, AH, PB, CX, KM - MH; 19/9/2018, C-310/18 PPU; 26/2/, C-202/18 e C-238/18, Ilmārs Rimšēvičs, Banca centrale europea (BCE); Corte, Grande sezione, 25/7/2018, C-216/18 PPU, LM. Fermo restando che il legislatore europeo continua a considerare presunzioni di fatto e di diritto confutabili conformi alla presunzione d'innocenza come emerge dal considerando n. 22 della Direttiva.

²⁷¹ CGUE, IV sez., 19 maggio 2022, *IR con l'intervento di Spetsializirana prokuratura*, C-569/20.

²⁷² Avvocato Priit Pikamäe, *Delta Stroy 2003*, cit., § 34.

²⁷³ «Dalla giurisprudenza della Corte emerge un trattamento talvolta differenziato con una minore intensità della protezione accordata a queste persone, segnatamente, con riferimento al diritto al silenzio [sentenza

giurisprudenziale che, inizialmente, ha trovato terreno di espressione fertile nel settore economico e, più in particolare, in quello della concorrenza, posto che gli effetti della relativa normativa riguardano in prima battuta le società commerciali. Nel quadro del contenzioso concernente la repressione delle violazioni del diritto della concorrenza, che non rientra *stricto sensu* nella materia penale, la Corte ha applicato taluni principi essenziali del diritto penale e talune garanzie fondamentali sancite all'articolo 6 della C.E.D.U.²⁷⁴ a vantaggio delle persone giuridiche ricorrenti», compreso «il principio della responsabilità personale e il suo corollario, vale a dire il principio della personalità delle pene e delle sanzioni, sui quali si fonda l'imputabilità delle intese illecite»²⁷⁵.

Nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, del resto, si riconosce espressamente la colpevolezza delle persone giuridiche, quale presupposto per l'applicazione di sanzioni punitive.

L'art. 7 del regolamento n. 2988, in particolare, prevede l'applicabilità di sanzioni amministrative-punitive direttamente a carico delle persone giuridiche e poiché ai sensi dell'art. 5 l'applicazione di sanzioni amministrative punitive presuppone la colpevolezza del destinatario, ne deriva che l'applicabilità alle persone giuridiche, *ex art. 7*, delle sanzioni contemplate dall'art. 5, presuppone la colpevolezza della persona giuridica.

In relazione alle persone giuridiche la Commissione sembra accogliere, innanzitutto, una forma di responsabilità *autonoma*, che presenta la struttura di una responsabilità per l'organizzazione colpevole per non aver impedito o

del 2 febbraio 2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84) e alla protezione dei dati personali [sentenza del 17 dicembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punto 79 e giurisprudenza citata)]”.

²⁷⁴ “Nel quadro di una consolidata giurisprudenza, è stato sottolineato che i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima s'ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, fermo restando che la C.E.D.U. assume a tale proposito un significato particolare [v., in particolare, sentenza del 21 settembre 1989, Hoechst/Commissione (46/87 e 227/88, EU:C:1989:337, punto 13)]”.

²⁷⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe, cit., § 34; Corte di Giustizia, 8 luglio 1999, Commissione/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punto 78), e del 10 settembre 2009, Akzo Nobel e a./Commissione (C-97/08 P, EU:C:2009:536, punti 56 e 77).

prevenuto la realizzazione di illeciti²⁷⁶; in tale direzione la giurisprudenza comunitaria in materia di sanzioni accentrate fa riferimento ad una nozione di colpa propria dell'impresa che prescinde dai comportamenti obiettivamente illegittimi commessi da taluni collaboratori²⁷⁷. Come affermato dall'Avvocato generale Colomer nel caso *Volkswagen AG* «se, per poter accertare l'infrazione, si dovessero effettivamente individuare, in seno ad un'impresa, l'individuo o gli individui cui possono essere imputati sia il comportamento illecito sia l'intenzione o la colpa, non si equiparerebbe la persona giuridica alla persona fisica, bensì si riconoscerebbe alla prima una quasi totale impunità, in quanto, per far cadere ogni accusa, sarebbe sufficiente che gli ordini esecutivi fossero impartiti da persone prive di particolari nozioni giuridiche»²⁷⁸. Una simile pretesa, secondo cui potrebbero essere imputati ad un'impresa gli atti di un collaboratore solo se quest'ultimo riunisse nella sua persona tutti gli elementi oggettivi e soggettivi di un'infrazione, specifica la Commissione nel caso in questione, sarebbe in contrasto con il carattere del diritto della concorrenza in quanto diritto delle imprese e con la suddivisione del lavoro nell'organizzazione di queste; tutti gli atti delle persone autorizzate ad agire per conto delle imprese devono essere imputati a queste ultime²⁷⁹. Una simile nozione autonoma sembra accolta nel regolamento n. 2988, in cui non si precisa, come avveniva nel progetto di regolamento, che i gruppi o le associazioni di persone fisiche o giuridiche rispondono delle irregolarità, allorché un'irregolarità è stata commessa da parte di una persona fisica che ha agito per loro conto e che esercita un potere di decisione legale, delegato o di fatto; la mancanza di questa precisazione

²⁷⁶ Cfr. OTTO, *op. cit.*, 28; DANNECKER, *Sanktionen und Grundsätze*, cit., 10.

²⁷⁷ CGUE, *Volkswagen AG*, cit., 67; Commissione, 27 novembre 1981, C 82/203/CEE, relativa ad una procedura ai sensi dell'art. 85 Trattato CEE (IV/30.188 - *Moët et Chandon, London, Ltd*, in G.U.C.E. 1982, L-94, 7, 10); Commissione, 6 gennaio 1982, 82/267/CEE, (IV/28.748 - *AEG -Telefunken*, in G.U.C.E. L-177, 15, 27).

²⁷⁸ Avvocato Colomer, *Volkswagen AG*, cit., § 64, il quale ritiene, pertanto, che non si possano riconoscere alle persone giuridiche le stesse garanzie procedurali accordate al singolo più vulnerabile (i requisiti della prova indiziaria devono essere interpretati in modo meno rigoroso, in quanto si tratta spesso dell'unico metodo che permette di accertare l'intenzionalità dell'infrazione) (§ 66).

²⁷⁹ CGUE, *Volkswagen AG*, cit., § 67; Tribunale, 6 luglio 2000, T-62/98, *Volkswagen*, in *Racc. II-2707*, § 2234. Cfr. RIONDATO, *Il "Principio della colpa d'impresa non richiede l'individuazione della persona fisica colpevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1440.

sottolinea il carattere *autonomo* della responsabilità della persona giuridica (come previsto nei sistemi più evoluti in materia)²⁸⁰.

In particolare, la dogmatica sviluppata nell'ordinamento tedesco per le *Ordnungswidrigkeiten* viene applicata nell'ordinamento europeo laddove la Commissione e la Corte imputano alle imprese e alle associazioni il comportamento e le responsabilità di tutte le persone fisiche che hanno agito per loro, siano esse dipendenti, siano essi delegati o procuratori esterni, a condizione che la violazione dei propri obblighi da parte dei dirigenti della persona giuridica ha reso possibile o facilitato gli illeciti realizzati²⁸¹; si accoglie, quindi, la teoria organicistica in base alla quale è possibile imputare alla persona giuridica l'operato delle persone fisiche che agiscono per lei, anche se dalla giurisprudenza comunitaria non emergono chiaramente quali siano i criteri di imputazione. Fermo restando che non ha importanza chi concretamente ha agito, né che questa persona sia colpevole, la violazione degli «obblighi di organizzazione, di diligenza, di prevenzione, di controllo», che l'impresa o l'associazione ha compiuto tramite i suoi organi o rappresentanti, costituisce il nucleo del rimprovero normativo²⁸²; si accoglie, quindi, una nozione di colpevolezza in senso normativo in base alla quale la persona giuridica, nell'ambito di una concezione teleologicamente orientata del diritto punitivo (volto alla tutela di beni giuridici), è responsabile per non essere stata all'altezza delle pretese dell'ordinamento, non essendo riuscita ad attivare al suo interno dei meccanismi di direzione e di controllo volti ad impedire la consumazione di illeciti (di volta in volta si dovrà accertare qual è il *deficit* di controllo «sull'intera società che la persona giuridica ha consentito di realizzare nella specifica situazione»²⁸³).

²⁸⁰ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato: la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

²⁸¹ Cfr. CGUE, 7 giugno 1983, *Musique Diffusion française*, C-100-103/80, in *Racc.*, 1903.

²⁸² Cfr. OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Berlin, 1993, 30 ss.; DANNECKER, *Sanktionen und Grundsätze*, cit., 10; HARTMUT HAMANN, *op. cit.*, 174-175. Commissione, 5 dicembre 1983, n. 83/667/CEE, relativa ad una procedura a norma dell'art. 85 del Trattato CEE (Pratica n. IV/30.671 - *iPTC Belgium*, in G.U.C.E., L-376, 7), § 17; Commissione 14 dicembre 1984, 85/79/CEE, relativa ad una procedura ai sensi dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/30.809 - *John Deere*, in G.U.C.E. 1985, L-35, 58).

²⁸³ Così PALIERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche e la tutela degli interessi finanziari della Comunità europea*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità Europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, a cura di Grasso, 2000, 77.

La Commissione applica degli standard di colpevolezza molto rigorosi nei confronti delle persone giuridiche²⁸⁴; dalle pronunce della Corte emerge che per imputare il fatto è sufficiente che le persone fisiche dirigenti dell'azienda sapevano o avrebbero dovuto sapere dell'illecito, anche quando non lo hanno direttamente realizzato²⁸⁵. La Commissione e la Corte di Giustizia assumono, poi, un atteggiamento particolarmente rigoroso in materia di errore sul precetto qualora l'autore dell'illecito sia un'impresa (in particolare in relazione alle violazioni degli Art. 85, c. 1, e 86 del Trattato), pretendendo la conoscenza non solo della fattispecie ma anche del suo significato (*Bedeutungskennntnis*) con riferimento agli elementi normativi (ad esempio il concetto di abuso di posizione dominante²⁸⁶) e considerando il comportamento colposo laddove manchi tale conoscenza²⁸⁷. Tale orientamento emerge non solo nei confronti delle grandi imprese internazionali, ma anche in relazione alle piccole imprese, da cui pure si pretende la conoscenza delle decisioni della Corte e della Commissione e della situazione dei loro mercati²⁸⁸.

L'Avvocato Schenker richiama anche l'Art. 6(1) C.E.D.U. e le tradizioni costituzionali degli Stati membri, nonché l'art. 23, c. 2 del regolamento n. 1/2003, che, come già ricordato, prevede che la Commissione possa imporre ammende solo per violazioni intenzionali o colpose. L'avvocato generale ha poi ritenuto che non tutti gli errori di diritto sono idonei a precludere la responsabilità dell'antitrust, ma solo errori "inevitabili" (o "scusabili" o "insindacabili") possono farlo; ciò significa che l'impresa deve aver adottato «tutte le misure possibili e ragionevoli per evitare la sua presunta violazione del diritto antitrust dell'UE», una situazione che «sembra verificarsi solo molto raramente». In tale ottica si ritiene che l'affidamento sulla consulenza legale può comportare un

²⁸⁴ Cfr. DANNECKER, *Sanktionen und Grundsätze*, cit., 11.

²⁸⁵ *IPTC - Belgium*, 31 - 12 - 1983, L 376; *British Leyland*, 2 agosto 1984 L 207; *Sperry New Holland*, 31 dicembre 1985 L 376; *Tipp-Ex*, 10 agosto 1987, L 222; cfr. HEITZER, cit., 24.

²⁸⁶ Cfr. CGUE, 23 settembre 1986, *Akzo Chemie/Commissione*, C-5/85, in *Racc.*, 2585.

²⁸⁷ Cfr. CGCE 1-2-1978, *Miller International Schallplatten GmbH*, C-19/77, in *Racc.*, I, 151, cfr. Avvocato Warner, 160; CGUE, 8 novembre 1983, *NV Jaz International Belgium e altri*, C 96/102, 104, 105, 108, 110/82, in *Racc.*, IV, 3369.

²⁸⁸ Cfr. Avvocato Warner, *Miller International Schallplatten GmbH*, cit., 160, il quale ritiene eccessiva tale pretesa della Commissione.

errore di diritto “inevitabile” e il dettato della Corte nella sentenza *Miller* del 1978 – secondo cui la consulenza legale non poteva giustificare una violazione dell'art. 85 CEE – non è più giustificato dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003²⁸⁹.

