

# LO STATO COSTITUZIONALE DI DIRITTO E LE INSIDIE DEL PLURALISMO

Il volume è stato realizzato grazie al finanziamento dell'Università di Palermo, Progetto innovativo 2010-2011 dal titolo «Crisi dello stato e della legalità e nuove forme di diritto e di sapere giuridico»

INTRODUZIONE	
Devoluzione della voce della regione, di Francesco Viola	7
Verso lo stato costituzionale di diritto, di Ferruccio Mazzarello	27
PARTI PRIME. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ TRA COSTITUZIONE E DIRITTO EUROPEO	
Certezza e incertezza del diritto nell'attività amministrativa tra diritto interno e diritto europeo, di Maria Immacolata Maria Cristina Cavallero e Nicola Gallo	53
Divisione fiscale e abuso del diritto: la crisi del principio di legalità e l'incertezza dei rapporti tra fisco e contribuente, di Isabella Cottolero	73
I limiti del principio di legalità e dell'incertezza del diritto nella società civile, di Maria Immacolata Maria Cristina Cavallero	111
Il diritto dell'Unione	

SOCIETÀ EDITRICE IL MULINO

LO STATO COSTITUZIONALE  
DI DIRITTO E LE INSIDIE  
DEL PLURALISMO

Il volume è stato realizzato in collaborazione con l'Università di Palermo. Il progetto editoriale è stato realizzato nel 2010-2011 dal titolo "Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo" e dalla legge e nuove forme di diritto e di organizzazione giuridica.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e sull'insieme delle attività della Società editrice il Mulino possono consultare il sito Internet: [www.mulino.it](http://www.mulino.it)

ISBN 978-88-15-23784-2

Copyright © 2012 by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per altre informazioni si veda il sito [www.mulino.it/edizioni/fotocopie](http://www.mulino.it/edizioni/fotocopie)

INDICE

p. 203

231

INTRODUZIONE

Debolezza della volontà e incertezza della ragione, *di Francesco Viola* p. 9

Verso lo stato costituzionale di diritto, *di Ferdinando Mazzarella* 27

PARTE PRIMA: IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ TRA COSTITUZIONE E DIRITTO EUROPEO

Certezza e incertezza del diritto nell'attività amministrativa tra diritto interno e diritto europeo, *di Maria Immordino, Maria Cristina Cavallaro e Nicola Gullo* 53

Elusione fiscale e abuso del diritto: la crisi del principio di legalità e l'incertezza dei rapporti tra fisco e contribuente, *di Isabella Catalano* 83

La trasfigurazione del principio di legalità penale statale nel prisma del diritto europeo, *di Licia Siracusa* 111

L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione europea: un nuovo concetto giuridico?, *di Massimo Starita* 139

PARTE SECONDA: STATO COSTITUZIONALE E PLURALISMO GIURIDICO

Ordine giuridico globale e ruolo dello stato, *di Laura Lorello* 175

5

Nuove pratiche nell'interpretazione dei diritti costituzionali: i metodi comparativi, <i>di Serena Romano</i>	p. 205
Sovranità e legalità. Da Vestfalia al diritto penale internazionale, <i>di Alessandro Spina</i>	231
I diritti territoriali dello stato alla luce della giustizia globale, <i>di Isabel Trujillo</i>	261
Verso la legittimazione democratica dell'ordine ultra-statuale: alcune premesse concettuali, <i>di Elena Pariotti</i>	287
Lo stato costituzionale, la sua crisi e il suo futuro, <i>di Luigi Ferrajoli</i>	309
Gli autori	337

## INTRODUZIONE

### LA VOLONTÀ DELLA VOLONTÀ E LA RAZIONE DELLA RAGIONE

Le questioni giuridiche e politiche sono strettamente legate al modo di comportamento della natura umana, e il diritto in questo senso è condizionato alla loro luce, se non altro perché condiziona a loro volta nuove condizioni di vita e di rapporti sociali. Dalla riflessione sull'attività di governo delle istituzioni si possono trarre quindi indicazioni sul modo d'essere e di agire degli uomini in quanto esseri liberi. Come è ben noto, Hart si è riferito a questo punto di vista come «mondo minimo del diritto naturale», e ha sottolineato il ben più ampio rapporto fra natura e diritto che si rivela a padroneggiare le risorse e le possibilità della natura, ma non riesce mai a raggiungere il suo obiettivo di «addebiacolare una volta per tutte la natura umana». Questo mondo minimo pensato per regolare i rapporti fra uomini si apre la via a nuove opportunità e a nuove risorse, e si evolve in un «mondo sociale, attuando una circolarità fra natura e cultura che percorre tutta la storia umana». Il rapporto dello stato di diritto allo stato costituzionale può essere meglio spiegato anche da questo punto di vista. Lo stato di diritto non deve essere inteso soltanto come un sistema di regole del potere statuale alle regole naturali, ma anche come un circolo virtuoso, essendo queste ultime governate dal potere dello stato, ma più adeguatamente e «oggettivamente» governate dalla «forma della legge», e cioè dalla «regola giuridica» o «se vogliamo» da un «ordine di governo» sulla forma e l'uso del diritto positivo. Il diritto non sfugge al potere dello stato, che pure ha un rapporto con le regole giuridiche.

Luigi Ferrajoli, *La natura diventa norma*, in *La giustizia globale*, 17, 2011, n. 1, pp. 147-167.  
Luigi Ferrajoli, *Il governo della legge*, Feltrinelli, Torino, 2009, pp. 201.

LA TRASFIGURAZIONE DEL PRINCIPIO  
DI LEGALITÀ PENALE STATALE NEL PRISMA  
DEL DIRITTO EUROPEO

1. *I problemi in campo*

La progressiva affermazione di una piena competenza normativa dell'Unione europea in materia penale ha acuito i termini dell'ormai risalente questione della conformità del diritto penale di produzione europea alle garanzie fondamentali, che ha visto posizioni tanto di cauto scetticismo<sup>1</sup>, quanto talvolta di autentico sgomento o di aperta critica<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Posizioni testimoniate dalle numerose iniziative di studiosi per l'elaborazione di progetti di riforma del diritto penale europeo o di documenti scientifici a contenuto programmatico, in una prospettiva di razionalizzazione della politica criminale europea, incentrata sui principi fondamentali (*Progetto alternativo di giustizia penale europea* ed il *Manifesto sulla politica criminale europea*: sul primo cfr. B. Schünemann, *Alternative Project for a European Criminal Law and Procedure*, in *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, a cura di M.C. Bassiouni, V. Militello e H. Satzger, Padova, Cedam, 2008, pp. 119 ss.; e già Id., *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, trad. it. a cura di V. Militello, Milano, Giuffrè, 2007; sull'altro documento, redatto da un gruppo di penalisti di varia provenienza, cfr. «Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik» (di seguito, «ZIS»), 4, 2009, n. 12, pp. 737 s.; H. Satzger, *La carenze della politica criminale europea. Appendice al manifesto del gruppo scientifico internazionale «European criminal policy initiative»*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 53, 2010, pp. 1278 s., nonché L. Foffani, *Il «Manifesto sulla politica criminale europea»*, in «Criminalia», 2010, pp. 657 s.). «Scetticismo» del resto, è il sostantivo usato da K. Lüderssen, *Chi vuole un'Europa migliore?*, in *Un progetto alternativo di giustizia*, cit., pp. 38-39 per descrivere la sua opinione critica nei confronti dello spazio europeo di libertà sicurezza e giustizia.

<sup>2</sup> P.A. Albrecht e S. Braum, *Defizite europäischer Strafrechtsentwicklung*, in «Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft» (di seguito «KritV»), 81, 1998, pp. 465 s.; W. Hassemer, «*Corpus Juris*»: *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?*, ivi, 82, 1999, pp. 133 s., 136; S. Braum, *Das «corpus juris» – Legitimität, Erforderlichkeit und Machtbarkeit*, in «Juristenzeitung», 55, 2000, pp.

Le preoccupazioni di sgretolamento dei fondamenti penalistici razionali, quale indesiderato effetto innescato dalla neonata funzione normativa penale europea, appaiono in qualche misura comprensibili, se rapportati ai tempi relativamente brevi che hanno contrassegnato le vicende del diritto penale di fonte europea e il loro dirompente impatto sull'assetto degli ordinamenti statali. Sicché, l'inquietudine con cui si guarda a questo nuovo livello di normazione penale forse non è altro che una reazione naturale al sorgere di un nuovo *mondo penalistico*, potenzialmente in grado di determinare una messa in discussione di molte tradizionali categorie concettuali della scienza penale.

