

Massimo Donini

SOMMARIO 1. Due tipi di penalisti. — 2. Premesse epistemiche. — 3. Un destino pluri-generazionale comune di umanizzazione, internazionalizzazione e crescita del penale insieme alle sue garanzie. — 4. Nascita del diritto e della scienza penale europei. — 5. Il diritto europeo delle regole armonizzate e dei principi. — 6. L'incidenza del diritto europeo sulla scienza penale. — 7. Lo sviluppo di una dogmatica comparata e di principi. — 8. La pluralità degli attori di questo orientamento. Dall'aristocrazia a un primo embrione di democrazia penale. — 9. L'unificazione penale europea mediante i principi, non mediante i dogmi classici. — 10. L'uropeismo giudiziario e la sostituzione dei protagonisti. — 11. Il diritto penale di lotta mercato UE. — 12. L'eredità del caso Taricco. — 13. Sussidiarietà e proporzione come principi di garanzia? — 14. Conclusione.

1. Due tipi di penalisti

Gli studiosi penalisti si possono dividere in due categorie fondamentali: quelli che hanno sposato il diritto penale e quelli che non ci pensano lontanamente. Tra i grandi si potranno trovare esempi di entrambe queste classi di giuristi. Sposa il diritto penale chi ne condivide sino in fondo la missione e il ruolo, chi lo legge dall'interno e vuole essere il rappresentante di questo messaggio, facendolo proprio. Non sposa il diritto penale chi lo osserva da tecnico e in modo descrittivo-estrinseco, o lo guarda sempre anche dall'esterno del sistema, e non ne abbraccia il messaggio, ma si limita a illustrarlo. Ci sono molti tipi di matrimonio e di convivenze, ovviamente. Però chi non si sposa ha sempre un retro-pensiero di libertà; una paura inconfessata o evidente, di perdersi e restare prigioniero.

Anche se non lo desideriamo, la Costituzione e il diritto sovranazionale ci costringono oggi a matrimoni forzosi, attraverso doveri di interpretazione conforme che coinvolgono le coscienze verso forme di "appropriazione" della lex attraverso il ius¹.

* Lo scritto è destinato alla raccolta degli *Studi per Sandro Bernardi* (Giornata di Studi svoltasi a Ferrara, 18 ottobre 2019) e in corso di pubblicazione anche in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*.

¹ A. BERNARDI, *Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Presentazione in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, Jovene, 2015, VII ss. Lex e ius, nel testo, non sono in corsivo, appartenendo al lessico ordinario dell'autore.

Sandro Bernardi ha sicuramente sposato il diritto penale, ma soprattutto quello europeo, perché nelle fonti europee ha visto un fattore decisivo di progresso giuridico e di tutela.

È un penalista che ha sposato anche la pena, a questo punto: *ça va sans dire*. Però lo ha salvato da un matrimonio soffocante lo *spirito scientifico*: quello che fa coltivare anche le conoscenze extragiuridiche, i dati empirici, i fattori esterni al sistema normativo, la ricerca indefessa e perpetua. Essendo per me e molti amici raccolti in questo convegno un fratello maggiore, un compagno di viaggio, il suo percorso, che qui non starò a tratteggiare se non con un paio di schizzi, ha costituito un punto di riferimento, senza il quale la nostra vita non sarebbe stata la stessa.

2. Premesse epistemiche

Il diritto penale come disciplina scientifica ci appare oggi condizionato, nel suo statuto epistemico, da *alcune premesse*: a) il garantismo quale postulato, pre-condizione legislativa ed ermeneutica; b) un punto di vista esterno e le conoscenze empiriche che lo consentono; c) l'internazionalizzazione.

a) Il garantismo è un postulato epistemico per il diritto penale: esso è costituito dai limiti costituzionali e sovranazionali all'intervento legislativo. Da tali limiti non si desume solo un progetto di "*negatives Strafrecht*" (Naucke), tale da collocare il penalista in una posizione di mera riduzione del penale e di controllo critico della legislazione espansionista: in realtà da quei limiti si ricava anche un volto costituzionale dell'illecito penale, e altresì un senso del punire diverso dalla risposta simmetrica al male del delitto con la negatività della pena-castigo.