Emerge sempre un approccio piuttosto rigoroso nei confronti delle persone giuridiche e non del tutto attento al rispetto del principio di colpevolezza e alla connessa presunzione d'innocenza nelle conclusioni, già citate, dell'avvocato generale Priit Pikamäe nel recente caso *Delta Stroy*²⁹⁰, che riconosce la compatibilità del regime della responsabilità penale delle persone giuridiche accolto nella normativa bulgara (in materia di reati tributari), forma di «responsabilità per fatto proprio in ragione di un rapporto di rappresentanza e non di una sostituzione»²⁹¹, basata su una presunzione circa la commissione del reato da parte dell'ente, laddove viene iniziato il procedimento penale nei confronti della persona fisica, ritenendo tale presunzione prevista dalla legge e proporzionata allo scopo perseguito, nonché rispettosa del diritto di difesa²⁹². Tale compatibilità con i principi in materia viene affermata nonostante «sembra così che la persona giuridica possa essere sanzionata penalmente per un reato commesso dalla persona fisica dotata del potere di contrarre obbligazioni in suo nome senza che il giudice competente possa, in primo grado o in appello, valutare la reale commissione di detto reato, questione questa riservata alla

²⁸⁹ Conclusioni, 28 febbraio 2013, Schenker e a., C-681/11, in Raccolta, §§ 40 e 41. Sulla rilevanza assunta dal *Verbotsirtum* nel diritto europeo della concorrenza, cfr. FRENZ, *Handbuch Europarecht*, 2, *Europäisches Kartellrecht*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, 945.

²⁹⁰ Avvocato Priit Pikamäe, *Delta Stroy* 2003, cit., § 34.

²⁹¹ «47. Questa responsabilità della persona giuridica si avvicina a una responsabilità indiretta o di riflesso, osservando che detta persona giuridica può agire unicamente per il tramite di persone fisiche aventi il potere di contrarre obbligazioni in suo nome. Una siffatta qualificazione, idonea a violare l'articolo 7 della C.E.D.U. e l'articolo 49 della Carta, che sanciscono il principio della personalità delle pene, non è tuttavia corretta nell'ipotesi di una responsabilità fondata sulla tecnica della rappresentanza. Infatti, la persona fisica interessata non è terza rispetto alla persona giuridica ma è la persona giuridica, in cui si identifica. Quest'ultima sarà penalmente responsabile quale autore del reato commesso per suo conto da una persona fisica avente i poteri di contrarre obbligazioni in suo nome e che ha soddisfatto gli elementi costitutivi del reato. Si tratta di una responsabilità per fatto proprio in ragione di un rapporto di rappresentanza e non di una sostituzione».

²⁹² «50. Dalla normativa bulgara emerge che il procuratore può presentare al giudice penale una richiesta indicante i dati personali delle persone «accusate» del reato e che detto giudice può irrogare una sanzione pecuniaria a una persona giuridica «a prescindere dall'effettiva insorgenza di una responsabilità in capo alle persone [fisiche] coinvolte nel reato».

decisione concernente detta seconda persona, oppure sospendere il procedimento in attesa di detta sentenza”. Si ritiene sufficiente in termini di rispetto della presunzione d’innocenza e del diritto di difesa la possibilità (art. 83f dello ZANN) di riaprire il procedimento (mezzo di ricorso straordinario), su istanza in particolare della persona giuridica sanzionata, ove il pubblico ministero archivi il procedimento a carico di detta persona fisica perché il fatto non è stato commesso o è privo di rilevanza penale, o in caso di assoluzione della stessa mediante decisione passata in giudicato²⁹³; è pertanto possibile confutare la presunzione di commissione del reato, ma come ammette lo stesso Avvocato «la persona giuridica interessata può essere oggetto di una decisione di condanna definitiva, seguita da una sua esecuzione, senza aver avuto la possibilità, prima dell’adozione di detta decisione oggettivamente pregiudizievole, di far valere le proprie osservazioni sulla commissione del reato fiscale che le viene contestato; tale circostanza può ledere il rispetto dei diritti della difesa²⁹⁴». Non solo, ma come evidenzia sempre lo stesso Avvocato, «la persona giuridica sanzionata non può opporsi all’esecuzione forzata di una decisione che comporta gravi conseguenze per la sua salute finanziaria, compreso il rischio di fallimento». Il tutto poiché l’Avvocato ritiene che «tale regime deve quindi essere considerato come previsto dalla normativa nazionale. In secondo luogo, detto regime rispetta, a mio avviso, il contenuto essenziale del diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva per quanto attiene ai suoi due elementi costitutivi, vale a dire il rispetto dei diritti della difesa e il diritto di agire dinanzi a un giudice». In realtà una violazione del diritto di difesa, della presunzione d’innocenza e ancora più a monte dei principi del giusto processo emerge

²⁹³ «all’esito di un procedimento in contraddittorio e ove riconosca la fondatezza dell’istanza di riapertura, il giudice così adito può annullare la decisione sanzionatoria».

²⁹⁴ L’Avvocato richiama, per analogia, sentenze del 16 ottobre 2019, *Glencore Agriculture Hungary* (C-189/18, EU:C:2019:861, punti 41 e 52) e del 4 giugno 2020, *C.F. (Verifica fiscale)* (C-430/19, EU:C:2020:429, punto 30). Questa giurisprudenza della Corte concernente i procedimenti amministrativi di verifica fiscale in materia di IVA deve trovare applicazione a fortiori nel quadro di un procedimento che può sfociare, nel medesimo ambito, nell’adozione di sanzioni pecuniarie aventi carattere penale.

²⁹⁵ «§ 53 Per tutta la durata del procedimento penale pendente, come nella specie rappresentante della società, quest’ultima è di fatto privata della possibilità di proporre l’istanza di riapertura dinanzi a un giudice competente ad accertare la mancata commissione del reato ad essa contestato e, quindi, l’infondatezza della sanzione penale irrogata, 14 novembre 2013, *Baláz* (C-60/12, EU:C:2013:733, punto 46)».

chiaramente laddove si rimette il rispetto di tali diritti al mero “ricorso a un mezzo di impugnazione straordinario”, consentendo l’applicazione della sanzione senza offrire all’ente condannato la possibilità di difendersi dall’accusa e il diritto al contraddittorio prima di essere condannato; è vero che in materia di enti si ammette un affievolimento delle garanzie, ma in questo caso più che di un affievolimento si tratta di una vera e propria negazione di diritti fondamentali e dei principi cardine del giusto processo penale, rinviati in fase di ricorso.

Ad avviso dell’Avvocato generale, ancora, «in terzo luogo, il regime di responsabilità della persona giuridica previsto agli articoli 83a e seguenti dello ZANN mi sembra rispondere a un obiettivo di interesse generale [...], è infatti possibile ritenere che un regime siffatto rientri nell’attuazione dell’obbligo, gravante su ciascuno Stato membro, di adottare tutte le misure legislative e amministrative al fine di garantire che l’IVA sia interamente riscossa nel suo territorio e di contrastare le frodi. L’articolo 325, paragrafo 1, TFUE obbliga gli Stati membri a lottare contro la frode»²⁹⁶. L’Avvocato ritiene proporzionato – anche rispetto alla tutela dei diritti fondamentali – e giustificato il sistema procedurale in esame perché «gli Stati membri devono altresì garantire che le norme di procedura penale previste dal diritto nazionale consentano una repressione effettiva dei reati collegati a siffatti comportamenti illeciti [...] garantire che il regime procedurale applicabile al perseguimento dei reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione non sia concepito in modo da comportare, per motivi ad esso inerenti, un rischio sistemico d’impunità per i fatti costitutivi di siffatti reati»; l’efficienza e la prevenzione dell’impunità giustifica tutto, sacrificando la tutela dei diritti fondamentali degli imputati. Non si può sacrificare tale tutela all’altare dell’efficienza nel timore del “rischio sistemico d’impunità”, rischio che altrimenti potrebbe sempre giustificare inaccettabili meccanismi probatori presuntivi²⁹⁷.

²⁹⁶ COTTU, *op. cit.*, 57 ss.

²⁹⁷ Cfr. l’opinione dissenziente del giudice Paulo Pinto di Albuquerque nel caso G.I.E.M., Corte E.D.U., 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. and others v. Italy, n. 1828/06 and 2 others.

10. *Il riconoscimento del principio di colpevolezza tramite il riconoscimento della presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.* La Corte EDU, come esaminato, ha operato «lungo una duplice direttiva di “sostanzializzazione” dei parametri convenzionali impiegati, attinenti all’area processuale, e di una “processualizzazione” delle categorie penalistiche sostanziali coinvolte nelle situazioni normative da essa scrutinate»²⁹⁸; parimenti, al di là delle ambiguità che sussistono nel riconoscimento del principio di colpevolezza come diritto fondamentale nell’ordinamento dell’Unione europea, la giurisprudenza della Corte di Giustizia riconosce espressamente che la garanzia processuale del principio di colpevolezza, e cioè la presunzione d’innocenza, quale risulta in particolare dall’art. 6, n. 2, della C.E.D.U., fa parte dei diritti fondamentali che secondo la giurisprudenza costante della Corte, riaffermata dal preambolo dell’Atto unico europeo nonché dall’art. 6, n. 2, del Trattato sull’Unione europea, sono oggetto di tutela nell’ordinamento giuridico eurounitario. Si precisa che la presunzione d’innocenza viene riconosciuta nel diritto comunitario nell’ambito del riconoscimento del diritto ad un equo processo e alla parità delle armi, riconosciuti dall’art. 6, 1 e 3 c. C.E.D.U., come principi generali del diritto UE²⁹⁹.

Diversamente dal principio di colpevolezza, inoltre, la presunzione d’innocenza è stata riconosciuta dall’art. 48 (*Presunzione d’innocenza e diritti della difesa*) della Carta dei diritti dell’Unione³⁰⁰; già nel caso *Volkswagen*, infatti, l’Avvocato generale Colomer fonda la presunzione d’innocenza in quanto

²⁹⁸ Cfr. COTTU, *op. cit.*, 356.

²⁹⁹ Avvocato *Stix-Hackl, Corus Uk Ltd, cit.*, § 147 ss.; CGUE, 15 maggio 1986, *Johnston*, C-222/84, in *Racc.*, 1651; Tribunale, 6 ottobre 2005, *Sumitomo Chemical Co. Ltd - Sumika Fine Chemicals Co. Ltd*, cause riunite T-22/02 e T-23/02, § 103 ss. Si ribadisce che “*per evitare che la tutela giuridica offerta dalla giurisdizione penale venga aggirata con la classificazione di provvedimenti penali come provvedimenti disciplinari, amministrativi o civili, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha dichiarato che la nozione di “accusa penale” ai sensi dell’art. 6, n. 1, della C.E.D.U. dev’essere oggetto di un’interpretazione autonoma*”; precisando che uno Stato membro non è autorizzato a creare organi aggiuntivi e concorrenziali con il potere giurisdizionale, se non si vuole creare un rischio di elusione delle garanzie procedurali previste dal diritto comunitario ispirandosi all’art. 6, n. 1, della C.E.D.U. (e dell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali), Conclusioni dell’Avvocato *Verica Trstenjak*, 3 maggio 2007, C-62/06, *Fazenda Pública - Director Geral das Alfândegas c. ZF Zefeser - Importação e Exportação de Produtos Alimentares L*, §§ 56 - 57.

³⁰⁰ Cfr. HETZER, *op. cit.*, 25.

diritto fondamentale - oltreché sull'art. 6, c. 2 della Convenzione europea - sull'art. 48, n. 1 della Carta dei diritti³⁰¹ e anche il Tribunale nel caso *Sumitono Chemical Co. Ltd - Sumika Fine Chemicals Co. Ltd*, richiama l'art. 48, n. 1, della Carta, invocato dai ricorrenti³⁰².

Proprio sull'art. 48, allora, si fonda espressamente il principio di colpevolezza. L'Avvocato Juliane Kokott, nel caso *Schenker*, individua il fondamento del principio di colpevolezza nell'espresso riconoscimento della presunzione d'innocenza dell'art. 48 della Carta: «invero, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nella C.E.D.U. detto principio non viene espressamente menzionato, tuttavia esso costituisce un necessario presupposto della presunzione di innocenza. Pertanto, si può ritenere che il principio *nulla poena sine culpa* sia implicitamente contenuto tanto nell'articolo 48, paragrafo 1, della Carta, quanto nell'articolo 6, paragrafo 2, della C.E.D.U., norme di cui si tiene pacificamente conto nell'ambito dei procedimenti in materia di intese. In definitiva, entrambe le disposizioni sopra citate della Carta e della C.E.D.U. possono essere considerate quali concretizzazioni di ordine procedurale del principio *nulla poena sine culpa*»³⁰³.

Nella medesima direzione sempre l'Avv. Gen. Kokott nelle sue conclusioni nel caso *Schindler holding*, ribadisce che «Indubbiamente tra i principi generali di diritto, che devono essere osservati nel procedimento in materia di intese a livello di Unione, rientra il principio *nulla poena sine culpa* (nessuna pena senza colpevolezza), che può ricondursi al principio dello Stato di diritto e al principio di colpevolezza»; «si può ritenere che il principio *nulla poena sine*

³⁰¹ Avvocato Colomer, *Volkswagen AG*, cit., § 94.