La «rivoluzione» provocata dall'attribuzione all'Unione europea del potere di emanare in talune materie obblighi di incriminazione vincolanti per gli stati e di condizionare a livello sovranazionale la decisione sull'*an* e sul *quomodo* della repressione penale non solo incide sullo stesso modo di intendere fondamento, limiti e significati dei principi penalistici, ma induce anche a ricercare approcci di studio innovativi, idonei ad assicurare alla riflessione in materia anche nella odierna dimensione transnazionale la piena realizzazione della sua intrinseca aspirazione a divenire autentico «discorso scientifico»<sup>3</sup>.

I due elementi connotativi del diritto penale europeo – l'assenza di matrice parlamentare e di una carta costituzionale come fonte formalmente sovraordinata – malgrado appaiano sufficienti a motivare l'*allarme* suscitato dai recenti sviluppi dell'Europa post-Lisbona, non sembrano comunque

493 s.; P.A. Albrecht *et al.*, *11 Thesen zur Entwicklung rechtsstaatlicher Grundlagen europäischen Strafrechts*, in «KritV», 84, 2001, pp. 279 s.; S. Moccia, *L'involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del corpus juris*, in *Diritto penale europeo*, a cura di N. Bartone, Padova, Cedam, 2001, pp. 34, 54; M. Kaiafa-Gbandi, *Bemerkungem zur Entwicklung rechtsstaatlicher Grundlagen europäischen Strafrechts*, in «KritV», 84, 2001, p. 290.

<sup>3</sup> Qui inteso come discorso comunicativo in grado di ricondurre «la legge (ordinamento giuridico nel suo insieme) a criteri di ragione, sia intrinseca che finalistica» (D. Pulitanò, *Appunti di democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Bologna, Zanichelli, 2005, p. 123).

legittimare posizioni estreme di assoluto diniego, le quali si rivelerebbero peraltro anacronistiche, alla luce delle innovazioni introdotte dal nuovo Tfue. Piuttosto, i requisiti tipici del diritto penale europeo, proprio in ragione della loro apparente eterogeneità rispetto alle caratteristiche dei sistemi penali nazionali, possono servire da stimolo per una costruzione delle categorie razionali del nuovo «mondo penalistico», o per ricercare, meno ambiziosamente, punti di dialogo e di feconda osmosi tra diritto sovranazionale e sistemi penali nazionali.

Non è forse superfluo chiarire preliminarmente che occuparsi della *legalità penale europea* significa non tanto prendere atto di una definitiva capitolazione della *legalità penale statale* e della sua funzione di garanzia<sup>4</sup>, quanto piuttosto valutare in che misura le trasformazioni di tale principio ingenerate dallo sviluppo del diritto penale europeo possano servire a rilanciarne una nuova concezione, in grado di adattarsi alla complessità della realtà moderna, senza al contempo obliare le fondamentali esigenze di tutela del cittadino da esso sottese<sup>5</sup>. In un contesto istituzionale profondamente mutato rispetto a quello dell'epoca illuministica in cui la legalità penale ha avuto origine, il volto europeo del diritto penale opera senza dubbio come uno dei fattori che contribuiscono alla «crisi istituzionale»<sup>6</sup> del principio di legalità e alla rottura della stretta relazione tra individuo e sovranità statale sui cui esso si è tradizionalmente fondato; pur tuttavia, una tale frattura

<sup>4</sup> Così come, più in generale, la nascita dell'ordinamento europeo non ha comportato la disgregazione dell'ordinamento statale: «l'Europa non si sostituisce ma si aggiunge agli stati nazionali» (così efficacemente M. Barberis, *Europa del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 207).

<sup>5</sup> Per un approccio «moderno» al tema della legalità penale, attento alla varietà di contesti e di strategie del mondo contemporaneo, P. Costa, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale (Nota introduttiva)*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 36, 2007, pp. 4 s. Di recente, anche R. Sicurella, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 2585 ss.

<sup>6</sup> L'espressione è di F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio «fondamentale»*, in «Quaderni Fiorentini», 36, 2007, p. 1291.

non sembra comportare di per sé un radicale svuotamento del contenuto democratico delle scelte di criminalizzazione, ma al contrario può contribuire a rafforzarlo, innescando effetti di controbilanciamento in positivo dei fenomeni «eversivi» o «corrosivi» della legalità penale che negli ultimi decenni hanno contrassegnato la produzione normativa sul fronte nazionale<sup>7</sup>.

Una sintetica descrizione delle novità introdotte sul fronte penale dal Trattato di Lisbona intende dunque porre in risalto il rinnovato ruolo del principio di legalità penale nell'Europa post-riforma ed evidenziarne come tra le principali trasformazioni che esso può innescare sul versante nazionale vi sia la valorizzazione degli aspetti contenutistici/garantisti del principio, a discapito di una concezione rigidamente formalistica dello stesso.

## 2. *Il Trattato di Lisbona e la nuova competenza penale Ue*

Dopo la riorganizzazione strutturale, il diritto penale europeo – già emerso grazie ai fondamentali contributi interpretativi della Cgce – dispone di una precisa base giuridica che lo sottrae al magma in movimento dei c.d. *poteri impliciti*, esercitati in termini esclusivamente funzionalistici.

In particolare, il Trattato sul Funzionamento attribuisce all'Ue la competenza ad emanare direttive – da adottare in base alla procedura legislativa ordinaria – per fissare regole minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, in due macro-aree: *a*) per il contrasto ad una serie di fenomeni criminali espressamente elencati (terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata) (art. 83.1, comma 2) o che in relazione all'evoluzione della criminalità presentino gli stessi requisiti della gravità e della transnazionalità (art. 83.1, comma 3); *b*) per i settori che siano stati oggetto di misure di armonizzazione, ove ciò

<sup>7</sup> Come acutamente osservato, *ibidem*, pp. 1300 s.



risultati indispensabile al fine di garantire l'efficace attuazione di una politica europea (art. 83.2).

La potestà normativa penale europea – pur restando indiretta, in quanto sottoposta al filtro dell'attuazione interna<sup>8</sup> – viene dunque ora disciplinata sia per campo di materia, con specifico riguardo alle tipologie di reati previste nel Trattato, sia in termini funzionalistici, come metodo normativo per assicurare efficacia a settori delle politiche europee che siano stati oggetto di interventi di ravvicinamento delle legislazioni statali.

Il primo criterio di attribuzione della competenza in materia di diritto penale sostanziale costituisce un'eredità evidente della precedente cooperazione intergovernativa di cui al terzo pilastro (artt. 29, 31 Tue). Ma le differenze tra la vecchia e la nuova formulazione anche in questo, sia pure più «tradizionale», ambito, possono dirsi significative. Maggiore è in primo luogo l'efficacia penetrativa degli strumenti normativi a disposizione – non più decisioni-quadro ma direttive<sup>9</sup>. Significativo è poi l'ampliamento della gamma di fenomeni criminali transnazionali per i quali l'Ue gode di una potestà penale «piena», ossia non vincolata al criterio della necessità e dell'efficienza<sup>10</sup>.

Quanto all'ulteriore ambito di intervento di cui all'art. 83.2, esso delinea una potestà penale Ue di tipo funzionalista, incentrata sui criteri della *necessità* e dell'*effetto utile*, in completa adesione con gli orientamenti espressi dalla Corte di giustizia, sotto la vigenza dei precedenti Trattati.

<sup>8</sup> Cfr. G. Grasso, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 2326; F. Viganò, *Il diritto penale sostanziale*, in «Diritto penale e processo», Speciale Europa, 2011, p. 27.

<sup>9</sup> Adottate con una procedura analoga alla codecisione, in grado di garantire una sia pur limitata partecipazione del Parlamento alle scelte legislative di Commissione e Consiglio. Sul punto, E. Rubi-Cavagna, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne*, in «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», 2009, n. 3, pp. 503 s.

<sup>10</sup> La lista dei reati di cui all'art. 83.1 è molto più estesa di quella contenuta nei vecchi artt. 29 e 31 Tue: cfr., per tutti A. Bernardi, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in «Quaderni costituzionali», 29, 2009, p. 39.



Un tale quadro normativo non rappresenta altro che nuova benzina che alimenta il fuoco della riflessione penalistica sull'*antica* questione della conformità del diritto penale di fonte sovranazionale ai fondamentali principi penalistici e a quelli dello stesso ordinamento europeo: l'incremento dell'efficacia penetrativa degli strumenti a disposizione dell'Europa per armonizzare dei sistemi penali nazionali deve essere sorretto ed inquadrato da un altrettanto adeguato rafforzamento dei principi fondamentali della legislazione penale<sup>11</sup>.