Si tratta di *un postulato*, perché ogni legge (*lex*) e ogni ermeneutica (*ius*) risultano condizionate da questa premessa di tipo giuridico-costituzionale: riserva di legge, irretroattività, *ultima ratio*, offensività, proporzione, colpevolezza, etc., sono tutte precondizioni sia della politica e sia della scienza penalistica.

b) Il riferimento a *un punto di vista esterno*, e nel nostro caso esterno al diritto penale (non a quello nazionale soltanto) costituisce una *premesse indispensabile per una analisi scientifica di qualunque sistema di pensiero*². Il solo punto di vista *interno*

² L'intuizione di G.B. VICO per cui solo l'uomo è in grado di conoscere la storia perché ne è l'autore non fa eccezione a quanto detto: la storia è conoscibile scientificamente in virtù di metodi di analisi diversi da quelli utilizzati dai suoi protagonisti, che devono essere oggetto di valutazione, e non soggetti della valutazione di sé. Anche l'*Erlebnis* di DILTHEY nella fondazione delle scienze dello spirito o della

è una forma negativa di *ideologia* (e mascheramento) rispetto alla realtà regolata. Il diritto europeo è stato a lungo un diritto 'esterno' rispetto ai diritti penali nazionali. In questo senso esso poteva far ipotizzare la messa a disposizione di un osservatorio più scientifico, come accade anche per la comparazione (tra sistemi oggettivati e sullo sfondo, esterni al ricercatore), come se fosse appunto un diritto un po' straniero. Oggi però per il diritto europeo questo discorso non è più attuale, essendo diventato *diritto interno al sistema*, a un sistema giuridico multilivello.

Rimane la comparazione tra i suoi Paesi, invece. Ma restano in campo anche tutti gli altri saperi extragiuridici di analisi dei fenomeni regolati e della tenuta preventiva o di controllo delle regole penali, quali parametri di verifica dei progetti giuridici.

c) *L'internazionalizzazione della scienza* rappresenta infine un altro tratto di identità epistemica per il diritto penale: no al sovranismo, comparazione, europeizzazione. In particolare il concetto di fondo è che *una scienza penale non può essere nazionale*: neppure qualora il diritto penale sia quello classico e sovranista. Una scienza solo nazionale è al limite una tradizione ermeneutica, ma il suo contenuto scientifico dipende dal fatto che implicitamente o esplicitamente appare dialogico rispetto ad altre culture e sistemi, attraverso categorie e criteri normativi universalizzabili quanto meno ad aree linguistiche internazionali.

3. Un destino pluri-generazionale comune di umanizzazione, internazionalizzazione e crescita del penale insieme alle sue garanzie

La parabola di Sandro Bernardi ricercatore, che in larga misura si sovrappone

cultura obbedisce a questo postulato. Anche la visione delle scienze della cultura nelle diverse costruzioni della *Scuola del Baden* o della *Scuola di Marburgo*, non si sottraeva a esigenze di oggettivismo prospettico. Le cose non stanno diversamente nella prospettiva del tecnicismo di Arturo ROCCO: il diritto è oggetto di conoscenza scientifica in quanto vero materiale "sperimentale" del giurista, che lo conosce dall'esterno. Se torniamo alle discipline ermeneutiche in generale, questo punto di vista è definito al meglio da una posizione come quella di Emilio BETTI: quando si pronuncia contro le tesi di GADAMER affermando che *sensus non est inferendus, sed efferendus*, egli esprime in modo netto il criterio dell'oggettività dell'intendere i testi. Viceversa, quel criterio è appannato sicuramente dall'ermeneutica contemporanea post-gadameriana ed esseriana, che esalta la soggettività dell'intendere, il circolo ermeneutico, la appropriazione del testo da parte dell'interprete per coinvolgerlo nei suoi pregiudizi e nelle sue intenzioni applicative (*intentio lectoris*, non *operis*, né *auctoris*). Tuttavia, va detto, a tale proposito, che *l'ermeneutica non è la parte più scientifica del diritto* come disciplina del sapere umanistico (*social Science, human Science, Kulturwissenschaft*), per la dimensione in parte politica, e non solo tecnica, che presenta. Il momento scientifico e di garanzia è dato da comparazione e storia, dogmatica, saperi empirici in *input* e *output*, controllo critico-costituzionale sulle *leges*.

alla mia e a quella della mia generazione, ha conosciuto momenti di esaltazione e di disinganno.

Che cosa è successo, infatti, alle nostre generazioni?

È accaduto che si è puntato sul rafforzamento delle garanzie e ciò ha prodotto la legittimazione della crescita, anziché della diminuzione, del diritto penale.