³⁰² Tribunale, *Sumitono Chemical Co. Ltd*, cit., § 103.

³⁰³ Conclusioni, *Schenker e a.*, cit., in Raccolta, §§ 40 e 41; *contra* CGUE, 18 giugno 2013, *Schenker und Co AG e a.*, C-681/11, nel medesimo caso in quanto ha ritenuto che un'impresa non possa essere esonerata dalla ammenda per la partecipazione a una intesa anticoncorrenziale in violazione dell'art. 101 TFUE, anche se la partecipazione è avvenuta in conseguenza di un errore in cui è la stessa è incorsa per effetto di un parere legale qualificato; sempre *contra* Corte E.D.U., 30 agosto 2011, *G. c. Regno Unito*, cfr. Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322. Cfr. BOTTA-HARSDORFAND-FREWEIN, *Poena sine Culpa?* *Comment on Schenker*, in *Eur. LR*, 553 ss.; VÖLCKER, *Ignorantia legis non excusat and the demise of national procedural autonomy in the application of the EU competition rules*, in *Comm. Mark. LR*, 2014, 1497-1519; WEITBRECHT, *Unbeachtlicher Verbotsirrtum im Kartellrecht*, in *Neue Jur. Wochen.*, 2013, 3085 ss.

culpa sia implicitamente contenuto tanto nell'articolo 48, paragrafo 1, della Carta, quanto nell'articolo 6, paragrafo 2, della C.E.D.U., ..»³⁰⁴. L'Avvocato Kokott nel caso *Túrkevei Tejtermelő Kft.*, infine, discutendo sul principio "chi inquina paga" e il rispetto del principio di proporzionalità, ha evidenziato non solo la rilevanza, trattandosi di sanzioni, del «principio di legalità delle pene, *nulla poena sine lege*, ai sensi dell'articolo 49 paragrafo 1, primo periodo, della Carta», ma anche della «presunzione di innocenza sancita nell'articolo 48, paragrafo 1, della Carta. Nell'ambito della presunzione di innocenza si colloca anche il principio di colpevolezza, *nulla poena sine culpa*, che richiede che sussista una colpevolezza e quindi una responsabilità per la violazione»³⁰⁵. Si riconosce espressamente che la presunzione di innocenza comporta il riconoscimento del principio di colpevolezza.

Più di recente la Grande Sezione della Corte nel caso *IS (Illégalité de l'ordonnance de renvoi)*³⁰⁶ ha, innanzitutto, riconosciuto che ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 1, della Carta, ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata e che l'art. 52, par. 3, della Carta precisa che, laddove quest'ultima contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla C.E.D.U., il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli loro conferiti da detta convenzione³⁰⁷; tale art. 48 corrisponde all'art. 6, par. 2 e

³⁰⁴ Conclusioni presentate il 18 aprile 2013, *Schindler holding ltd contro Commissione europea e a.*, cit., in Raccolta, § 114 s.

³⁰⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, 16 febbraio 2017, C-129/16, *Túrkevei Tejtermelő Kft. c. Országos Környezetvédelmi és Természetvédelmi Főfelügyelőség*, § 44, che richiama "sentenze del 18 novembre 1987, *Maizena e a.* (137/85, EU:C:1987:493, punto 15), e dell'11 luglio 2002, *Káserei Champignon Hofmeister (C-210/00, EU:C:2002:440, punti 35 e 44)*. V. anche le mie conclusioni nella causa *Schenker e a.* (C-681/11, EU:C:2013:126, paragrafi 40 e 41)"; § 68: «l'articolo 36, paragrafo 2, della direttiva sui rifiuti, il principio «chi inquina paga» di cui all'articolo 191, paragrafo 2, TFUE, il principio della proporzionalità della pena ai sensi dell'articolo 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali e la presunzione di innocenza ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 1, della Carta non ostano a che al proprietario di un fondo concesso in locazione sia inflitta una sanzione adeguata fondata sulla presunzione legale che questi sia responsabile - in solido con l'effettivo utilizzatore del fondo - della violazione di disposizioni in materia di rifiuti ivi verificatasi, a condizione che, in linea di principio, sia possibile confutare tale presunzione fornendo indicazioni ragionevoli».

³⁰⁶ CGUE Grande Sezione, 23 novembre 2021, C-564/19, *IS (Illégalité de l'ordonnance de renvoi)*.

³⁰⁷ «Orbene, come risulta dalle spiegazioni relative all'articolo 48 della Carta, che, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, terzo comma TUE e all'articolo 52, paragrafo 7, della Carta, devono essere prese in considerazione ai fini dell'interpretazione di quest'ultima».

3, della C.E.D.U., con la conseguenza che la Corte deve, pertanto, sincerarsi che l'interpretazione da essa fornita dell'articolo 48 della Carta assicuri un livello di protezione che non violi quello garantito all'articolo 6 della C.E.D.U., come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo³⁰⁸.

Tale principio «implica che ogni persona accusata è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata»³⁰⁹; se ne deduce l'inammissibilità di inversioni dell'onere della prova, spettando alla Commissione il compito di provare i fatti imputati³¹⁰.

Come affermato in diversi casi dall'Avvocato Colomer, il principio che vieta l'inversione dell'onere della prova è «posto a tutela del diritto fondamentale alla presunzione d'innocenza, che ha carattere sostanziale e con cui non deve essere confuso»; «la presunzione d'innocenza impedisce di infliggere una sanzione se non è dimostrata la colpevolezza. Di conseguenza, l'accusatore deve provare che l'accusato ha commesso i fatti costitutivi dell'infrazione e che sussistono gli altri elementi, di fatto e di diritto, che consentono di dichiarare la sua responsabilità. È a questo punto che la presunzione d'innocenza e l'onere della prova si incontrano»³¹¹.

L'Avvocato Trstenjak, nel caso *Fazenda Pública*, precisa, con particolare riferimento alla materia penale, che la colpevolezza deve essere provata dal

³⁰⁸ CGUE, IS (*Illégalité de l'ordonnance de renvoi*), cit., § 101 e § 104 in cui precisa: «conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte [sentenze del 2 settembre 2015, *Surmačs*, C-127/14, EU:C:2015:522, § 28, e del 16 novembre 2016, *DHL Express (Austria)*, C-2/15, EU:C:2016:880, § 19]; cfr. CGUE, 29 luglio 2019, *Gambino e Hyka*, C-38/18, EU:C:2019:628, § 39 e giurisprudenza ivi citata,

³⁰⁹ Tribunale, *Sumitomo Chemical Co. Ltd - Sumika Fine Chemicals Co. Ltd*, cit., § 106, in cui si precisa che tale principio «osta, quindi, a qualsiasi constatazione formale ed anche a qualsiasi allusione alla responsabilità della persona cui sia imputata una data infrazione in una decisione che pone fine all'azione, senza che la persona abbia potuto beneficiare di tutte le garanzie normalmente concesse per l'esercizio dei diritti della difesa nell'ambito di un procedimento che segue il suo corso normale e si chiuda con una decisione sulla fondatezza dell'addebito»; conforme Tribunale, 12 ottobre 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH*, T-474/04, 75.

³¹⁰ CGUE, 8 luglio 1999, *Hüls AG - DSM NV*, C-199/92 P, in *Racc.* I-4287, § 155-167.

³¹¹ Avvocato Colomer, *Buzzi Unicem SpA c.*, cit., § 41 ss.; Id., 11 febbraio 2003, C-219/00 P, *Cementir, Cementeirie del Tirreno SpA contro Commissione delle Comunità europee*, § 39-40; Id., *Italcementi SpA*, cit., § 38; CGCE 23 settembre 2004, *Repubblica Italiana*, cit., 78.

pubblico ministero “al di là di ogni dubbio”; il principio in *dubio pro reo* «costituisce un’espressione particolare del principio della presunzione di innocenza»³¹².

Come ripetutamente sancito dalla Corte di Giustizia, inoltre, la presunzione d’innocenza «si applica alle procedure relative a violazioni delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese che possono sfociare nella pronuncia di multe o ammende»³¹³; in tale direzione nelle sue conclusioni l’Avvocato generale Nicholas Emiliou, nel recentissimo caso *HSBC Holdings plc.* e altri, ha specificato che “secondo una giurisprudenza costante, considerata la natura delle infrazioni di cui trattasi nonché la natura e il grado di severità delle sanzioni che vi sono connesse, tale principio si applica anche alle procedure relative a violazioni delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese, che possono sfociare nella pronuncia di multe o ammende»³¹⁴. Nell’ambito dell’ordinamento UE, infatti, si sancisce, innanzitutto, che i principi processuali dovrebbero essere applicati anche nei procedimenti relativi alle persone giuridiche (particolarmente frequenti ad esempio nel settore della concorrenza), in quanto la Corte di Giustizia – come sopra esaminato – ha espressamente riconosciuto che i diritti fondamentali, che fanno parte dei principi giuridici generali di cui la Corte garantisce l’osservanza, sono riconosciuti alle imprese³¹⁵.

³¹² Avvocato Verica Trstenjak, *Fazenda Pública*, cit., § 60.

³¹³ CGUE, 21 settembre 2006, *JCB Service/Commissione*, C-167/04 P, 90 ss. (50 - 53); *Hüls AG - DSM NV*, cit., § 149 s.; 8 luglio 1999, *Montecatini*, C-235/92 P, in *Racc.* I-4539, § 175 - 176; *Volkswagen*, cit., in *Racc.* II-2707, § 269; *Sumitomo Chemicali*, cit., § 104 - 105; *Degussa AG*, cit., § 411; 12 ottobre 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse*, T-474/04; Avvocato Colomer, *Buzzi Unicem SpA c.*, cit., § 41 ss.; Avvocato Vestendorf, in Tribunale, 24 ottobre 1991, T-1/89, *Rhône Poulenc*, in *Racc.* III - 867, II - 869, II - 954 e II - 956; Avvocato F.G. Jacobs, 15 dicembre 2005, C-167/04 P, *JCB Service*, § 61 ss. Cfr. GRASSO, *Recenti sviluppi*, cit., 758; OTTO, *op. cit.*, 28; ampiamente sui principi procedurali in materia comunitaria cfr. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2005, 1173 ss.; OPPERMANN, *op. cit.*, 46 ss.

³¹⁴ Conclusioni dell’avvocato generale Nicholas Emiliou, 12 maggio 2022, C-883/19 P, *HSBC Holdings plc, HSBC Bank plc, HSBC Continental Europe*, già *HSBC France c. Commissione europea*, § 121 che ribadisce che «il principio della presunzione di innocenza è enunciato all’articolo 48 della Carta, il quale, riecheggiando l’articolo 6, paragrafo 2, della C.E.D.U., dispone che «[o]gni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata».

³¹⁵ CGUE, 26 giugno 1980, *National Panasonic*, C-136/79, in *Racc.* 1980, 2034-2056 ss.; cfr. Conclusioni dell’Avvocato Darmon, 18 maggio 1989, in *Racc.*, 3324 - 3340; *contra* FROMMEL, *The European Court of human rights and the right of the accused to remain silent: can it be invoked by taxpayers?*, in *Dir. prat. trib.*, 1993, 1, 2167-2195.

(salvo se si tratta di diritti che non possono essere goduti da una persona giuridica³¹⁶). In tale direzione l'art. 2 del reg. n. 1/2003 in materia di concorrenza, stabilisce che «in tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, l'onere della prova di un'infrazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o dell'articolo 82 del trattato incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione»³¹⁷. Non solo, ma anche se la disciplina processuale per l'applicazione delle sanzioni *sui generis* non viene contemplata dal regolamento n. 2988, nel rimettere l'applicazione delle sanzioni alle Autorità amministrative nazionali e, quindi, alle relative procedure locali, l'art. 2, n. 4 del regolamento specifica «fatto salvo il diritto comunitario applicabile»³¹⁸ e, quindi, si riconosce anche per l'aspetto processuale il primato del diritto dell'Unione europea e il riconoscimento dei diritti fondamentali, a partire dalla presunzione d'innocenza riconosciuta dall'art. 48 della Carta.

La stessa Corte EDU accoglie una nozione ampia di “processo penale”, comprensivo dei procedimenti volti all'applicazione dell'illecito amministrativo-punitivo, che rientra nella nozione di “materia penale” contemplata dall'art. 6 della Convenzione³¹⁹; e, come precisato dall'Avvocato generale Colomer nel

³¹⁶ Cfr. DE SALVIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001, 97 ss.