La gran parte dei criteri-guida che qui vengono in rilievo – legalità, sussidiarietà, *extrema ratio*, proporzione e *favor rei* – sono comuni alle tradizioni giuridiche degli stati Ue e trovano già riconoscimento – talvolta esplicito, più spesso implicito – nella giurisprudenza delle Corti europee, le quali li hanno variamente declinati ed adattati al contesto Ue<sup>12</sup>.

Non va peraltro sopravvalutata l'efficacia di tale quadro generale per condizionare esiti concreti e immediati: l'aderenza della normativa penale europea ai richiamati criteri-guida dipende in larga anche dalla natura degli stessi e dalla fonte da cui essi promanano. L'esperienza sin qui maturata ha dimostrato che sia negli ordinamenti penali nazionali, sia nella tradizione giuridica comunitaria pre-Lisbona i principi fondamentali del diritto penale mostrano un «volto» ed un «peso» differenti, in qualche caso in grado di ostacolarne un pieno riconoscimento a livello sovranazionale. Taluni di essi – si pensi ai principi di proporzione e di *extrema ratio* – si prestano più agevolmente ad essere trasfusi in sede europea, anche per la porosità dei rispettivi contenuti e per i confini definitivi inevitabilmente più elastici; altri invece tendono ad affermarsi con maggiore fatica, in ragione della loro più netta connotazione formale, con conseguenze di natura costituzionale differenti nei vari stati: il riferimento è soprattutto alla riserva di legge parlamentare, o al principio

<sup>11</sup> Significativa e recente testimonianza è offerta in proposito dal *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit. in nota 1.

<sup>12</sup> A. Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comparato», 1994, pp. 553 s.; e con riferimento al principio di legalità, A. Bernardi, «*Riserva di legge*» e fonti europee in materia penale, in «Annali Università di Ferrara», 20, 2006, pp. 26 s.

di determinatezza, che assumono contenuti differenziati nelle singole tradizioni costituzionali nazionali, al di là del loro comune riconoscimento di fondo<sup>13</sup>.

Sembra insomma che la condivisione a livello europeo di principi comuni sia tanto più realizzabile, quanto più elastico ne appaia il contenuto *politico-criminale*. In tal caso infatti, sussistono ampi margini per un adeguamento dei loro contenuti – così come elaborati a livello nazionale – alle peculiarità del contesto europeo, dato che l'obbligo di conformarsi ad essi non comporta necessariamente un mutamento dell'assetto istituzionale definito dai Trattati, né un ripensamento generale del criterio di ripartizione di competenze tra stati ed Ue, né tanto meno uno stravolgimento dell'equilibrio funzionale – seppur discutibile – trovato a Lisbona tra Commissione, Consiglio e Parlamento Ue.

Al contrario, l'affermazione del principio di legalità e di altri principi fondamentali a forte connotazione formale – riserva di legge, colpevolezza, *favor rei* – risulta significativamente frenata per un verso, dalle note difficoltà di raggiungere un accordo politico sulla dimensione «autenticamente» democratica e «parlamentare» dell'Ue, e per altro verso, dal differente ruolo di tali principi nei singoli ordinamenti nazionali, ove essi talora non ricevono esplicito riconoscimento formale, o si declinano in forme e modi eterogenei<sup>14</sup>, o ancora – es. colpevolezza – risentono delle impostazioni teoriche proprie di ciascuna tradizione dogmatica.

Alla luce di tali premesse, particolare interesse rivestono i rapporti intercorrenti tra diritto penale europeo e principio di riserva di legge.

### 3. *Il principio di riserva di legge e i «controlimiti» dell'ordinamento nazionale*

Tra i principi fondamentali del diritto penale che potrebbero venire scalfiti dalla nuova competenza penale Ue

<sup>13</sup> In tal senso, A. Bernardi, «*Riserva di legge*», cit., pp. 60 ss.; G. De Amicis, *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti europee*, in «I Quaderni europei», 2009, pp. 4 s.

<sup>14</sup> A. Bernardi, *All'indomani di*, cit., pp. 43 s.

un posto centrale è senza dubbio occupato dal principio di riserva di legge statale, che esprime il massimo vigore proprio sul campo della previsione delle pene.

L'attribuzione all'Europa della facoltà di stabilire i requisiti essenziali delle sanzioni penali correlate ai fenomeni criminali oggetto di armonizzazione rischia in effetti di urtare contro la forza di resistenza degli stati, saldamente ancorati al criterio logico-formale della legalità della pena.

Su tale versante, gli ordinamenti nazionali potrebbero attuare un meccanismo di «controlimiti»<sup>15</sup> costituito: 1) dall'*emergency brake* (par. 3, art. 83 Tfeue). Tale procedura consente di bloccare il normale *iter* di approvazione di una proposta di direttiva a contenuto penale, qualora si ritenga che essa incida su aspetti fondamentali dell'ordinamento giuridico nazionale. Dal punto di vista strategico, il freno di emergenza potrebbe rivelarsi uno strumento utile per complicare il procedimento di approvazione di atti normativi ritenuti «scomodi», in quanto troppo «erosivi» della sovranità statale. D'altro canto però, con buona probabilità, ragioni di opportunità politica e di prudenza contribuiranno a scoraggiarne un frequente impiego da parte degli stati, di certo più interessati ad evitare il ripetersi di momenti di frizione nelle relazioni politiche con gli altri stati membri e con le stesse istituzioni europee; 2) dall'*inattuazione totale* o dall'*inattuazione parziale delle direttive penali*, come rimedi per ostacolare la penetrazione di disposizioni del legislatore Ue.

L'inattuazione totale della direttiva o l'adeguamento parziale (inteso come implementazione limitata alle prescrizioni concernenti le condotte punibili, ma non estesa alle disposizioni relative alle sanzioni) senza dubbio rappresenterebbero valide alternative al freno di emergenza per l'innescio di contropinte verticali alla competenza penale Ue, in quanto costituiscono forme di manifestazione di un

<sup>15</sup> L'espressione «controlimiti» – presa in prestito dalla nota *dottrina dei controlimiti* (secondo cui una norma comunitaria in contrasto con i principi costituzionali può essere disapplicata dalla Corte costituzionale) – è qui utilizzata in senso *atecnico*, per indicare le contromisure che l'ordinamento statale può approntare contro gli obblighi di incriminazione del diritto penale europeo.

qualche dissenso nei confronti degli obblighi sanzionatori imposti dall'Europa.

Tuttavia, come per il freno di emergenza, così anche al metodo dell'inattuazione si collegherebbe una serie di significative controindicazioni, in grado di scalfirne l'efficacia. La prima opzione (*inattuazione totale*) risulterebbe alquanto svantaggiosa, perché esporrebbe gli stati al rischio di venir severamente sanzionati per l'inadempimento. Anche la seconda opzione – *inattuazione parziale* – non è priva di rischi, benché potrebbe nondimeno rivelarsi più accessibile. Essa non eliminerebbe la minaccia di incorrere in una procedura di infrazione, ma d'altro canto avrebbe il vantaggio di consentire il mantenimento in vita – perlomeno sino a nuova modifica legislativa – delle disposizioni interne contrastanti con le prescrizioni europee, ove produttive di effetti favorevoli per il reo.

Ad un tale risultato si perverrebbe nel caso in cui il contrasto tra la legge di attuazione interna e la direttiva, generato dall'implementazione parziale, venisse fatto valere non già in sede di ricorso per infrazione, ma tramite una questione pregiudiziale sollevata dal giudice nazionale presso la Corte di giustizia<sup>16</sup>.

In una situazione del genere infatti, per effetto del *favor rei*, le norme censurate dal giudice europeo sopravviverebbero temporaneamente, a condizione che il trattamento da esse previsto fosse più favorevole di quello che scaturirebbe dall'applicazione delle norme preesistenti. Come è noto, tale ipotesi costituisce un'eventualità niente affatto straordinaria, se si considera che essa è già stata al centro di alcune pronunce della Cgce specificamente riguardanti l'incompatibilità di norme del nostro ordinamento con «obblighi» imposti da direttive comunitarie. Il riferimento è alle oramai celebri

<sup>16</sup> Il Trattato di Lisbona ha esteso al settore della cooperazione penale le garanzie giurisdizionali in precedenza previste soltanto per gli atti del primo pilastro (procedura di infrazione, ricorso pregiudiziale e ricorso per annullamento). Sul tema, B. Nascimbene, *Le garanzie giurisdizionali nel quadro della cooperazione giudiziaria penale europea*, in «Diritto penale e processo», 2009, n. 4, pp. 522 s.; C. Amalfitano, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in «Studi sull'integrazione europea», 4, 2009, pp. 113 s.

sentenze *Berlusconi*<sup>17</sup> e *Niselli*<sup>18</sup>, rispettivamente in materia di false comunicazioni sociali e di rifiuti. Si può qui richiamare solo brevemente che esse hanno contribuito a delineare la dinamica dei rapporti intercorrenti tra diritto europeo e diritto interno, sul versante specifico degli effetti *in malam partem* eventualmente derivanti dalla disapplicazione di una disposizione penale giudicata in contrasto con il contenuto di direttive europee.