È uno dei tanti paradossi della nostra materia. Ovviamente tra le garanzie ci sarebbe, al primo posto, l'*ultima ratio*, la sussidiarietà penale. Ma questa non è stata presa sul serio, se non sul piano sanzionatorio: perché il carcere ha davvero conosciuto una lunga marcia di deflazione, almeno in Europa³, pur restando un luogo che è di ostacolo allo sviluppo della personalità e dei diritti umani. Esattamente per questo esso stesso deve essere visto come *ultima ratio*. Ma la possibilità di pene extramurarie ha accresciuto a sua volta le strategie inflattive per il diritto penale.

Il paradosso maggiore della tradizione, peraltro, è che l'aggiunta di un male al male del delitto possa produrre un bene: una *lex minus quam perfecta*, che non restituisce nulla, non riconcilia, non ripara, non sana le fratture e spera soltanto in esiti positivi derivanti dal raddoppio di un male "simmetrico".

Orbene, la crescita del penale contemporaneo, l'effetto perverso della fede nelle garanzie e della loro estensione, ha prodotto un nuovo atteggiamento: la persuasione che questo penale meno disumano e più articolato, mirato, duttile e flessibile, sia alla fine un bene di cui disporre ampiamente.

Nasce così la fede nel diritto penale europeo, alla cui "costruzione" una minoranza agguerrita di studiosi specialisti si dedica in modo praticamente avanguardistico. Gli altri a seguire.

Questa "scienza costruttrice" si ritrova a pensare che il diritto penale europeo è buono, spesso assai migliore di quello nazionale, perché realmente ha prodotto soprattutto precetti, per moltissimo tempo, quando non era ancora veramente diritto penale UE, ma un diritto regolatore e punitivo le cui sanzioni restavano affidate alle scelte statali, alle note condizioni di eguale capacità preventivo-dissuasiva rispetto ad altri illeciti statali analoghi.

³ V. comunque A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *L'Indice penale*, 2001, 727 ss.; A. BERNARDI, I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Padova, Cedam, 2008; ID., *L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 51 ss.; A. BERNARDI, M. VENTUROLI (a cura di), *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, Napoli, Jovene, 2018.

Moltissime discipline sono entrate negli ordinamenti nazionali migliorando le condizioni giuridiche di sicurezza e tutela in vari settori armonizzati.

La nostra generazione ha così coltivato gli ideali di internazionalizzazione, armonizzazione e umanizzazione del diritto penale.

Accanto alla Corte di Giustizia del Lussemburgo ha quindi avuto come punto di riferimento anche la Corte EDU.

Non si percepiva ancora che il diritto penale europeo sarebbe diventato anche altro, e soprattutto che sarebbe stato un fattore per veicolare non più il sospetto illuministico verso le prassi punitive, ma la fiducia in un penale “buono”, da estendere sempre alla bisogna, anche in virtù di programmi più forti di vera lotta alla criminalità attuata attraverso i giudici.

4. Nascita del diritto e della scienza penale europei

Come disciplina scientifica il diritto penale europeo ha una data di nascita. Mentre fino a Lisbona si poteva parlare di *diritto penale comunitario* in senso debole, come un diritto dove in Europa nascevano i precetti, ma non le sanzioni (salvo lo sviluppo di un diritto penale concordato di cooperazione intergovernativa proprio del terzo pilastro, delle convenzioni e delle decisioni-quadro)⁴, la svolta giurisprudenziale ‘eversiva’ della sentenza 13 settembre 2005 della CGCE ha portato a far emergere la volontà politica di *un diritto penale dell’Unione europea, dove precetto e sanzione nascono insieme* e si impongono agli Stati nazionali.

È stata *una vera “rivoluzione giudiziaria” che ha riformato i trattati*: la competenza penale della CE, prima che diventasse UE, era introdotta *in via ermeneutica* sulla base della “necessità” di attivare una *“misura indispensabile di lotta”* contro violazioni ambientali gravi. Come noto, *la decisione non ebbe seguito fino a quando la riforma dei trattati avvenuta a Lisbona (13 dicembre 2007), non introdusse la competenza penale dell’UE mediante direttive, poi consacrata nell’art. 83 TFUE.*

Come spesso accade, *ex facto oritur ius*: il diritto nasce da gesti violenti⁵.

⁴ A. BERNARDI, *I tre volti del “diritto penale comunitario”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 333 ss.; ID., *All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 37 ss.

⁵ Per un commento favorevole alla sentenza A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione. Sistema sanzionatorio penale*, in T. RAFARACI (a cura di), *L’area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, Giuffrè, 2007, 264 s. Alla vigilia della

Un atto di nascita contrario alla legalità e alla divisione dei poteri.

Una origine giurisprudenziale, mai tradottasi in legge prima della riforma dei Trattati, disegna la nascita del diritto penale europeo e con esso la possibilità teorica di una scienza e di una dogmatica penale europea: *quando precetto e sanzione nascono insieme*.