³¹⁷ Gli artt. 27 e 28 garantiscono i diritti di difesa delle imprese interessate, e in particolare il diritto di accesso al fascicolo, il diritto delle imprese ad essere sentite dalla Commissione, riconoscono la possibilità di presentare preventivamente le loro osservazioni ai terzi i cui interessi possono essere danneggiati da una decisione, assicurano un'ampia pubblicità alle decisioni adottate (il tutto salvaguardando la tutela del segreto aziendale e la riservatezza delle informazioni scambiate in seno alla rete). La dottrina lamenta, però, come anche il regolamento 1/2003, continui a prevedere un sistema di inversione dell'onere della prova, in assenza di uno strumento di verifica preventivo quale l'autorizzazione, a carico di chi intenda avvalersi delle condizioni previste dal par. 3 dell'art. 81 (che prevede le condizioni il cui rispetto consente delle deroghe al divieto di accordi, decisioni e pratiche concordate di cui all'art. 81); non preveda l'assistenza di un legale all'accertamento e non riconosca il *privilege* professionale per i legali interni all'impresa, così RINALDI, *op. cit.*, 165-167.

³¹⁸ Più in generale sull'influenza dei principi del diritto UE sul procedimento amministrativo italiano, cfr. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti-Greco, cit., 441 ss. e 460 ss.

³¹⁹ Cfr. Avvocato Colomer, *Cementir, Cementerie del Tirreno SpA, cit.*, § 26; CGCE 16 luglio 1988, C-252/97 P, *N c. Commissione delle Comunità europee*, § 52 in cui si riconosce l'applicazione delle garanzie dell'art. 6 C.E.D.U. dinanzi agli organi di giustizia comunitaria, anche se si afferma che la Commissione non può essere considerata un Tribunale ai fini dell'art. 6 C.E.D.U.; *Lymburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) e a.*, 15 ottobre 2002, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P e C-252/99 P e C-254/99 P, § 169 applica l'art. 6 C.E.D.U. come principio generale del diritto comunitario anche dinanzi alla Commissione. Cfr. TIEDEMANN, *Generalbericht*, in *Grunderfordernisse des*

caso *Cementir*, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prosegue su questa strada ³²⁰.

Interessanti, inoltre, le citate conclusioni dell'Avvocato Emiliou nel recentissimo caso *HSBC Holdings plc.* e altri ³²¹, quando precisa che «Secondo una giurisprudenza costante, il principio della presunzione di innocenza esige, anzitutto che, nell'esercizio delle loro funzioni, i membri di un organo giurisdizionale non partano dall'opinione preconcepita che l'imputato abbia commesso il reato di cui è accusato; esso esige inoltre che l'onere della prova incomba all'accusa, mentre ogni dubbio a tale riguardo giovi all'imputato» ³²². E, infine, evidenzia che «secondo una giurisprudenza costante della Corte EDU, il principio della presunzione di innocenza osta anche all'affermazione prematura, da parte delle autorità pubbliche, dell'opinione secondo cui la persona accusata di un reato è colpevole, prima che ciò sia giuridicamente provato. Tali affermazioni possono infatti indurre il pubblico a credere nella colpevolezza dell'interessato, ledendo in tal modo la sua reputazione e la sua dignità,

Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht, cit., 513, il quale precisa che anche per le sanzioni amministrative punitive si devono riconoscere le stesse garanzie, anche processuali, del diritto penale; l'autore, però, ammette qualche deroga (ad esempio l'inversione dell'onere della prova), purché nei limiti «den menschenrechtlichen Verbündungen des nationalen und internationalen Rechts»; PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 4, 29, il quale afferma che «anche sotto il profilo processuale, il sistema sanzionatorio amministrativo italiano si uniforma alle “regole minime” di “questo procedimento” richieste in questo ambito dalla Convenzione e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per lo meno a partire dalla celebre decisione sul caso “Ozturk (1981)”».

³²⁰ Avvocato Colomer, *Cementir, Cementerie del Tirreno SpA, cit.*, § 26. Emerge così, sia in ambito nazionale sia in ambito comunitario, un “nuovo modello europeo di processo penale, che si caratterizza per la volontà, in seno ad un'Europa democratica, di lottare democraticamente contro la delinquenza”, così LEMONDE, *De La Convention européenne des droits de l'Homme au Traité sur L'Union Européenne: Pluralité des logiques*, in *Quelle Politique*, cit., 20-21; cfr. STELLA, *I diritti fondamentali nei periodi di crisi, di guerra e di terrorismo: il modello Barak*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 938; DELMAS MARTY-TRUCHE, *Uniformité ou compatibilité des systèmes juridiques nationaux: des règles identiques aux principes directeurs*, in *Quelle Politique Penale pour l'Europe?*, a cura di DELMAS-MARTY, Paris 1993, 324 ss.; CHIAVARIO, “Cultura” italiana del processo penale e convenzione europea dei diritti dell'uomo: frammenti di appunti e spunti per una “microstoria”, in *Studi in onore di G. Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, vol. II, Milano, 1991, 525 ss.; LABAYLE, *L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale*, in *Rev. science crim. droit pen. comp.*, 1995, 51.

³²¹ Conclusioni dell'avvocato generale Nicholas Emiliou, 12 maggio 2022, C-883/19 P, *HSBC Holdings plc, HSBC Bank plc, HSBC Continental Europe*, già *HSBC France c. Commissione europea*, § 121.

³²² § 45.

pregiudicando così la valutazione serena e imparziale del caso da parte delle autorità competenti»³²³.

In tale direzione la Corte di Giustizia, ancora, ha precisato che «la presunzione d'innocenza mira a garantire che un soggetto non sia dichiarato colpevole, né *trattato* come tale, prima che la sua colpevolezza sia stata accertata da un giudice»³²⁴ e di tale principio, ancora, che si applica anche in relazione «all'inflizione di sanzioni amministrative aventi carattere penale»³²⁵, «unitamente a quello della *personalità* delle pene, che la Corte garantisce il rispetto nel contesto dell'imputazione alla società madre dell'infrazione alle regole della concorrenza commessa dalla sua controllata»³²⁶. La presunzione d'innocenza emerge non solo come regola di giudizio (*in dubio pro reo*), ma anche come regola di trattamento che impone che un «imputato» ha il diritto ad essere trattato "come se" fosse innocente finché una condanna definitiva non abbia dimostrato il contrario³²⁷.

Da ultimo l'avvocato generale Priit Pikamäe nel già citato recente caso *Delta Stroy*³²⁸ ribadisce ancora una volta che la Corte EDU ammette il «possibile ricorso a presunzioni, anche nell'ambito dell'articolo 7 della C.E.D.U., e quindi a presunzioni di responsabilità», ma che «nel quadro di un procedimento giurisdizionale avente carattere contraddittorio», viene riconosciuta «la possibilità

³²³ Nel caso di specie si ritiene che «155. Ciò premesso, si deve riconoscere che tali dichiarazioni, in ragione dei termini impiegati e del modo in cui sono state rese, si collocano su una linea di confine incerta tra dichiarazioni di meri sospetti e dichiarazioni premature di colpevolezza. Alla luce di una serie di elementi, sono tuttavia incline a ritenere che tali dichiarazioni, seppur infelici, siano relativamente «innocue»».

³²⁴ CGUE, 16 luglio 2009, *Rubach*, C-344/08, EU:C:2009:482, § 31 e giurisprudenza citata; Avvocato Priit Pikamäe, *Delta Stroy 2003*, cit., § 36.

³²⁵ Avvocato Priit Pikamäe, *Delta Stroy 2003*, cit., § 36; CGUE, *Hüls AG - DSM NV*, cit., § 149 s.

³²⁶ «imputazione questa fondata sulla nozione di «unità economica» e sulla presunzione dell'esercizio effettivo da parte della prima di un'influenza determinante sulla politica commerciale della seconda in ragione dei rapporti di partecipazione che le legano», così Avvocato Priit Pikamäe, *Delta Stroy 2003*, cit., § 36.

³²⁷ Tale regola (la presunzione d'innocenza come regola di trattamento) è una diretta conseguenza logica dell'affermazione della presunzione d'innocenza come regola di giudizio: perché se condizione necessaria per l'inflizione della pena è una condanna pronunciata nei modi di legge, è evidente che senza un simile atto - e fino a quel momento - il cittadino non può essere considerato colpevole, né può essere sottoposto a sanzione, così ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza*, Bologna 1979, 77 - 78; cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni*, cit., 790 ss.

³²⁸ Avvocato Priit Pikamäe, *Delta Stroy 2003*, cit., § 34; CGUE, 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group e Van Raemdonck*, C-45/08, EU:C:2009:806, § 43; 9 settembre 2021, *Adler Real Estate e a.*, C-546/18, EU:C:2021:711, § 47.

di confutare detta presunzione di imputazione del reato, il che ne rivela così il suo carattere confutabile, come richiesto dalla Corte»³²⁹. Non sono mancate, infatti, pronunce della Corte di Giustizia che, in linea con quanto sancito dalla Corte EDU, ha riconosciuto che presunzioni di fatto o di diritto in materia penale possono essere ammesse, purché mantenute entro limiti ragionevoli³³⁰. Come evidenza anche l'Avvocato Bot nel caso *ThyssenKrupp Nirosta*³³¹, l'articolo 48 della Carta «impone agli Stati membri di contenere le presunzioni di fatto o di diritto contemplate dalle leggi penali entro limiti ragionevoli, tenendo conto dell'importanza degli interessi in gioco e rispettando i diritti della difesa»³³². Ad esempio, si ritiene che la presunzione che non supera tali limiti è quella in cui l'intenzione dell'autore di abuso di informazioni privilegiate è implicitamente dedotta dagli elementi tangibili che caratterizzano tale violazione: tale presunzione è confutabile e i diritti della difesa sono garantiti³³³. Nel caso *Delta Stroy* la Corte ritiene violati tali limiti - «il che avviene, nel caso di specie, quando una presunzione ha per effetto di privare una persona di ogni possibilità di discolarsi dei fatti che le sono contestati, privandola così del beneficio del principio della presunzione di innocenza»³³⁴ -, mettendo in evidenza come la presunzione d'innocenza rappresenti la garanzia in sede processuale del principio di colpevolezza.

La giurisprudenza europea richiama, spesso, inoltre l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali per fondare il diritto alla difesa, ad un equo processo e all'effettività della tutela³³⁵.

³²⁹ Avvocato Priit Pikamäe, *Delta Stroy 2003*, cit., § 43 - 48.

³³⁰ Tribunale, III Sez., 8 luglio 2008, T-48/05, *Franchet and Byk c. Commission*, § 211; cfr. MITSILEGAS, *The Aims and Limits of EU Anti-Corruption Law*, in *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, a cura di Horder-Alldridge, Cambridge, 2013, 188; CGUE, *Hüls AG - DSM NV*, cit., 4336 ss., §§ 150.

³³¹ Avvocato Bot, *ThyssenKrupp Nirosta/Commissione*, cit., §§ 51 e 161.

³³² § 37.

³³³ CGUE, 23 dicembre 2009, C-45/08, *Spector Photo Group NV e Chris Van Raemdonck v. Commissie voor het Bank, Financie en Assurantiewezen—CBFA*, §§ 44; CRAIG-DE BÜRCA, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2015, 412.

³³⁴ CGUE, *Delta Stroy 2003*, cit., § 48.

³³⁵ Sulla presunzione d'innocenza cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 775 ss. In relazione alle garanzie processuali (diritto al silenzio, diritto alla difesa, etc.) nella giurisprudenza della Corte europea e della Corte di Giustizia, che richiama l'art. 47 della Carta dei Diritti dell'Unione, sia consentito il rimando a MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 217 ss. Cfr. Corte E.D.U., 19 aprile 2007, *Vilho Eskelinen e altri/Finlandia*, no. 63235/00; POLLICINO-SCIARABBA, *op. cit.*, 108-109; Avvocato Priit

Come evidenziato dalla Corte di Giustizia e dall'Avvocato Wathelet nel caso *Milev*³³⁶, ancora, l'importanza della presunzione d'innocenza a livello europeo come garanzia del principio di colpevolezza, emerge anche dalla Direttiva 2016/343, il cui articolo 3 intitolato "Presunzione di innocenza", dispone che «Gli Stati membri assicurano che agli indagati e imputati sia riconosciuta la presunzione di innocenza fino a quando non ne sia stata legalmente provata la colpevolezza», e che nel considerando n. 48 dispone che, fermo restando che le disposizioni della direttiva sono norme minime, «il livello di tutela previsto dagli Stati membri non dovrebbe mai essere inferiore alle norme della Carta o della C.E.D.U., come interpretate dalla Corte di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»; si evidenzia, inoltre, che la direttiva, – ribadendo quanto affermato in giurisprudenza per la presunzione d'innocenza –, all'art. 2 sancisce che «si applica a ogni fase del procedimento penale, dal momento in cui una persona sia indagata o imputata per aver commesso un reato o un presunto reato sino a quando non diventi definitiva la decisione che stabilisce se la persona abbia commesso il reato»³³⁷. In particolare nel caso di specie la Corte sancisce che «l'articolo 3 e l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2016/343 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano all'adozione di decisioni preliminari di natura procedurale, come una decisione di mantenere una misura di custodia cautelare adottata da un'autorità giudiziaria, fondate sul sospetto o su indizi di reità, purché tali decisioni non presentino la persona detenuta come colpevole»³³⁸.