In specie, in entrambi i casi, i giudici del Lussemburgo hanno riconosciuto la sostanziale illegittimità delle norme interne oggetto di giudizio, perché inadeguate per difetto rispetto allo standard di tutela fissato a livello sovranazionale.

Ciò non di meno, mentre la sentenza *Niselli* non ha affrontato la questione dell'ostacolo frapposto dal principio del *favor rei* alla disapplicazione della norma censurata – ove ne consegua una riespansione di norme preesistenti sfavorevoli –, al contrario, la decisione in materia di falso in bilancio ha dato maggiore spazio a tale specifico profilo delle relazioni di interferenza tra diritto comunitario e diritto interno, riconoscendo nel *favor rei* un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario, appartenente alle tradizioni giuridiche degli stati membri.

<sup>17</sup> Corte di giustizia, sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02; C-391/02, C-403/02 *Berlusconi ed altri*. Per un commento della decisione cfr., tra gli altri, S. Riondato, *Il falso in bilancio e la sentenza della Corte di giustizia CE: un accoglimento travestito di rigetto*, in «Diritto penale e processo», 11, 2005, n. 7, pp. 910 s.; G. Insolera e V. Manes, *La sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio: un epilogo deludente?*, in «Cassazione penale», 45, 2005, pp. 2768 s.; F. Viganò, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra dir. comunitario e diritto penale*, in «Diritto penale e processo», 11, 2005, pp. 1435 s., dello stesso autore, «*Illegittimità comunitaria*» e *illegittimità costituzionale: spunti di riflessione*, in AA. VV., *Ai confini del «favor rei». Il falso in bilancio davanti la Corte costituzionale e di giustizia*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 366 s.; A. Bernardi, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, ivi, pp. 31 s.; R. Sicurella, *La tutela «mediata» degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 327 s.; C. Sotis, *Diritto comunitario e giudice penale*, in «Il corriere del merito», Rassegna monotematica, 2008, pp. 30 s.

<sup>18</sup> Corte di giustizia, sent. 11 novembre 2004, causa C-457/02, *Niselli*.

In tale pronuncia in effetti, pur non assumendo esplicitamente posizione sulla questione della possibile derogabilità del principio del trattamento penale più favorevole in caso di norme «comunitariamente» illegittime, i giudici europei hanno tuttavia evidenziato come le direttive non possano in alcun modo determinare la riviviscenza di norme penali interne conformi al diritto comunitario, se dalle stesse derivi un regime più severo di quello previsto nelle disposizioni interne ad esse successive, ma valutate in contrasto con il diritto comunitario<sup>19</sup>.

Ove in futuro la giurisprudenza europea si mantenesse conforme a quanto statuito in materia di falso in bilancio<sup>20</sup>, l'inattuazione parziale di una direttiva penale diverrebbe un utile *escamotage* per sfuggire ai vincoli imposti a livello sovranazionale, in tutti i casi in cui il regime sanzionatorio previsto dalla legge di attuazione – «comunitariamente» illegittima – fosse meno severo di quello stabilito nella normativa previgente destinata a riespandersi, per effetto dell'intervenuta «bocciatura» europea della disposizione penale in vigore.

<sup>19</sup> Come ricordato da L. Foffani, *Verso un'armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: la genesi di nuovi beni giuridici economici di rango comunitario, il ravvicinamento dei precetti e delle sanzioni, in L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti e R. Sicurella, Milano, Giuffrè, 2011 pp. 585-590.

<sup>20</sup> L'orientamento espresso dalla Cgue in *Berlusconi ed altri* in materia di *favor rei* è stato di recente recepito dalla Corte di Strasburgo, che ha interpretato il principio di legalità sancito all'art. 7 Cedu come comprensivo del principio di retroattività della norma penale più favorevole (Cedu, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in «Cassazione penale», 50, 2010, pp. 832 s., con nota di G. Ichino, *L'affaire Scoppola c. «Italia» e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, pp. 841 s.). Cfr. M. Gambardella, *Il «caso Scoppola»: per la Corte europea l'art. 7 Cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in «Cassazione penale», 50, 2010, p. 2020; V. Manes, *Introduzione*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes e V. Zagreblesky, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 31 ss.; C. Sotis, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, ivi, pp. 137 ss.; S. Manacorda, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Cedu: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, ivi, pp. 169 s.

Sennonché, tale risultato dipenderebbe dall'attivazione di un meccanismo tanto farraginoso da scoraggiarne oggi un frequente utilizzo o addirittura da azzerarne i margini di operatività. A rendere «poco conveniente» una scelta di questo tipo contribuirebbero infatti, da un lato, il rischio di subire una procedura di infrazione per non corretto adempimento degli obblighi europei e dall'altro lato, il fatto che si tratterebbe pur sempre di una «difesa debole», in quanto destinata ad operare soltanto ove il conflitto tra diritto penale e diritto europeo fosse di tipo «triadico»<sup>21</sup>, vale a dire quando esso chiamasse in gioco tre tipi di norme: la norma penale interna di attuazione, la regola comunitaria e la norma penale interna preesistente a quella di attuazione e più sfavorevole. In mancanza di tali presupposti, il rimedio si rivelerebbe inutile, e forse peggiore del male, poiché arrecherebbe con sé lo svantaggio di esporre lo stato che lo abbia apprestato alla ben più pesante conseguenza di una condanna per infrazione del vincolo di fedeltà.

A tali difficoltà si aggiungerebbe inoltre l'incertezza circa la possibilità di conseguire l'effetto sperato, considerato che le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona per la soluzione di questioni analoghe a quelle emerse nella vicenda del falso in bilancio potrebbero far mutare l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia, sino a determinare un'espunzione dall'ordinamento interno delle norme giudicate «comunitariamente illegittime».

### 3.1. *Le questioni pregiudiziali azionabili dinanzi alla Cgue e la disapplicazione delle norme interne: scenari futuri*

In effetti, nel quadro del nuovo assetto istituzionale appare alquanto remoto il rischio che la potestà normativa penale Ue venga in concreto ostacolata dalla tendenza degli stati a dare attuazione parziale alle direttive, sul versante delle pene. La scarsa praticabilità di tale percorso dipende in larga parte dalla minaccia costituita dalla procedura di

<sup>21</sup> L'aggettivo è di C. Sotis, *Diritto comunitario*, cit., p. 30.



infrazione ed in misura minore anche dai possibili esiti di un giudizio della Cgue in caso di conflitto *triadico* di norme.

A prima vista, la vicenda giudiziaria sul falso in bilancio farebbe propendere per l'idea che in futuro i giudici europei risolveranno alla stessa stregua eventuali questioni analoghe che dovessero riguardare le leggi di attuazione di direttive a contenuto penale; sicché, ove una norma penale interna fosse «comunitariamente» illegittima per difformità con i vincoli imposti dal legislatore Ue, ma al contempo risultasse più favorevole rispetto alle norme preesistenti destinate a riespandersi, il principio del *favor rei* impedirebbe al giudice nazionale di attenersi alla disapplicazione, con la conseguenza che tutti i fatti commessi sotto la vigenza della disposizione «contestata» rimarrebbero soggetti alla disciplina da essa stabilita.

Ciò malgrado, vi è la possibilità che sul punto si delineino soluzioni diverse. In primo luogo, rispetto al passato potrebbero variare i termini delle questioni pregiudiziali concernenti le leggi attuative di direttive penali. Nel caso delle false comunicazioni sociali infatti, veniva in gioco non già una «regola» comunitaria, ma semplicemente uno «standard» di tutela indicato da fonte Ue, dato che le direttive invocate nel giudizio non prevedevano un obbligo espresso di criminalizzazione, bensì indicavano soltanto un parametro di tutela: nello specifico, riguardante la salvaguardia della veridicità e della completezza delle informazioni societarie<sup>22</sup>.