Pikamäe, 27 ottobre 2020, C-481/19, *DB c. Consob*, sul diritto al silenzio.

³³⁶ Avvocato Melchior Wathelet, 7 agosto 2018, *Spetsializirana prokuratura c. Emil Milev*, C-310/18 PPU.

³³⁷ In particolare poi nel caso di specie viene in rilievo (§ 5) l'articolo 4 della direttiva 2016/343, intitolato «Riferimenti in pubblico alla colpevolezza», che prevede che «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che, fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia stata legalmente provata, le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole. Ciò lascia impregiudicati gli atti della pubblica accusa volti a dimostrare la colpevolezza dell'indagato o imputato e le decisioni preliminari di natura procedurale adottate da autorità giudiziarie o da altre autorità competenti e fondate sul sospetto o su indizi di reità».

³³⁸ CGUE, Sez. I, 19 settembre 2018, *Milev*, C-310/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:732, § 49; in materia Corte, II sez., 5 settembre 2019, *Spetsializirana prokuratura contro AH e altri*, C-377/18, AH. Cfr. Avvocato Priit Pikamäe, *Delta Sroy 2003*, cit., n. 32: «In contrapposizione a questa giurisprudenza, si sottolineerà la pusillanimità del legislatore europeo che ha escluso le persone giuridiche dall'ambito di applicazione della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul

Ciò non toglie, come è stato correttamente evidenziato, che nella direttiva in questione emerge l'accoglimento della c.d. dottrina *Salabiaku* in relazione all'onere e al grado della prova della responsabilità penale, permettendone un (parziale) spostamento a carico della difesa e come si finiscano per ammettere forme di responsabilità oggettiva nel Libro Verde sulla presunzione di non colpevolezza che ha preceduto la direttiva, riconoscendo espressamente che «La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che la legislazione penale degli Stati prevede reati a responsabilità oggettiva» e che «Tali reati sono conformi alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali anche se lo Stato non deve provare che l'imputato ha "agito con dolo" (*mens rea*)»³³⁹.

In maniera, invece, assolutamente più apprezzabile il Parlamento europeo con la Risoluzione del 22 maggio 2012 «su un approccio dell'UE in materia di diritto penale» (2010/2310(INI)) afferma che «il diritto penale dell'UE, di norma generale, dovrebbe imporre pene unicamente per atti commessi intenzionalmente oppure, in circostanze eccezionali, per atti che implicino grave negligenza, e che deve poggiare sul principio della colpevolezza individuale (*nulla poena sine culpa*)»³⁴⁰.

11. *L'accertamento della colpevolezza con la c.d. "condanna sostanziale"*. Un altro profilo sembra rilevante in materia alla luce della giurisprudenza della Corte EDU e del suo dialogo con la Corte Costituzionale italiana.

rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali (GU 2016, L 65, pag. 1), ritenendo – secondo quanto indicato nei considerando 14 e 15 di detto atto normativo – che fosse prematuro legiferare a livello di Unione sulla presunzione di innocenza delle persone giuridiche, la quale dovrebbe essere protetta dalle garanzie normative e dalla giurisprudenza esistenti, la cui evoluzione dovrebbe consentire di stabilire l'eventuale opportunità di un intervento dell'Unione».

³³⁹ Così COTTU, *op. cit.*, 366; CATERINI, *Dalla presunta innocenza dell'imputato alla presunta efficienza del sistema penale*, in *Pol. dir.*, 2015, 13 ss.; ID., *Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza*, in *Ind. pen.*, 2016, 468 ss.; ID., *The presumption of innocence in Europe: developments in substantive Criminal law*, in *Beijing LR*, 2017, 5; MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in *Arch. pen.*, 2014, 3, 727 ss.; VALENTINI, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 216/343/UE: per aspera ad astra*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6, 193 ss.

³⁴⁰ «benché in taluni casi possa essere giustificato per contemplare la responsabilità delle persone giuridiche per determinati tipi di reato», in GUUE del 13.9.2013, C 264 E/7.

In seguito alla pretesa della sentenza Sud Fondi che venga accertata la colpevolezza per applicare una pena – nel caso di specie la confisca urbanistica –, la Corte Costituzionale e la Suprema Corte italiane, pur pretendendo il rispetto del principio di colpevolezza per applicare la confisca urbanistica *ex art. 44, c. 2, t.u. edilizia, facendola rientrare nella nozione di materia penale* (ai sensi degli artt. 6 e 7 C.E.D.U.), continuano ad ammetterne l'applicazione nell'ipotesi di proscioglimento per prescrizione del reato, purché all'esito di un giudizio di merito che abbia accertato i profili di responsabilità.

Questa soluzione, però, non è ritenuta compatibile con le norme della “materia penale” nella sentenza “Varvara” in cui la Corte europea ha stabilito che l'applicazione di tale forma di confisca, considerata “sanzione penale” «quando il reato era estinto e la sua responsabilità non era stata accertata con una sentenza di condanna, contrasta con i principi di legalità penale appena esposti dalla Corte e che sono parte integrante del principio di legalità che l'articolo 7 della Convenzione impone di rispettare. La sanzione controversa non è quindi prevista dalla legge ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione ed è arbitraria» (§ 72)³⁴¹.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 49/2015 ritiene che la sentenza Varvara non ha il significato attribuitole dai giudici *a quibus*, posto che con essa il giudice europeo ha soltanto ribadito che la sanzione non può trovare applicazione senza previo accertamento della responsabilità³⁴²; per il resto è necessario solo che il pronunciamento di un giudice abbia “sostanza” di condanna. In altri termini, la confisca è compatibile con un esito processuale diverso dalla condanna in senso formale, purché il provvedimento definitivo contenga un accertamento incidentale delle condizioni necessarie per applicare una pena, *cioè un accertamento della colpevolezza (e quindi della responsabilità) del soggetto*. È questo, ad avviso della Corte costituzionale, il profilo che interessa al giudice europeo. In sostanza ai nostri fini, si ritiene sufficiente che l'accertamento di colpevolezza non avvenga con una sentenza definitiva di condanna, ma con

³⁴¹ Corte E.D.U., Varvara c. Italia, sez. II, 29 ottobre 2013, n. 17475/09, §§ 72 in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2013, con nota di MAZZACUVA.

³⁴² Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49.

questa sorta di “condanna sostanziale” e cioè qualunque forma di accertamento di responsabilità, ancorché non definitivo, in caso di prescrizione o amnistia. La Grande Camera, infine, si è nuovamente pronunciata in materia con la sentenza del caso G.I.E.M. che presenta delle ambiguità perché, da una parte ribadisce che la forma di confisca in esame rappresenta una pena come già sostenuto nel caso Sud Fondi, dall’altra finisce per sostenere la posizione della Corte Costituzionale italiana che si accontenta di un accertamento di responsabilità soggettiva di carattere sostanziale per applicare tale sanzione anche nell’ipotesi di prescrizione (fermo restando che, poi, la Corte EDU ritiene che la forma di confisca in esame si pone in contrasto con la presunzione d’innocenza nel caso di specie, laddove la Corte di Cassazione la applica pronunciando la prescrizione e ribaltando la pronuncia di assoluzione pronunciata dalla Corte di Appello, ritenendo che una volta pronunciata l’assoluzione la Suprema Corte non può applicare la confisca con una pronuncia di prescrizione e in mancanza di un previo accertamento di responsabilità penale). *Si precisa che non è obbligatorio che la dichiarazione di responsabilità penale avvenga attraverso la sentenza di una corte penale che condanna formalmente l'imputato*; anzi, si stabilisce che la sentenza Varvara non conduce a tale conclusione, ma solo evidenzia che spesso ciò avviene, ma «*this should not be seen as a mandatory rule*». *Si ritiene sufficiente che la dichiarazione di responsabilità penale sia conforme alle garanzie stabilite nell’articolo 7 e sia pronunciata in un procedimento conforme all’art. 6*. In tale ottica per accertare che le misure di confisca impugnate siano applicate solo in seguito a una formale dichiarazione di responsabilità penale del ricorrente (§ 255), si deve guardare alla sostanza della pronuncia, alla *motivazione* che è una parte integrante della decisione³⁴³. In tal modo si tiene conto dell’importanza in una società democratica di sostenere lo stato di diritto e la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario: tale disciplina mira a impedire l’impunità in situazioni in cui l’effetto combinato di reati complessi e di relativamente brevi periodi di prescrizione comportano

³⁴³ «*The Court is thus entitled to look behind the operative part of a judgment and take account of its substance, the reasoning being an integral part of the decision (see, mutatis mutandis, Allen v. the United Kingdom [GC], no. 25424/09, § 127, 12 July 2013)*».

che gli autori dei reati considerati evitino in maniera sistematica di essere perseguiti e, soprattutto, le conseguenze della loro cattiva condotta (§ 260).

Nella sua ricca opinione dissenziente il giudice Pinto de Albuquerque evidenzia che in uno Stato di diritto sottoposto al principio di legalità, il potere dello Stato di perseguire e punire i reati, anche complessi, è limitato da vincoli di tempo o, usando l'elegante formula della Corte costituzionale italiana, «trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e maturi un diritto all'oblio in capo all'autore di esso»¹²².

«Altrimenti i valori della certezza giuridica e prevedibilità inerenti al principio di legalità, e di conseguenza lo stesso principio di legalità in sé, sarà sacrificato all'altare dell'efficienza del sistema della giustizia» (§ 23). Sulla base di queste premesse, osserva il giudice, se un reato è prescritto, le ragioni alla base della sua persecuzione non possono più prevalere e gli scopi della punizione penale non possono più essere perseguiti. Se lo scopo di combattere l'impunità prevale, non ci possono essere reati sottoposti alla prescrizione. Questo è il nucleo della sentenza Varvara, «il diritto *all'oblio*», che è cancellato dalla Corte costituzionale.

Ad avviso del giudice dissenziente, non ci può essere punizione senza una formale dichiarazione di colpevolezza, perché non ci può essere tale dichiarazione dopo la prescrizione del reato. In altre parole, il nucleo del famoso paragrafo 72 di Varvara sta nel riconoscere che l'applicazione dello statuto della prescrizione non è una condanna (dichiarazione di colpevolezza) sostanziale. Mentre la pronuncia Sud Fondi ha stabilito il principio *nulla poena sine culpa*, la sentenza Varvara ha riconosciuto la prescrizione come parte integrante del principio di legalità. L'articolo 7 esclude quindi l'applicazione della confisca (che è una "*penalty*") a un reato prescritto, poiché la prescrizione ha il significato di una garanzia sostanziale, e non un mero significato procedurale, «sia nella Convenzione che nella legge nazionale» (§ 24), come, del resto – si può aggiungere –, e paradossalmente riconosce la stessa Corte Costituzionale italiana, ad es. nell'ordinanza n. 24 del 2017³⁴⁴. Da tale argomento emerge la contraddittorietà

³⁴⁴ Cfr. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposito di Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2014)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 286.

del giudice della Consulta, che da una parte difende il carattere sostanziale della prescrizione dinanzi alla Corte di Giustizia nel celebre caso Taricco, dall'altra la considera compatibile con l'applicazione di forme di confisca "pena" dinanzi alla Corte Europea nella vicenda in esame (§§ 87 ss.).

Questa nozione di dichiarazione sostanziale di responsabilità costituisce, inoltre, osserva sempre il giudice Pinto, un'«estensione del concetto di "condanna" a danno dell'imputato e, quindi, un'inammissibile analogia *in malam partem*». La finzione legale di una "condanna nella sostanza" contraddice l'essenza stessa della proibizione dell'analogia a danno dell'imputato, che è il cuore del principio di legalità (*nulla poena sine lege certa, stricta*) (§ 32).

La stessa Corte europea ha sempre rifiutato questa analogia, come ad esempio nel caso di *Margus c. Croazia*, in cui la Corte è stata chiarissima affermando che «la conclusione dei procedimenti penali da parte di un pubblico ministero non costituisce né una condanna né un'assoluzione» e quindi tale decisione non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione (*ne bis in idem*). Evidentemente, questi due risultati (condanna o assoluzione) possono essere trovati solo nella parte dispositiva di una decisione interna, cioè laddove il tribunale competente affronta l'esito del caso. La motivazione non ha alcuna rilevanza per l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nella procedura penale. La maggioranza ignora questo principio basilare del diritto processuale penale nella misura in cui tenta di trarre conclusioni dannose per l'imputato ("in sostanza, una condanna") dalla motivazione di una decisione, quando sono assenti dal dispositivo. Tale sforzo, nella misura in cui cerca di trovare una "condanna nella sostanza" indipendentemente dal fatto che l'imputato non sia stato formalmente condannato, viola il nucleo del principio del *ne bis in idem*.

L'argomento, poi, che la Corte non pretende la condanna formale in virtù della nozione sostanziale di pena della Corte europea, e quindi del richiamo alla protezione della "sostanza dei diritti umani", è utilizzato dalla Corte costituzionale per indebolire i diritti umani dell'imputato destinatario della confisca senza condanna; ma, osserva il giudice Pinto, non è ammissibile un simile uso *contra reum* di una teoria elaborata dalla Corte europea a beneficio

dell'imputato (§ 25). Ciò vale anche per l'argomento derivante dalla necessità di combattere l'ipertrofia del diritto penale; è inammissibile utilizzare questo argomento *in malam partem*, al fine di privare il convenuto della protezione di cui all'articolo 7 e sottoporlo a confisca senza una condanna formale a causa della prescrizione. La sussidiarietà della legge penale è capovolta per estendere la pena oltre la prescrizione (§ 26).

Il giudice, poi, contesta in base al principio della separazione dei poteri, l'indebita strumentalizzazione del sistema giudiziario penale a fini puramente amministrativi, rifacendosi a una politica di panpenalizzazione perseguita dallo Stato italiano³⁴⁵.

«E, infine, la condanna sostanziale viola la presunzione di innocenza, in quanto il “*pieno accertamento di responsabilità*” richiesto dalla Corte costituzionale come base della confisca senza condanna viola chiaramente il diritto alla presunzione d'innocenza. Infatti, questo è così ovvio che è difficile credere che in uno Stato di diritto come l'Italia una “pena” ai sensi dell'art. 7 C.E.D.U. possa essere applicata con una tale frontale violazione dell'art. 6 § 2 della stessa Convenzione» (§ 34).

La dichiarazione sostanziale di responsabilità evoca al giudice Albuquerque il *verdict à moitié acquitté* (“*half acquitted*”) del Medioevo laddove gli imputati erano assolti, ma, sulla base di certe prove, una qualche colpevolezza era provata e una qualche pena applicata. «Bisogna ricordare, tuttavia, che nel 1789 ci fu una rivoluzione, tra le altre cose, per porre fine a questa assurdità. Imparare dalla storia a volte aiuterebbe a non ripetere più gli stessi errori».

Nell'ordinamento italiano, invece, l'accertamento sostanziale di colpevolezza attraverso una pronuncia di prescrizione è stato legislativamente disciplinato con l'art. 158 *bis* c.p.p. (introdotto dalla l. n. 161/2017 e riformato dalla l. n. 3/2019), non in relazione alla confisca diretta dei profitti accertati del reato, -

³⁴⁵ Il giudice Pinto de Albuquerque evidenzia, ancora, che nella tensione weberiana tra *Wertrationalität* (*value-rationality*) e *Zweckrationalität* (*purpose-rationality*), i giudici, siano essi internazionali o nazionali, dovrebbero sempre perseguire il primo, non il secondo, che appartiene alla politica. Si ha l'impressione che per alcuni aspetti il presente giudizio sia più un esercizio di quest'ultimo che del primo. Ancora più importante, il giudice non dovrebbe addebitare agli imputati le carenze di una politica criminale statale irrazionale, compresa una politica con un «effetto combinato di reati complessi e periodi di prescrizione relativamente brevi».

ipotesi che non avrebbe posto problemi perché tale forma di confisca non costituisce una pena³⁴⁶ -, ma piuttosto nei confronti della confisca per equivalente *ex art. 322 ter c.p.*, pacificamente riconosciuta come misura punitiva dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte³⁴⁷ (fermo restando che il problema è risolto in radice con la riforma *in peius* dei termini prescrizionali, in seguito alla riforma dell'art. 159 c.p. ad opera della L. n. 3/2019), nonché della confisca allargata *ex art. 240 bis c.p.* - la cui natura giuridica è discussa, rischiando di assumere carattere punitivo e stigmatizzante -. Non solo, ma le Sezioni Unite stanno applicando analogicamente tale disciplina anche nei confronti della confisca urbanistica *ex art. 44, d.P.R. n. 380/2001*³⁴⁸, in palese violazione del principio di legalità e con i fondamentali criteri di interpretazione letterale e sistematica. Il tutto aggravato dall'applicazione retroattiva dell'art. 578 *bis c.p.p.* perché considerata «norma di natura processuale, come tale soggetta al principio “*tempus regit actum*”³⁴⁹, in beffa alla giurisprudenza costituzionale che tanto ha difeso l'irretroattività della disciplina della prescrizione dinanzi alla Corte di Giustizia nella celebre vicenda Taricco»³⁵⁰. Ma in materia di confisca la coerenza e il rispetto dei principi cede sempre il passo all'efficienza; da ultimo le Sezioni Unite hanno dichiarato l'irretroattività dell'art. 158 *bis c.p.* «trattandosi di disposizione di natura anche

³⁴⁶ Tale forma di confisca rappresenta, piuttosto, una misura ripristinatoria, di riequilibrio economico, volta alla restituzione dell'illecito profitto che non si ha diritto a detenere (non essendo il reato un legittimo titolo di acquisto di beni).

³⁴⁷ La Suprema Corte, in passato, aveva sempre negato l'applicazione di tale forma di confisca in caso di prescrizione, per tutte Cass., Sez. un., 21 luglio 2015, n. 31617, Lucci; Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192; Cass., Sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 18799; recentemente la Suprema Corte - Cass., Sez. II, 2 aprile 2021, n. 19645 -, proprio per consentire l'applicazione dell'art. 578-*bis c.p.p.*, ha cercato di correggersi, affermando «la natura solo “parzialmente sanzionatoria” della confisca di valore - in quanto connotata piuttosto da una funzione ripristinatoria diretta al riallineamento degli squilibri patrimoniali generati dall'illecito».

³⁴⁸ L'art. 578 *bis c.p.p.* prevede espressamente che si applica «quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal comma 1 dell'articolo 240 bis del codice penale e da altre disposizioni di legge», le Sezioni Unite ritengono che con «altre disposizioni di leggi» si richiamerebbe qualunque forma di confisca prevista da leggi speciali, Cass., Sez. un., 30 aprile 2020, n. 13539, Perroni; Cass., Sez. III, 7 febbraio 2019, n. 5936; Cass., Sez. un., 25 ottobre 2018, n. 6141, Milanese, rv. 274627; *contra* Cass., Sez. III, 17 luglio 2019, n. 31282.

³⁴⁹ Cass., Sez. II, 2 aprile 2021, n. 19645.

³⁵⁰ Corte cost., 23 novembre 2016, n. 24 (ord.).

sostanziale soggetta al divieto di retroattività della norma in malam partem ex art. 25 Cost.³⁵¹.

12. *Conclusioni: il principio di colpevolezza strumentale alla funzione rieducativa della pena.* Il cammino verso la piena affermazione del principio di colpevolezza è ancora in corso, non mancando delle ambiguità nella giurisprudenza delle Corti europee in materia.

La sentenza Varvara e poi la G.I.E.M., come esaminato, rischiano di svilire la portata rivoluzionaria in termini di riconoscimento del principio di colpevolezza della sentenza Sud Fondi, ritornando alla precedente tradizionale posizione della Corte europea che ha sancito il divieto di responsabilità per fatto altrui³⁵², ma senza riconoscere il principio di colpevolezza come diritto fondamentale e inderogabile³⁵³. La Corte, pur ammettendo che la presunzione d'innocenza, contemplata dall'art. 6, c. 2, non si applica solo in sede processuale, ma attiene anche al diritto materiale, ha sempre ritenuto infatti che siano ammissibili presunzioni di fatto o di diritto, che si incontrano nelle leggi repressive, purché «siano contenute entro limiti ragionevoli, prendendo in considerazione i valori in gioco e preservando i diritti della difesa»³⁵⁴. In tal guisa si riconosce in principio il diritto degli Stati di punire, sotto certe condizioni, un mero fatto materiale o oggettivo senza la necessità di richiedere l'intenzione delittuosa o la negligenza³⁵⁵, in base a mere presunzioni di colpevolezza.

Il giudice Pinto de Albuquerque nella sua opinione dissenziente non si accontenta di questa ricostruzione che finisce per riportare indietro le lancette, a prima della sentenza Sud Fondi, ed evidenzia che la Corte EDU nel caso G.I.E.M. «ritiene che la giurisprudenza sopra descritta si applichi *mutatis mutandis* sul piano dell'articolo 7», confondendo chiaramente le garanzie

³⁵¹ Cass., Sez. un., 29 settembre 2022, Esposito (informazione provvisoria).

³⁵² Corte E.D.U., 29 agosto 1997, *E.L. e altri c. Svizzera*, in *Recueil de Arrêts et Décisions*, V n. 45, 1520 ss.; *A.P. e altri c. Svizzera*, *ivi*, V n. 45, 1488 ss. *Contra* Commissione, 18 aprile 1996, *A.P. e altri*, *ivi* 1497; Commissione, 10 aprile 1996, *E.L. e altri*, *ivi* 1528 - 1529.

³⁵³ Corte E.D.U., *Salabiaku*, cit., 10, 15-17; *Pham Hoang v. France*, cit., 21-22 e *ivi* 16, 53.

³⁵⁴ Cfr. STARACE, *op. cit.*, 139; SICURELLA, *Nulla poena sine culpa*, cit., 20 ss.; Corte E.D.U., *Salabiaku v. France*, cit., 15 e 387.s

³⁵⁵ Corte E.D.U., *Salabiaku*, cit., 15 e 387.

procedurali dell'articolo 6 e le garanzie materiali dell'articolo 7; «essa baratta infatti le garanzie dell'articolo 7, inderogabili, con i diritti riconosciuti dall'articolo 6, per i quali sono previste deroghe». In conclusione la Corte nel caso in esame sacrifica il principio di colpevolezza all'altare dell'efficienza e questo non è ammissibile.

Si auspica, allora, che la Corte EDU ribadisca il carattere inderogabile del principio di colpevolezza in materia penale, – sicuramente nel penale in senso stretto –, o, almeno, come si afferma nella sentenza G.I.E.M., l'affermazione del principio di colpevolezza rappresenti la regola e la posizione della sentenza Varvara una “rara” eccezione.

Il cammino verso il pieno riconoscimento del principio di colpevolezza in materia penale non sembra discutibile anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, anche se, come esaminato, non mancano le incertezze. E, allora, anche se talora la Corte fa prevalere il principio dell’“effettiva e uniforme” applicazione del diritto europeo in materia di concorrenza, piuttosto che riconoscere un principio giuridico fondamentale come il *nulla poena sine culpa* – come nel caso Schenker³⁵⁶ –, anche nel diritto dell’Unione Europea, come ricordato dall’Avvocato Colomer nel caso *Aalborg Portland A/S*, il principio di colpevolezza è riconosciuto come un principio generale di diritto, sviluppato come limite all’esercizio dell’*ius puniendi* delle pubbliche autorità e in base a tale principio non è ammissibile un regime di responsabilità oggettiva o senza colpa anche in relazione alle persone giuridiche³⁵⁷. In mancanza di espresso riconoscimento, tale principio viene fondato, come più volte ricordato dall’Avvocato Kokott, sull’art. 48 della Carta di Nizza, che sancisce la presunzione d’innocenza.

Tale principio, inoltre, viene implicitamente riconosciuto dal regolamento n. 2988/1995 che nel disciplinare il potere punitivo delle autorità dell’UE pretendono la colpevolezza per applicare sanzioni punitive (art. 5) e anche nei confronti delle persone giuridiche (art. 7); come ricordato, sembra assolutamente condivisibile da ultimo la posizione dell’avvocato generale Pitruzzella che nel

³⁵⁶ Avvocato Kokott, *Schenker und Co AG e a.*, cit.

³⁵⁷ Avvocato Colomer, *Aalborg Portland A/S*, cit., § 65.

caso *Sumal, S.L. c. Mercedes Benz Trucks España, S.L.*³⁵⁸ ha sancito che «nel *public enforcement* del diritto della concorrenza, vista la natura quasi penale delle sanzioni irrogate, entrano in gioco alcuni principi fondamentali, primo fra tutti, il principio della responsabilità personale, e il suo corollario secondo cui l'irrogazione di una sanzione e l'individuazione di una responsabilità presuppongono la colpa (*“nulla poena sine culpa”*)».