Tale profilo aveva condizionato in maniera preponderante il giudizio della Corte, in quanto per stabilire l'adeguatezza della tutela offerta dalla disposizione nazionale rispetto allo standard comunitario, era stato necessario un riferimento alla norma interna che si collegava – sebbene non espressamente – a quello standard, in modo da non trascurare gli effetti che l'applicazione della stessa avrebbe avuto sul caso di specie (giudizio di tipo *relazionale*)<sup>23</sup>.

Non così allo stato attuale, ove la competenza dell'Euro-

<sup>22</sup> C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 135 s.; *Diritto comunitario*, cit., pp. 32 s.; S. Riondato, *Falso in bilancio e Corte di giustizia CE*, cit., p. 337; G. Paonessa, *Noncuranza degli obblighi comunitari e ricadute sul sistema penale*, ivi, pp. 292-293.

<sup>23</sup> Così, C. Sotis, *Diritto comunitario*, cit., p. 34.

pa ad imporre obblighi formali di penalizzazione potrebbe determinare un parziale mutamento della natura del contrasto tra diritto interno e diritto sovranazionale. Nel nuovo contesto infatti, tale conflitto coinvolgerebbe da un lato, una norma europea qualificabile come «regola», in quanto impositiva di precisi obblighi e non già espressiva di un mero «standard»; e dall'altro lato, una o più norme penali interne esplicitamente attuative di quei vincoli. Cosicché, la particolare «natura» giuridica delle disposizioni in gioco potrebbe aprire la strada a nuove soluzioni.

Quando infatti si tratti di stabilire un raffronto tra la regola europea e la norma attuativa della regola, i giudici possono scegliere di non occuparsi delle eventuali conseguenze in *malam partem* di una disapplicazione della disposizione contestata al caso concreto e limitarsi a sancirne l'illegittimità «europea», affidando al giudice interno il compito di risolvere gli effetti della disapplicazione, in base alle regole dell'ordinamento nazionale di riferimento.

Tale esito del giudizio recherebbe con sé il duplice vantaggio per un verso, di fungere da implicito richiamo indirizzato al legislatore nazionale di provvedere ad una modifica della disciplina difforme, e per altro verso, di rimettere al giudice interno la partita dell'eventuale derogabilità del principio del *favor rei*, ove la disapplicazione della disposizione oggetto di «bocciatura» implicasse un trattamento penale più severo per riviviscenza di norme preesistenti.

D'altro canto, il dibattito sviluppatosi dopo la sentenza sul falso in bilancio ha evidenziato che sul fronte del diritto interno per i fatti commessi sotto la vigenza di una norma penale riconosciuta in contrasto con il diritto europeo sarebbe ammissibile un'eccezione al principio del trattamento penale più favorevole<sup>24</sup>; ciò almeno se si accoglie la tesi che ne nega la natura squisitamente costituzionale per ravvisarvi esclusivamente un'applicazione del più generale principio di eguaglianza, come tale derogabile, in presenza di altri interessi costituzionali altrettanto meritevoli di protezione, quanto il diritto all'eguaglianza<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Sul punto, A. Bernardi, *Brevi osservazioni*, cit.

<sup>25</sup> In questi termini, tra gli altri, G. Vassalli, *Abolito criminis e principi*

Seguendo tale impostazione, tra gli interessi in grado di prevalere sul principio di eguaglianza posto a fondamento del *favor rei* sarebbero in astratto annoverabili anche taluni degli interessi tutelati dal legislatore Ue mediante l'imposizione di vincoli di incriminazione, ove per l'appunto dotati di rilievo costituzionale, nonché lo stesso interesse all'osservanza dei vincoli imposti dal diritto europeo, ai sensi dell'art. 11 Cost. Una volta riconosciuta in astratto la derogabilità del *favor rei*, i margini per la sopravvivenza delle disposizioni nazionali difformi al contenuto di direttive penali verrebbero a restringersi e contestualmente diverrebbe inefficace la difesa apprestata dagli ordinamenti nazionali attraverso il metodo dell'attuazione parziale.

Quest'ultimo infatti di per sé sarebbe destinato ad operare soltanto in via residuale – cioè esclusivamente per i casi di disapplicazione di norme penali interne con effetti in *malam partem*, e mai ove venissero in gioco conseguenze in *bonam partem*; per di più, anche in tali situazioni non vi sarebbe alcuna certezza in merito al suo corretto funzionamento, in quanto la natura «antinomica» del giudizio che la Corte lussemburghese dovrebbe compiere sulle disposizioni interne derogatorie (norma europea *versus* norma nazionale) non garantirebbe la sicura sopravvivenza delle stesse, soprattutto se i giudici europei non si pronunciassero espressamente sul problema della inderogabilità del *favor rei*, rimettendone la soluzione alla giurisdizione nazionale.

*costituzionali*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 26, 1983, pp. 377 s.; A. Cadoppi, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini e M. Zannotti, Torino, Giappichelli, 2006, p. 183; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 149 s.; G. De Vero, *La legge penale*, in *Trattato di diritto penale*, vol. I, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 50 s.; G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale*. Parte generale, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 76. La tesi che nega esplicita dimensione costituzionale al principio del *favor rei*, nel senso che esso non costituirebbe espressione diretta dell'art. 25 Cost., ma trarrebbe fondamento dall'art. 3 Cost. trova peraltro accoglimento anche nell'ultima giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sent. n. 393 e 394/2006; Corte cost., sent. n. 215/2008; Corte cost., sent. n. 324/2008), come ricorda M. Gambardella, *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento di interessi costituzionali*, in «Giurisprudenza costituzionale», 53, 2008, pp. 2411 s.

In tal caso però, il giudice di merito non potrebbe discostarsi dal divieto di effetti *in malam partem* e derogare direttamente al *favor rei*, ma dovrebbe attendere una dichiarazione di incostituzionalità, per violazione degli artt. 11, 117 Cost., avente ad oggetto le medesime disposizioni già vagliate in ambito sovranazionale. È pur vero che su tali questioni la Consulta ha dimostrato sino ad oggi una certa ritrosia, non soltanto evitando di censurare come illegittime norme penali interne in contrasto con i vincoli imposti dal diritto europeo, ma anche orientandosi nel senso di ritenere inammissibile ogni sindacato di costituzionalità potenzialmente produttivo di effetti *in malam partem*<sup>26</sup>.

Tuttavia, per quanto il passato non faccia ben sperare, non può escludersi del tutto l'eventualità di un mutamento futuro di indirizzo. Ciò che accadrebbe, se essa fosse incline a riconoscere nella difformità tra diritto penale interno e diritto penale europeo una palese violazione degli obblighi di cui agli artt. 11, 117 Cost.

Una presa di posizione di tale tenore avrebbe invero significative ricadute anche sul versante della disapplicazione delle norme *doppiamente illegittime* (per il diritto europeo e per il diritto costituzionale), la cui operatività verrebbe di certo preclusa almeno riguardo ai fatti commessi prima della loro entrata in vigore<sup>27</sup>.

Se accolto però, l'orientamento qui descritto stravolgerebbe il tradizionale modo di intendere i rapporti di contatto

<sup>26</sup> Orientamento peraltro confermato proprio in materia di false comunicazioni sociali, Corte cost., sent. n. 161/2004 (analogamente, in materia di prescrizione, Corte cost., sent. n. 324/2008). Tale orientamento potrebbe tuttavia mutare se la Consulta facesse propria l'opinione che considera «coesistenti» tanto la norma penale favorevole oggetto di giudizio, quanto la precedente norma più sfavorevole destinata a riepandersi. Cfr. C. Pecorella, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 50, 2007, pp. 326 s.; D. Micheletti, *L'incensurabilità delle «rifforme penali di favore»: un limite tecnico o di moderazione politica?*, in «Giurisprudenza costituzionale», 53, 2008, pp. 3490 s.

<sup>27</sup> Ipotesi prospettata da R. Sicurella, *La tutela «mediata»*, cit., pp. 352 s.; così anche, F. Viganò, *Illegittimità comunitaria*, in AA.VV., *Ai confini del «favor rei»*, cit., pp. 370-372; M. Scoletta, *Retroattività in mitius e pronunce di incostituzionalità in malam partem*, *ibidem*, p. 310.

o interferenza tra ordinamenti nazionali e quello europeo e darebbe ingresso ad un nuovo principio – davvero rivoluzionario – di automatica incostituzionalità di ogni norma interna che fosse giudicata illegittima dal punto di vista del diritto europeo, con conseguente piena affermazione del tanto auspicato effettivo suo primato sul diritto interno<sup>28</sup>.