L'affermazione del principio di colpevolezza nel diritto europeo, nel cammino verso la costruzione di un *ius commune*, è fondamentale in uno Stato di diritto perché la colpevolezza è *condicio sine qua non* del rispetto della dignità e della libertà della persona umana da parte del diritto penale; l'uomo sarebbe ridotto a un mero capro espiatorio in funzione general preventiva, o peggio la sua punizione sarebbe finalizzata a soddisfare le ansie collettive di vendetta, se venisse punito per comportamenti realizzati in mancanza di colpevolezza. La stessa funzione general preventiva della minaccia della sanzione penale non avrebbe alcun senso nei confronti di comportamenti dovuti al caso fortuito, in mancanza della capacità del soggetto di controllare la sua condotta e di signoreggiare il verificarsi degli eventi, insomma della possibilità di agire diversamente³⁵⁹.

Non solo, ma il principio di colpevolezza è strumentale all'affermazione della funzione rieducativa che deve costituire la primaria finalità della pena in uno Stato di diritto, garantendo il rispetto della dignità della persona umana *ex art. 3 C.E.D.U.*, come sancito dalla Corte EDU nel caso *Vinter*³⁶⁰.

Il principio di colpevolezza è strumentale alla funzione rieducativa della pena, come evidenziato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/1988, nel senso che la rieducazione al rispetto dei valori violati ha senso solo nei confronti di chi ha espresso disprezzo (dolo) o indifferenza (colpa) rispetto a tali valori, e quindi merita, anzi necessita la rieducazione («Non avrebbe senso la rieducazione di chi, non essendo almeno in colpa (rispetto al fatto), non ha certo bisogno di essere rieducato»³⁶¹). La Corte EDU evidenzia che mentre nel passato si considerava la rieducazione (*rehabilitation*) come uno strumento per

³⁵⁸ Avvocato Pitruzzella, *Sumal, S.L. c. Mercedes Benz Trucks España, S.L.*, cit., 3.

³⁵⁹ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 331.

³⁶⁰ Corte E.D.U., *Vinter and others v. United Kingdom*, GC, 9 luglio 2013, n. 66069/09, 130/10/3896/10.

³⁶¹ Corte cost., n. 364/1988, cit.

prevenire la recidiva, recentemente e in chiave positiva si accentua l'idea della risocializzazione attraverso l'implementazione dell'assunzione della responsabilità personale (la responsabilizzazione)³⁶², che chiaramente presuppone che il soggetto sottoposto a pena abbia agito con colpevolezza.

Sviluppando in maniera significativa tale linea interpretativa la Grande Camera della Corte Europea nel caso *Vinter c. Regno Unito*³⁶³, pur in mancanza di una norma che riconosce espressamente la funzione rieducativa della pena nella C.E.D.U. e pur non disconoscendo altre finalità della pena detentiva, ha solennemente eretto la rieducazione a *fondamentale scopo* che possa legittimamente giustificare in uno Stato di diritto una pena, come quella detentiva, che limita i diritti fondamentali del soggetto condannato. In questa sentenza la Corte EDU non solo riconosce la rieducazione come funzione della pena, ma riconosce il “*diritto alla risocializzazione*” del soggetto detenuto; diritto fondato, poi, sul diritto assoluto e inderogabile al rispetto della dignità della persona umana ex art. 3 C.E.D.U.³⁶⁴, che proibisce la tortura e i trattamenti disumani e degradanti, lasciando intendere che una pena detentiva che non tenda alla rieducazione diventerebbe come minimo un trattamento disumano e degradante. Una pena nei confronti di chi non è colpevole, che non potrebbe svolgere alcuna funzione rieducativa, sarebbe un trattamento disumano e degradante.

La Corte ricorda, come già aveva avuto occasione di rilevare in precedenti pronunce³⁶⁵ e come ribadisce in successive, che l'accento nella politica penale europea è adesso posto sullo scopo riabilitativo (*rehabilitative aim*) della detenzione, in particolare nella prospettiva della fine della lunga carcerazione. In tale direzione la Grande Camera valorizza la legislazione e la giurisprudenza

³⁶² Corte E.D.U., 4 dicembre 2007, *Dickson v. United Kingdom*, n. 44362/04, § 28: “While rehabilitation was recognised as a means of preventing recidivism, more recently and more positively it constitutes rather the idea of re-socialisation through the fostering of personal responsibility”. Cfr. BLANCO CORDERO, *La resocialización como obligación positiva del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Derechos del Condenado y Necesidad de Pena*, a cura di Juanatey Dorado-Sánchez-Moraleda, Aranzadi, 2018, 261 ss.

³⁶³ Corte E.D.U., *Vinter and Others*, cit.

³⁶⁴ ADDO-GRIEF, “Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?”, in *Eur. Journ. Intern. Law*, 1998, 512 ss.

³⁶⁵ Cita Corte E.D.U., *Dickson*, cit., § 75; *Boulois c. Luxemburgo* [GS], 3 aprile 2012, n. 37575/04; da ultimo *Ēcis v. Latvia*, 10 gennaio 2019, n. 91.

costituzionale di diversi paesi europei e non solo³⁶⁶, e, in particolare, adotta l'orientamento della Corte Costituzionale Federale tedesca che concepisce la risocializzazione come *condicio sine qua non* delle pene detentive, incluso l'ergastolo³⁶⁷, sancendo che «sarebbe contrario alle disposizioni della Costituzione che riconosce la dignità della persona umana che lo Stato privi con la forza una persona della sua libertà senza darle l'opportunità, in alcun momento, di recuperarla. Questa conclusione ha indotto il Tribunale costituzionale federale tedesco ad affermare che le autorità penitenziarie hanno il dovere di sforzarsi di perseguire la riabilitazione del detenuto e che la rieducazione sia costituzionalmente necessaria in ogni società che si fonda sul rispetto della dignità umana»³⁶⁸. Questo obiettivo, evidenzia inoltre la Corte, è rinforzato dall'affermazione del «principio di progressione»: «durante l'esecuzione di una condanna, il detenuto dovrebbe progressivamente progredire (muoversi) attraverso il sistema penitenziario passando dai primi giorni di detenzione, in cui si accentua la funzione punitiva e retributiva, agli ultimi in cui si accentua la preparazione per il rilascio»³⁶⁹. Tale progressione presuppone che il soggetto avverta la pena come meritata in quanto *colpevole*, e non «come una «ingiusta» intrusione dello Stato nella sua sfera personale»³⁷⁰.

Nel caso *Murray v. The Netherlands*³⁷¹, poi, la Corte assume una posizione ancora più decisa, sancendo che la rieducazione è oggetto di un obbligo positivo da parte dello Stato nel senso che non solo lo Stato deve riconoscere e garantire la rieducazione come finalità della pena³⁷², ma nel senso che ha

³⁶⁶ Cfr. BLANCO CORDERO, *op. cit.*, 274 ss.

³⁶⁷ «see *Vinter*, cited above, paras. 113-118; see the Federal Constitutional Court judgment of 21.6.1977, and along the same lines, the Italian Constitutional Court Judgment No. 274 of 27.9.1987 and the French Constitutional Court Decision No. 93-334 DC of 20.1.1994».

³⁶⁸ Corte E.D.U., *Vinter*, cit., §. 113.

³⁶⁹ § 28.

³⁷⁰ Così FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 330.

³⁷¹ Corte E.D.U., *Murray v. The Netherlands*, GC, 26 aprile 2016, n. 10511/10 che compendia e chiarisce i contenuti della *Vinter* sulla base di *cinque principi vincolanti*: il rispetto del principio di legalità (inteso, secondo i consueti parametri di Strasburgo come chiarezza e certezza del diritto applicabile); il principio dell'accertamento del fondamento funzionale per la prosecuzione della pena detentiva; il principio dell'accertamento entro scadenze predefinite (per i detenuti a vita, il termine di riferimento è di 25 anni); il principio delle giuste garanzie procedurali; il principio del diritto ad una revisione giurisdizionale delle decisioni in materia di *early release*.

³⁷² MEIJER, «*Rehabilitation as a Positive Obligation*», in *Eur. Journ. Crime Crim. Law Crim. Just.*, 2017,

l'obbligo di intraprendere tutte le azioni positive volte a realizzare tale fine³⁷³, garantendo un trattamento individualizzato; tale obbligo positivo si fonda sull'art. 3 C.E.D.U. e quindi sul rispetto della dignità umana, diritto assoluto e inderogabile³⁷⁴. Lo Stato che non fornisce in modo positivo questa reale opportunità di rieducazione e reinserimento sociale sta violando il suo obbligo di rispettare la C.E.D.U.³⁷⁵.

Come evidenziato dal giudice Albuquerque nel caso *Murray* la Grande Camera ha raggiunto «*a point of no return in its standard-setting function of protection of human rights of prisoners in Europe*». Ciò ha senso solo nei confronti di soggetti condannati in quanto “colpevoli” e, quindi, bisognosi di rieducazione. I principi sanciti dalla Grande Camera nel caso *Murray* sono successivamente applicati da singole sezioni della Corte³⁷⁶, anche se, come ben noto, la Grande Camera della Corte Europea nel caso *Hutchinson c. Regno Unito*³⁷⁷, pur riaffermando i principi della sentenza *Vinter*³⁷⁸, ritiene compatibile con la

159 ss.

³⁷³ Sugli obblighi positivi cfr. ampiamente, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH*, in *InDret Pen.*, 2016, 3, 1 - 72.

³⁷⁴ Cfr. MARTUFI, *The paths of offender rehabilitation and the European dimension of punishment: New challenges for an old ideal?*, in *Maastricht JECL*, 2018, 25, 6, 681.

³⁷⁵ Corte E.D.U., *Murray*, cit., § 104; conforme *Hutchinson c. Regno Unito* [GC], 17 gennaio 2017, n. 57592/08, §§ 42-45.

³⁷⁶ *Trabelsi c. Italia*, 13 aprile 2010, n. 50163/08; *Lázló Magyar v. Hungary*, 20 maggio 2014, n. 73593/10; T.P. e A.T. e da ultimo la Corte E.D.U. nel caso *Viola* ha dichiarato il contrasto con l'art. 3 C.E.D.U. della disciplina dell'ergastolo ostativo italiano (art. 4 bis ord. pen., l. 354/75, introdotto dalla l. 356/92) che subordina alla collaborazione giudiziaria (art. 58 ter ord. pen) l'accesso alla liberazione, in relazione a soggetti condannati per determinati gravi reati, influenzando ancora una volta in termini garantistici l'ordinamento penale italiano.

³⁷⁷ Corte E.D.U., *Hutchinson v. United Kingdom*, GC, 17 gennaio 2017, n. 57592/08 ritiene che i parametri-guida della revisione, - la *Section 30 del Crime Act 1997* che attribuisce al *Secretary of State* il potere di liberare i condannati all'ergastolo quando ricorrano “*circostanze eccezionali*” «*on compassionate grounds*» -, sono sufficienti alla luce delle rassicurazioni fornite dalla sentenza *McLoughlin*, in base alle quali l'espressione «*exceptional circumstances*» sarebbe fonte di un preciso obbligo per il Segretario di Stato di procedere ad una revisione della pena qualora quest'ultima divenga priva di legittimo fondamento funzionale, alla luce dei progressi compiuti dal prigioniero nel percorso rieducativo (in particolare, § 57). Per quanto riguarda il parametro temporale, il Segretario di Stato non ha l'obbligo di avviare d'ufficio la procedura di revisione, ma la possibilità per il detenuto di rivolgersi a lui in qualsiasi momento sulla base della *Section 30* garantisce, secondo la Corte, la compatibilità del sistema con l'art. 3 C.E.D.U. anche sotto tale profilo.

³⁷⁸ *Idem*, §§ 42-45. Cfr. BERNARDONI, *Molteplici volti della compassione: la Grande Camera della Corte di Strasburgo accetta le spiegazioni dei giudici inglesi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 aprile 2017.

C.E.D.U. il sistema britannico di rilascio dell'ergastolano e di revisione della pena, posizione oggetto di una *poterosa* opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque (cui aderisce *in toto* anche il giudice Sajó)³⁷⁹, che rappresenta una denuncia potente e coraggiosa contro l'incoerenza della Corte EDU che, per mere esigenze di opportunità politica, con la sentenza *Hutchinson* rischia di compromettere il suo precedente impegno per l'affermazione dei diritti del detenuto e del carcere come luogo di diritto e di rieducazione, e rischia di pregiudicare quella conquista di civiltà giuridica rappresentata dal solenne riconoscimento della funzione rieducativa della pena (che pretende la reale garanzia della liberazione condizionale), conseguita con la sentenza *Vinter*. La *rieducazione* e la *certezza* del diritto, – per quanto interpretato elasticamente alla luce di un sistema di *common law* –, sono funzionali alla garanzia della libertà (per lo meno della speranza di libertà) e della dignità del detenuto ergastolano.