4. «*Illegittimità europea*» ed «*illegittimità costituzionale*»: una relazione complessa

In ambito penalistico, alla soluzione menzionata, che ritiene incostituzionale una norma dichiarata *illegittima* dal punto di vista del diritto europeo, è stata da taluno contrapposta l'idea del grave *vulnus* così arrecato al principio della riserva di legge, inteso nell'accezione più spiccatamente politica che lo collega inscindibilmente alla dimensione democratica della potestà legislativa. Si osserva in proposito che ove ogni disposizione interna in contrasto con il diritto europeo venisse ritenuta necessariamente incostituzionale, per violazione degli artt. 11, 117 Cost., le opzioni penali del legislatore sovranazionale resterebbero sostanzialmente intangibili per il legislatore interno, che si vedrebbe così sottratta la facoltà di mutarle in relazione alle specifiche esigenze politico-criminali del proprio paese. La coincidenza tra *illegittimità europea* ed *illegittimità costituzionale* creerebbe dunque una *torre d'avorio* a protezione del diritto penale europeo, atteso che qualunque scelta che andasse nella direzione di modificare una legge di implementazione interna di direttive penali, o di abolire le fattispecie incriminatrici introdotte in adempimento di vincoli

<sup>28</sup> La possibilità di giudicare incostituzionali le norme penali interne attuative di vincoli imposti in sede europea discenderebbe dall'equiparazione sul piano teorico tra obblighi costituzionali espressi di incriminazione e obblighi sovranazionali di incriminazione, G. Marinucci, *Il controllo di costituzionalità sulle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in «Giurisprudenza costituzionale», 51, 2006, pp. 4167 s. Conforme, M. Romano, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 51, 2008, pp. 557-558. Di recente, anche G. Salcuni, *L'uropeizzazione del dir. penale: problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 377 s.

europei risulterebbe costantemente esposta al rischio di una declaratoria di illegittimità costituzionale, con inevitabile definitiva erosione della libertà del Parlamento di correggere le proprie opzioni di criminalizzazione, almeno per i settori investiti dall'armonizzazione penale di matrice europea<sup>29</sup>.

Le conseguenze di tale approccio sugli equilibri complessivi dell'ordinamento sarebbero significative: da un lato, determinare una trasformazione (e trasfigurazione) del principio di legalità penale e del sistema gerarchico delle fonti; dall'altro lato, avvalorare l'idea di una sostanziale invariabilità del diritto penale europeo<sup>30</sup>.

Senonché, nel complesso tali osservazioni si rivelano meno convincenti di quanto a prima vista sembrerebbe. Esse trascurano di considerare che il fenomeno indicato come

<sup>29</sup> C. Sotis, *Il diritto senza codice*, cit., pp. 320 s.; *Diritto comunitario*, cit., p. 37; G. Abbadessa, *Dal «diritto penale comunitario» al diritto penale della nuova Ue: problematiche dell'interregno*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 22, 2009, pp. 489 s., nonché F. Romoli, *Il nuovo volto dell'Europa dopo il Trattato di Lisbona. Un'analisi penalistica «multilivello»*, in «Archivio penale», 63, 2011, p. 17.

<sup>30</sup> Il legislatore nazionale sarebbe pertanto mero esecutore di una volontà politico-legislativa formatasi altrove. B. Schünemann, *Die Parlamentarische Gesetzgebung als Lakai von Brüssel? Zum Entwurf des Europäischen Haftbefehlsgesetzes*, in «Strafverteidiger», 23, 2003, pp. 531 s.; R. Hefendehl, *Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?*, in «ZIS», 1, 2006, p. 167. Non a caso, la prospettiva che il fondamento democratico della potestà legislativa costituisca un «controlimite» opponibile alle competenze Ue – anche penali – è stata di recente sostenuta con particolare vigore dal *Bundesverfassungsgericht* nell'ormai celebre pronuncia sulla legge tedesca di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona (BVerfG, 2BvE 2/08, 30 giugno 2009). Per il commento, M. Heger, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon*, in «ZIS», 4, 2009, pp. 406 s.; F. Jesseberger e K. Kretschmer, *L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 30 juin 2009. Les implications du traité de Lisbonne sur le droit pénal européen*, in «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», 2010, n. 1, pp. 111 s. Per i commenti italiani, S. Cassese, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in «Giornale di diritto amministrativo», 15, 2009, pp. 1003 s.; L.S. Rossi, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in «Rivista di diritto internazionale», 92, 2009, pp. 993 s.; G. Abbadessa, *Il Bundesverfassungsgericht sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con la Costituzione tedesca*, in «Ius17@unibo.it. Studi e materiali di diritto penale», 2009, n. 2, pp. 327 s.

autentica «trasfigurazione» del principio di legalità rappresenta in realtà un semplice adattamento del principio stesso alle dinamiche evolutive del sistema delle fonti ingenerate dalla reciproca interferenza tra i due livelli – nazionale e sovranazionale – di produzione normativa. In effetti, se si abbandona il pregiudizio di stigmatizzare come letale per le garanzie penalistiche qualunque apertura dell'ordinamento verso un'effettiva supremazia degli obblighi di incriminazione sovranazionale, quest'ultima – piuttosto che rappresentare una pericolosa degenerazione della legalità penale – assume il significato di una necessaria rielaborazione del contenuto e delle forme del principio di riserva di legge, alla luce delle esigenze imposte dall'intervento Ue.

A favore della diversa e più convincente prospettiva di considerare costituzionalmente illegittime le norme penali in contrasto con i vincoli normativi di matrice europea concorrono sia considerazioni di carattere formale concernenti il rapporto tra fonti normative, sia valutazioni attente ai contenuti *latamente* politici del principio di legalità.

Sul versante tecnico-formale, a parte la presunta inderogabilità del *favor rei*, tra le ragioni che potrebbero ostare alla ricevibilità formale di una questione di costituzionalità del tipo qui considerato non vi sarebbe neanche la supposta violazione del principio di riserva di legge<sup>31</sup>.

La possibilità di un tale contrasto in caso di incostituzionalità di norme penali interne per incompatibilità con il contenuto di direttive europee perderebbe di consistenza, sino a dissolversi, ove si ritenesse che gli artt. 11, 117 Cost. contribuiscano ad imprimere al sistema delle fonti normative un andamento dinamico, incentrato sulla tendenziale prevalenza delle disposizioni vincolanti di matrice sovranazionale e sulla sottoposizione *ab origine* del potere del legislatore al limite inderogabile dell'osservanza degli obblighi imposti dal diritto europeo e dall'ordinamento internazionale.

<sup>31</sup> L'impostazione qui proposta è stata di recente accolta dalla Consulta nella sent. 28 gennaio 2010, n. 28 (con nota di D. Franzin, *La Corte costituzionale e la definizione di rifiuto: nuovo capitolo di una complessa vicenda di illegittimità comunitaria*, in «Cassazione penale», 51, 2011, pp. 117 s.).



In assenza di un'esplicita preclusione costituzionale, il suddetto condizionamento «genetico» dovrebbe reputarsi operante anche nei confronti del legislatore penale; con la conseguenza che la riserva di legge *ex art. 25 Cost.* andrebbe intesa come soggetta sin dall'origine al vincolo di conformità nei riguardi degli obblighi derivanti dal diritto europeo<sup>32</sup>.

D'altro canto, anche in un'ottica meno formalistica e maggiormente orientata a valorizzare il significato «politico» della riserva di legge, perde vigore l'argomento che individua nel principio di legalità penale un limite invalicabile al sindacato di costituzionalità delle leggi penali emanate in attuazione di direttive e che giudica inazionabile sul fronte interno l'eventuale divergenza tra le scelte legislative nazionali e gli obblighi di incriminazione di fonte Ue.

La riserva di legge *ex art. 25 Cost.* è senza dubbio connotata da significati politico-istituzionali che possono variare in corrispondenza del mutare delle relazioni interistituzionali, senza che ciò implichi necessariamente il venir meno della dimensione «democratica» dello stato<sup>33</sup>. Basti guardare all'ormai diffuso impiego del decreto legge, assunto a fonte normativa privilegiata in ambito penale; o ancora alle ampie incursioni della legislazione regionale nell'ordinamento penale. Si tratta di fenomeni che hanno modificato l'essenza stessa del principio di riserva di legge, in direzione di un progressivo affievolimento della concezione che ne esalta la dimensione squisitamente parlamentare e di una altrettanto graduale transizione verso un coinvolgimento di nuovi «attori» istituzionali nel processo di formazione della legge penale<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> F. Viganò, *Les interactions en droit pénal de fond: la perturbation des hiérarchies internes*, in *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, a cura di G. Giudicelli-Delage e S. Manacorda, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 165.

<sup>33</sup> Come osservato da M. Donini e G. Insolera, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale. Considerazioni introduttive*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Bologna, Zanichelli, 2005, pp. 21 s.; O. Di Giovine, *Il sindacato di ragionevolezza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 50, 2007, pp. 104 s.

<sup>34</sup> Per una prospettiva di valorizzazione della «qualità democratica»

L'attuale esperienza legislativa ha inoltre dimostrato che dalla crescente riduzione dei margini per un effettivo confronto e dibattito politico in sede parlamentare sulle opzioni normative è derivato un sempre maggiore coinvolgimento degli organi di garanzia nel processo di formazione delle leggi penali, con conseguente progressivo trasferimento della dimensione *democratica* del diritto penale dalla sfera parlamentare verso altri ambiti istituzionali<sup>35</sup>.

Nei fenomeni appena menzionati si è rintracciato il sintomo di una messa in crisi o meglio di un vero e proprio *declino* della legalità penale in funzione garantista e la dimostrazione di un cambiamento in corso – forse inarrestabile – della maniera di intendere la riserva di legge in materia penale. A non convincere è però non tanto il pur fondato richiamo a mantenere una soglia di guardia elevata nei confronti di ogni fatto potenzialmente distorto del principio di legalità, quanto soprattutto la tendenza a giudicare come egualmente esiziali tutti i fenomeni di «apparente ammorbidimento» della riserva di legge, qualunque sia la loro origine e a prescindere dagli effetti da essi globalmente prodotti, che in taluni casi – come nel caso del diritto europeo – possono addirittura comportare un rafforzamento – più che un indebolimento – delle garanzie.

È chiaro dunque che una cosa è l'assunzione di un atteggiamento di prudenza e di giustificata diffidenza verso un eccesso di interventismo europeo in materia penale ed altra e ben diversa cosa è un'indebita «enfaticizzazione» degli attacchi alla legalità che possono provenire dal diritto penale europeo. Su tale versante, sembra invero un risultato estremo il preconizzare scenari catastrofici, di sovvertimento dei principi fondamentali del diritto penale.

Nel raffronto con le prassi *eversive* interne infatti, i punti di crisi innescati dal consolidamento della potestà norma-

delle norme penali europee, cfr. A. Bernardi, *La «qualità» della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, in *L'evoluzione del diritto penale*, cit., pp. 346 s.; C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 33, 34.

<sup>35</sup> Cfr. F. Palazzo, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Riserva di legge e democrazia penale*, cit., pp. 91 s.

tiva penale Ue sotto il profilo dell'erosione delle garanzie costituzionali si rivelano nel complesso meno preoccupanti<sup>36</sup>, al punto da indurre ad una cauta apertura verso le prospettive aperte su questo fronte dal Trattato di Lisbona. Qui, per l'appunto si intravede più di un valido motivo per acconsentire alla prospettiva di una moderata contrazione del livello di guardia innescato dal meccanismo dei «controllimiti». Innanzitutto, il *deficit* democratico del processo di formazione delle direttive penali è soggetto ad un sistema di contrappesi, di certo ancora incompleto, ma neanche complessivamente inefficace. Il primo, in senso orizzontale, si rintraccia nella partecipazione del Parlamento europeo in funzione consultiva, ora prevista come obbligatoria per tutti gli atti normativi in materia di giustizia ed affari ed interni (art. 294 Tfu); il secondo, in senso verticale invece, è costituito dalla possibilità per i legislatori nazionali di vagliare le scelte compiute dall'Ue, data la natura indiretta dei vincoli di incriminazione penale ed atteso che l'obbligo di implementazione interna esige pur sempre una legge di attuazione da parte dei Parlamenti nazionali.

A ciò si aggiunge la possibilità di attivare nei confronti delle scelte di incriminazione compiute in sede europea i meccanismi di controllo critico del freno di emergenza e del *Protocollo sull'applicazione dei principi di proporzione e di sussidiarietà*. Quest'ultimo consente di attuare una stringente verifica di conformità ai principi di sussidiarietà europea e di proporzione per ciascuna proposta normativa, mediante l'instaurazione di momenti di stretta collaborazione tra le istituzioni europee e i parlamenti nazionali e attraverso la previsione di un obbligo di adeguata e dettagliata motivazione sulla conformità di ogni atto normativo proposto – e dunque anche delle direttive penali – ai principi in questione.

Certamente, tale sistema è ancora ben lontano dall'ideale illuministico della riserva di legge parlamentare e dal modello di una potestà normativa penale incentrata non solo

<sup>36</sup> *Amplius*. C. Grandi, *La «qualità» della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in *L'evoluzione del diritto penale*, cit., pp. 379 s.

sulla competenza ma anche sulla legittimazione<sup>37</sup>. Tuttavia, pur con l'auspicio che in futuro l'Ue converga verso tali obiettivi e accentui ulteriormente la base democratica delle proprie decisioni, nell'insieme, la competenza penale europea e il conseguente primato del diritto europeo su quello interno – anche in sede di sindacato di costituzionalità – non sembrano attentare alla legalità penale più invasivamente di quanto non lo facciano le recenti tendenze interne verso una progressiva riduzione delle prerogative parlamentari sulle opzioni penali<sup>38</sup>.

Al contrario, in una visione prospettica il diritto penale europeo potrebbe prestarsi a svolgere un ruolo «calmierante» delle scelte politico-criminali nazionali, soprattutto nei riguardi dei fenomeni criminali che sono maggiormente soggetti ad un'enfatizzazione mediatica e collettiva dell'allarme sociale da essi ingenerato. Non vi è dubbio infatti che – per lo meno in talune materie – trasferire il compito di eseguire un giudizio di valore sulla meritevolezza di pena dalla sfera nazionale a quella sovranazionale può significare garantire una valutazione meno parziale e forse maggiormente coerente, in quanto affidata a soggetti istituzionali più lontani dalle emergenze contingenti e per questo esposti in misura minore al condizionamento di spinte emotive collettive.

A dispetto dell'irrazionalità «nostrana», la chiarezza apportata dalla riforma di Lisbona sul versante della base giuridica degli atti normativi europei in materia penale, nonché le innovazioni introdotte sotto il profilo dell'estensione della competenza giurisdizionale della Cgue<sup>39</sup> e non da ultimo, l'equiparazione sul piano giuridico tra la Carta europea dei diritti fondamentali e le disposizioni dei Trattati<sup>40</sup> (art. 6 Tue)

<sup>37</sup> Così anche C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, Edizioni Ets, 2009, pp. 254 s.

<sup>38</sup> Come segnalato da A. Bernardi, *All'indomani di*, cit., pp. 63-64, con l'auspicio che nel tempo migliori il livello garantistico della legalità penale europea.

<sup>39</sup> Sulle competenze della Cgue in base al nuovo Trattato, M. Condanzi, *Corte di giustizia e Trattato di Lisbona: innovazioni strutturali ed organizzative*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., pp. 220 s.

<sup>40</sup> Sulle ricadute che tale equiparazione potrebbe avere a vantaggio di una maggiore implementazione giurisprudenziale del principio di

senza dubbio consolidano il sistema di garanzie azionabili in ambito penale e rendono abbastanza maturi i tempi per un pieno riconoscimento – non più soltanto formale bensì effettivo – del primato del diritto europeo su quello nazionale.

5. *La legalità penale europea: quando «la sostanza» prevale sulla «forma»*

Le brevi osservazioni sin qui sviluppate dimostrano come a livello europeo la *trasfigurazione* del principio di legalità penale si realizzi nel segno di un progressivo affievolimento del significato *formale* del principio (legalità penale come riserva di legge) e a vantaggio di un rafforzamento della sua dimensione *sostanziale* e del suo significato *politico/garantista*. Sicché progressivamente, la *ratio* di garanzia sottesa al principio viene ad essere concepita come slegata dalla natura giuridica delle fonti di produzione normativa, la scelta delle quali rimane indifferente per l'ordinamento Ue, purché risulti idonea ad assicurare la piena attuazione dei corollari della legalità (determinatezza, conoscibilità delle norme penali ed *extrema ratio*)<sup>41</sup>.

Tale tendenza appare del resto confermata sia dall'ap-proccio della giurisprudenza europea in materia<sup>42</sup>, sia dall'assetto delle competenze penali, così come delineato nel nuovo Trattato.