La funzione rieducativa della pena, anche in mancanza di un'espressa menzione da parte della Carta europea dei diritti fondamentali dell'UE, è, inoltre, ampiamente riconosciuta e sottesa alla normativa europea in materia penale e alla connessa giurisprudenza della Corte di Lussemburgo³⁸⁰, come evidenzia nelle sue conclusioni l'Avvocato Yves Bot nel caso *Trayan Beshkov/Sofiyska rayonna prokuratura*³⁸¹, che ricorda come la pena in base a una "concezione moderna" è «diretta a consentire il reinserimento del condannato nella società [...]. Così si è sviluppata la funzione di reinserimento (rieducazione) della pena che si ricollega, nella fase della sua esecuzione, al principio fondamentale della sua personalizzazione». In tale direzione l'Avvocato Yves Bot, nel caso *Wolzenburg*³⁸² e nel più recente caso *Openbaar Ministerie c. Popławski*³⁸³, evidenzia

³⁷⁹ Cfr. VAN ZYL SMIT-APPLETON, *Life imprisonment and human rights*, Oxford, 2016, 217 ss.

³⁸⁰ In materia sia consentito il rinvio a MAUGERI, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, a cura di Bondi-Fiandaca-Fletcher-Marra-Roxin-Sitle-Volk, Urbino, 729 ss.

³⁸¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, 17 maggio 2017, C-171/16, *Trayan Beshkov/Sofiyska rayonna prokuratura*, § 47 ss.

³⁸² Avvocato Generale Yves Bot, 24 marzo 2009, C-123/08, *Dominic Wolzenbug*.

³⁸³ Avvocato Generale YVES Bot, 15 febbraio 2017, C-579/15, *Openbaar Ministerie c. Daniel Adam Popławski*, § 34.

«L'importanza attribuita dal legislatore dell'Unione all'obiettivo del reinserimento sociale» nella «decisione quadro 2008/909, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (GU L 327, pag. 27) (che si applica del pari, mutatis mutandis, all'esecuzione delle condanne nei casi di cui all'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584), il cui articolo 3, paragrafo 1, precisa che essa ha lo scopo di “favorire il reinserimento sociale della persona condannata”³⁸⁴. Nella medesima direzione, come evidenziato dalla Corte di Giustizia³⁸⁵, il motivo di rifiuto facoltativo di esecuzione del mandato di arresto europeo previsto dall'art. 4, n. 6) della decisione quadro 2002/584 «mira, segnatamente, a consentire all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di accordare una particolare importanza alla possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui è stata condannata»³⁸⁶. Sempre nella prospettiva del rispetto del principio della rieducazione la Corte di Giustizia³⁸⁷ ha stabilito che l'esecuzione di un mandato di arresto europeo deve essere rinviata se sussiste un rischio concreto di trattamento inumano o degradante a causa delle condizioni di detenzione dell'interessato nello Stato membro di emissione del mandato³⁸⁸; la medesima prospettiva è adottata nell'applicazione della direttiva 2004/38 (sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione) in relazione alla possibilità di adottare una decisione di allontanamento per motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza³⁸⁹ o

³⁸⁴ CGUE (Grande Sezione), 8 novembre 2016, C-554/14, *Atanas Ognyanov*, § 50 e nello stesso caso Avvocato Generale Yves Bot, 3 maggio 2016, § 72.

³⁸⁵ CGUE, *Openbaar Ministerie*, cit., § 36 ss.

³⁸⁶ Corte E.D.U., 5 settembre 2012, *Lopes Da Silva Jorge*, C-42/11, EU:C:2012:517, § 32, cfr. § 33; Avvocato Generale Yves Bot, *Openbaar Ministerie c. Daniel Adam Popławski*, cit., § 36 - 37.

³⁸⁷ CGUE, Grande camera, 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15 PPU.

³⁸⁸ CGUE, Prima Sezione, ML con l'intervento di Generalstaatsanwaltschaft Bremen, 25 luglio 2018, C-220/18 PPU.

³⁸⁹ CGUE (Grande Sezione), 23 novembre 2010, C-145/09, *Land Baden-Württemberg contro Panagiotis Tsakouridis*; Avvocato Maciej Szpunar, 24 ottobre 2017, *B contro Land Baden-Württemberg*, cause riunite C-316/16 e C-424/16, §§ 110 - 109.

nell'interpretazione della disciplina dell'espulsione in seguito ad esecuzione di pena detentiva ai sensi della direttiva 2004/38³⁹⁰.

Come evidenzia nelle sue conclusioni l'Avvocato Generale Yves Bot³⁹¹, «già presente nell'antichità presso i teologi, i filosofi o i teorici, l'idea che una pena debba avere una funzione di reinserimento del condannato è oggi un principio condiviso e affermato da tutti i diritti moderni, in particolare da quelli degli Stati membri»; anzi, in linea con la giurisprudenza della Corte EDU, si ritiene che «il rispetto del principio della funzione di reinserimento della pena non sia dissociabile dalla nozione di dignità umana e, in quanto tale, che esso appartenga alla famiglia dei principi generali del diritto dell'Unione»³⁹².

La funzione della rieducazione, così ampiamente e concretamente sottesa alla legislazione UE in materia penale, presuppone, allora, inscindibilmente il previo riconoscimento del principio di colpevolezza e impone, quindi, il suo pieno e concreto rispetto.

Non dimentichiamo, infine, che la giurisprudenza della Corte di Giustizia già a partire dalla fine degli anni '60 nel riconoscere i diritti e i principi fondamentali fondati sulle tradizioni costituzionali degli Stati membri, ha espressamente sancito il principio della proporzionalità della pena³⁹³, oggi espressamente previsto dall'art. 49 della Carta di Nizza, nonché dall'art. 3 della C.E.D.U. (per cui nel divieto di pene disumane e degradanti rientra anche il divieto di pene sproporzionate³⁹⁴); tale principio – posto nell'ordinamento italiano sotto la protezione del riconoscimento costituzionale della rieducazione *ex art. 3 e 27, c. 3*

³⁹⁰ Avvocato Yves Bot, 8 giugno 2010, *Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis*, C-145/09, §§ 46-50.

³⁹¹ Avvocato Generale Yves Bot, *Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis*, cit., § 463.

³⁹² Corte E.D.U., *Mastromatteo c. Italia* [GC], n. 37703/97, C.E.D.U. 2002-VIII, § 72. 2.

³⁹³ Cfr. MAUGERI, *I principi fondamentali*, cit., 108 ss.; ID., *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di Grasso-Picotti-Sicurella, Milano, 2011, 67 ss.

³⁹⁴ Corte E.D.U., *Vinter c. Regno Unito*, cit., § 102; LUCAS, *Die Verhältnismäßigkeit der Strafen in der Rechtsprechung des EGMR*, in *ZStW*, 2018, 130, 3, 804 ss., cfr. 817. Tale principio nella giurisprudenza della Corte E.D.U. consente di verificare se la sanzione, in quanto limitazione di un diritto fondamentale, è necessaria e adeguata allo scopo perseguito, cfr. TRECHSEL, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il sistema penale*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1997, 2, 234; BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in europa: linee ricostruttive*, in *Per un rilancio del progetto europeo*, a cura di Grasso-Sicurella, cit., 429; CGE, 15 dicembre 1976, C 41/76, *Donckerwolcke*, in *Racc.* 1976, § 1936.

Cost.³⁹⁵ – costituisce un imprescindibile presupposto del perseguimento della funzione rieducativa della pena e «rappresenta, tra l'altro, parte esclusiva o funzionale del principio di individualizzazione (a seconda della sua coniugazione)»³⁹⁶; tale principio impone che la scelta della tipologia e della misura della pena avvenga in considerazione della colpevolezza espressa in una specifica tipologia di reato, da una parte, e che nella concreta individualizzazione della pena il fondamentale criterio di commisurazione sia rappresentato proprio dalla colpevolezza. Solo una pena proporzionata alla colpevolezza sarà avvertita dal reo come giusta e meritata, predisponendolo positivamente alla rieducazione.

La Corte di giustizia ha, poi, considerato applicabile tale principio all'insieme delle sanzioni – penali e amministrative, queste ultime anch'esse di carattere «punitivo [...] Ciò in coerenza con la spiegazione relativa all'art. 49 CDFUE, ove si chiarisce che “[i]l paragrafo 3 riprende il principio generale della proporzionalità dei reati e delle pene sancito dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità”: giurisprudenza, quest'ultima, formatasi esclusivamente in materia di sanzioni amministrative applicate dalle istituzioni comunitarie»³⁹⁷. Ancor prima

³⁹⁵ Corte cost. 28 luglio 1993, n. 343; n. 341/1994; n. 68/2012; n. 216/2016, § 4.2; n. 236/2016; cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni*, cit., 637 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità e la confisca*, in Liber Amicorum *Adelmo Manna*, a cura di Plantamura-Salcuni, Pisa, 425-439; MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 6, 2105 ss.; ID., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, in *La legge penale illegittima*, a cura di Manes-Napoleoni, Torino, 2019, 368 ss.; VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 64-66; ID., *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, 52 ss.; TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1047; COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 477.

³⁹⁶ VENTUROLI, *op. cit.*, 149.

³⁹⁷ Corte di giustizia, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA e altri*, C-537/16, § 56. Recentemente sul principio di proporzionalità delle sanzioni CGUE, Seconda Sezione, 14 ottobre 2021, C-231/20, *MT c. Landespolizeidirektion Steiermark*, § 45: «occorre inoltre che la severità delle sanzioni comminate sia adeguata alla gravità delle violazioni che esse reprimono, garantendo, in particolare, un effetto realmente dissuasivo, pur senza spingersi oltre il limite di quanto è necessario per il raggiungimento del suddetto obiettivo (v., in tal senso, sentenza del 5 marzo 2020, *OPR-Finance*, C-679/18, EU:C:2020:167, punto 26 e giurisprudenza ivi citata), considerato che un'esigenza siffatta discende dal principio di proporzionalità delle pene di cui all'articolo 49, paragrafo 3, della Carta (v., in tal senso, sentenza del 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15, EU:C:2018:197, punto 55)»; CGUE, Sesta Sezione, 11 febbraio 2021, C-77/20, *K.M. con l'intervento di Director of Public Prosecutions*, § 25 ss.

dell'introduzione della Carta di Nizza, come accennato, la Corte di Giustizia ha, infatti, riconosciuto il principio in esame come un principio *generale non scritto*, che ha “la funzione di garantire l'essenza dei diritti fondamentali”, evitando che essi possano essere compromessi da aggressioni ingiustificate e sproporzionate³⁹⁸.

In tale direzione la commisurazione delle sanzioni comunitarie classiche in materia di concorrenza sleale, infatti, prima ai sensi dell'art. 15, comma 2 Reg. CEE n. 17/62, oggi in virtù dell'art. 23 del reg. 1/2003, è fondata essenzialmente sui due parametri della gravità della sanzione e della colpevolezza³⁹⁹; sempre in conformità al principio di proporzione il regolamento n. 2988, all'art. 2, n. 3, prevede due tipologie di criteri che devono disciplinare la scelta da parte del legislatore comunitario delle sanzioni da collegare a ciascuna fattispecie: da una parte di carattere oggettivo, e cioè la natura e la gravità dell'irregolarità, il beneficio concesso o il vantaggio ricevuto; dall'altra parte di carattere soggettivo, il grado di responsabilità. Quest'ultimo criterio si riferisce chiaramente alla colpevolezza; il regolamento richiede così una gradazione della sanzione che comporti, già a livello edittale, una diversa valutazione delle forme di responsabilità dolosa e colposa, con un implicito riconoscimento del valore del principio di colpevolezza quale fondamento della pena e criterio di commisurazione⁴⁰⁰. Il principio di proporzionalità della pena assume, poi, un particolare rilievo da quando l'Unione, alla luce delle competenze previste dal nuovo art. 83 del Trattato di Lisbona, può formulare ipotesi di reato.

L'auspicio è, allora, che il cammino verso il pieno riconoscimento del principio di colpevolezza nel diritto penale europeo e nella giurisprudenza delle Corti europee continui inesorabile, senza più esitazioni e ripensamenti, o meglio che si possa definitivamente sancire che il principio di colpevolezza rappresenti un

³⁹⁸ Per tutte Corte di Giustizia, 17 dicembre 1970, causa 25/70 (*Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide/Köster*), *ivi* 1970, 1162; GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1991, 617 ss.; MAUGERI, *I principi fondamentali*, cit., 89 ss.; ID., *Il regolamento n. 2988/95*, cit., 952 ss.

³⁹⁹ FAVRET, *Le renforcement du rôle des autorités nationales dans la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence. Le règlement du Conseil n° 1/2003 du 16 décembre 2002*, in *Actualité jur. droit adm.*, 2004, 184; Avvocato *Ján Mazák*, 18 gennaio 2007, *SGL Carbon AG*, C-328/05 P, § 54.

⁴⁰⁰ Cfr. SICURELLA, *Diritto penale*, cit., 180 ss.

diritto fondamentale dell'Unione Europea, fondato sul rispetto della dignità umana e un modello di stato di diritto democratico.