Quanto alla giurisprudenza delle Corti europee, è indubbio che essa valorizzi soprattutto le ragioni sostanziali di tutela connesse alla legalità penale, sotto il profilo della prevedibilità e conoscibilità delle norme penali da parte del

legalità, A. Bernardi, *All'indomani di*, cit., pp. 56 s.; «Riserva di legge», cit., pp. 60 s.

<sup>41</sup> J. Tricot, *Le contrôle de l'exécution normative: la légalité pénale entre dits et non-dits*, in *Cour de Justice et*, cit., pp. 105 s. e V. Manes, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva «politica» e specificazione «tecnica»*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 53, 2010, pp. 84 ss.

<sup>42</sup> Per un quadro della giurisprudenza europea in materia, C. Grandi, *La «qualità» della norma penale*, cit., pp. 130 s.

cittadino, piuttosto che il versante formale, concernente la tipologia delle fonti normative.

Con riguardo invece al *law making* europeo, previsto nel nuovo Trattato, non vi è chi non si avveda come la scelta di fare della «codecisione» il procedimento ordinario di approvazione delle direttive penali, nonché il potenziamento dei momenti di contatto e di interazione con i Parlamenti nazionali sia in fase consultiva, in sede di proposizione dei testi, sia nella fase successiva, di controllo della conformità delle disposizioni adottate ai principi fondamentali del diritto europeo, abbiano significativamente ridotto il *deficit* democratico proprio delle fonti di diritto penale europeo<sup>43</sup>.

D'altro canto, la prevalenza del profilo contenutistico della legalità penale determinata dall'operare congiunto dei due fattori appena richiamati – il *law in action* della giurisprudenza europea e le regole del Trattato sul procedimento di formazione della legge – ha favorito una messa in risalto della stretta interrelazione tra i due principi della sussidiarietà e della riserva di legge<sup>44</sup>. Il vincolo di sussidiarietà, nella misura in cui rende imprescindibile un controllo sostanziale di razionalità e di coerenza sulle norme penali di matrice europea, contribuisce infatti alla compiuta realizzazione di una delle principali funzioni garantiste del principio di legalità in materia penale, vale a dire l'avvedutezza e l'equilibrio del legislatore penale nel valutare la necessità del ricorso alla sanzione penale<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> A. Bernardi, *La «qualità» della norma penale*, cit., p. 348 ritiene migliorata la qualità democratica delle norme penali europee dopo Lisbona. Conforme, C. Grandi, *La «qualità» della norma penale*, cit., pp. 386 s.; G. Grasso, *La «competenza penale»*, cit., pp. 705 s.

<sup>44</sup> E. Herlin-Karnell, *What Principles Drive (or Should Drive) European Criminal Law?*, in «German Law Journal», 11, 2010, pp. 1120 s.

<sup>45</sup> Il procedimento di adozione parlamentare della legge penale assicurerebbe la conformità della stessa al principio di *extrema ratio*, in quanto il dibattito politico pubblico che accompagna l'approvazione del testo consentirebbe un'adeguata ponderazione delle scelte di incriminazione: in tal senso, tra gli altri, da F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, Utet, 1973, p. 14; G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, in «Quaderni fiorentini», 36, 2007, p. 1251.

Nel complesso, si può dire che il sistema di pesi e contrappesi previsto nel Trattato per la verifica della coerenza interna alle disposizioni penali di fonte Ue e la sempre maggiore solerzia manifestata dei giudici del Lussemburgo nella valorizzazione della legalità penale sembrano confermare l'idea che allo sviluppo del «volto» europeo del diritto penale non corrisponda lo scenario catastrofico di un definitivo declino della legalità in materia penale, bensì soltanto un mutamento del modo di intenderla, con riguardo al corollario della riserva di legge.

Quando le scelte di incriminazione provengono dal diritto europeo, il conseguente obbligo di trasposizione delle stesse in una legge interna di attuazione comporta in effetti il rischio di ridurre la riserva di legge a semplice *feticcio* formale, finendo per declassare il Parlamento nazionale a mero esecutore di una volontà legislativa formatasi in ambito extranazionale. Tale processo tuttavia non implica un complessivo prosciugamento delle garanzie costituzionali; al contrario, esso innesca il passaggio del controllo democratico delle opzioni penali dal livello interno-nazionale a quello sovranazionale-europeo. Sicché, l'esercizio della competenza normativa penale da parte delle istituzioni Ue senza dubbio incide negativamente sul significato «storico» della riserva di legge<sup>46</sup>, intesa come attribuzione del monopolio delle scelte di incriminazione in capo al Parlamento, quale organo democraticamente eletto e rappresentativo delle minoranze. Nel contempo, e in un'ottica più generale, la crisi della legalità penale così pesantemente aggravata dal diritto penale europeo a sua volta contribuisce alla crisi dello stato-Nazione, poiché introduce una profonda frattura tra la potestà legislativa penale e la sovranità statale, aprendo la via alla prospettiva di un modello di sistema penale in cui il compito di creare talune norme punitive viene affidato a soggetti istituzionali (sovrnazionali) diversi da quelli (interni) che invece dispongono del potere coercitivo, ossia dell'uso legittimo della forza per l'esecuzione delle sanzioni. Orbene, la suddetta separazione tra sovranità statale e potestà

<sup>46</sup> C. Grandi, *La «qualità» della norma penale*, cit., pp. 7 s.



normativa penale, tra il potere di far obbedire alle norme e il potere di crearle non erode però il significato «storico» della riserva di legge, poiché, come detto, la nuova Europa post-Lisbona, amplia e moltiplica le sfere di garanzia, anziché restringerle, affidando la tutela contro eventuali violazioni di diritti e di principi fondamentali ad una pluralità di attori istituzionali, nazionali e sovranazionali.

L'intersezione di piani di controllo che qui si è brevemente tratteggiata, per quanto possa suonare eterogenea rispetto all'impianto del nostro sistema costituzionale e al suo accentramento nella Consulta del potere di verificare la legittimità delle leggi penali, non pare comunque produrre un drastico sgretolamento delle garanzie per il cittadino. Queste appaiono invero largamente tutelate dalla molteplicità di momenti di verifica critica previsti nell'ordinamento europeo sia sul piano giurisdizionale, sia in fase di produzione normativa. Qui, in particolare, l'emancipazione delle opzioni penali dalla volontà politica di maggioranze parlamentari ondivaghe e sovente al servizio degli interessi della parte rappresentata può addirittura irrobustire il vaglio di democraticità delle leggi penali, rendendolo più penetrante, più qualificato e meno asservito alle preferenze o alle necessità di singoli gruppi sociali<sup>47</sup>.

Nella prospettiva del diritto penale europeo pertanto, sembra che a mutare sia non tanto o non soltanto il principio di legalità in materia penale, quanto più in generale l'assetto delle democrazie costituzionali, chiamate a trasferire i propri principi liberali in una dimensione istituzionale più ampia e multiforme, quale quella dell'ordinamento europeo<sup>48</sup>. In tale processo di trasposizione in ambito sovranazionale dei principi fondamentali (non soltanto penalistici) dei diritti nazionali, questi ultimi perdono taluni requisiti formali, ove strettamente connessi ad un modello ordinamentale incentra-

<sup>47</sup> Come lucidamente osserva, F. Palazzo, *Legalità penale*, cit., p. 1301.

<sup>48</sup> Con riguardo alle trasformazioni innescate dal diritto dell'Europa, suscita un certo fascino la proposta avanzata da M. Barberis, *Europa del diritto*, cit., pp. 297 s. di elaborare una nuova *teoria del diritto* incentrata su un modello delle fonti del diritto non più gerarchico, ma di tipo reticolare.

to sulla rigida gerarchizzazione delle fonti normative, senza però vedere sviliti i loro contenuti garantistici (assiologici), che rimangono attuabili, nonostante il progressivo sganciamento da una concezione formale e verticistica del diritto<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Sono pertanto largamente condivisibili le conclusioni cui perviene C. Grandi, *La «qualità» della norma penale*, cit., pp. 131 s. sul definitivo superamento del *deficit democratico* delle fonti penali europee, grazie al «clima costituzionale» generato dall'accresciuto ruolo del Parlamento e dei Parlamenti nazionali nel processo di formazione delle leggi e dalla prassi di sottoporre queste ultime a controlli successivi, per valutarne la conformità con i diritti fondamentali. Il *clima costituzionale* evocato da Grandi richiama da vicino l'idea espressa da S. Cassese nel noto saggio *Oltre lo stato*, Roma-Bari, Laterza, 2077, p. 188 di una «sostanza costituzionale» rinvenibile nell'ordine giuridico mondiale.