Tutto questo è ora notoriamente regolato dall'art. 83 TFUE⁶.

Ovviamente le sanzioni restano di competenza degli Stati, ma in ogni caso i precetti dell'art. 83 sono penali e dunque implicano sanzioni penali. Di qui una genesi unitaria anche se poi differenziabile secondo i distinti sistemi giuridici⁷.

La criminalità di «dimensione transnazionale» è il fenomeno politico-criminale da regolare⁸ e dunque il modello teorico del reato di fonte europea, sia nelle materie nominate, sia in quelle armonizzate: se sono state armonizzate, infatti, esse presentano pur sempre profili transnazionali, a parte i casi di beni giuridici comunitari o dell'Unione in senso stretto, beninteso, dove la transnazionalità è derivata dalla natura del bene.

riforma dei Trattati v. pure ID., *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale: un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1157 ss.

⁶ Art. 83 TFUE: «1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando *mediante direttive* secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire *norme minime* relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità *particolarmente grave* che presentano una *dimensione transnazionale* derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Dette *sfere di criminalità* sono le seguenti: 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.

In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua *altre sfere di criminalità* che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

2. *Allorché il ravvicinamento* delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela *indispensabile* per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un *settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione*, *norme minime* relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite *tramite direttive*. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76».

⁷ A. BERNARDI, *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Note di un penalista*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 551 ss.

⁸ Fenomeno che “è illusorio pensare di poter combattere efficacemente facendo ricorso al buon, vecchio diritto penale di una volta”: così A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale*, cit., 1195.

5. Il diritto europeo delle regole armonizzate e dei principi

Facciamo un passo indietro.

Prima di arrivare a un diritto penale europeo vero e proprio, questo è stato preparato da una *vasta armonizzazione di regole extrapenali e di principi*.

Su questa evoluzione si trovano negli scritti di Sandro Bernardi autentici 'classici' della materia⁹; sono stati gli anni più belli del sogno europeista, quando l'Europa, che già aveva un suo sistema sanzionatorio amministrativo europeo, intimava agli Stati membri di introdurre norme sanzionatorie adeguate, proporzionate, efficaci, dissuasive etc. senza altre qualificazioni, ed era possibile riscontrare a valle una sorta di penalizzazione di fatto armonizzata dei precetti a livello di Stati membri, sia pur con grandi differenze sanzionatorie; e poi la stagione delle decisioni-quadro con la previsione di sanzioni penali, via via sino alle direttive penali.

Il diritto penale europeo-comunitario di principi, al quale Bernardi ha dedicato importanti studi, *era comunque giurisprudenziale* mentre quello comunitario extrapenale non era nazionale, se non per le scelte sanzionatorie. A livello d'illeciti, invece, esso era per lo più transnazionale o comunitario in senso stretto con riferimento agli *interessi tutelati*: o beni comunitari, o interessi offesi in prospettiva transnazionale.

Se è da un atto eversivo della CGUE che comincia a profilarsi il futuro diritto penale UE, la giurisprudenza europea ha comunque dato un contributo straordinario all'evoluzione dei Trattati e delle Convenzioni (Riondato).

Non più e non solo una dogmatica europea dei principi: abbiamo assistito a una realizzazione fortemente giurisprudenziale del modello costituzionalistico, dalle cui matrici dottrinali e giurisprudenziali comparate questa nuova cultura si alimenta, biforcandosi in *due grandi correnti di diritto*, a seconda che sia espressa dalla *Corte EDU*

⁹ A. BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche - Saggi III*, Ferrara, 1996; A. BERNARDI, *Principi e criteri direttivi in tema di sanzioni nelle recenti leggi comunitarie*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XIV, 2000, 59 ss.; ID., *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, 995 ss.; ID., *"Europeizzazione" del diritto penale commerciale?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1 ss.; ID., *"Riserva di legge" e fonti europee in materia penale. Parte I*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XX, 2006, 1-90; ID., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: profili ricostruttivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 76 ss.; ID., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27.10.2011, 1 ss.; ID., *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè, 2013, 221 ss.

(diritto casistico e di forte mediazione tra *civil law* e *common law*) o *dalla CGUE* (diritto scritto a componente più marcata delle tradizioni di *civil law*).

Il *dialogo* tra le due giurisprudenze è dato dalla *Carta europea dei Diritti* e dalla *ricezione della Cedu nel Trattato UE*, anche se esso presenta qui una diversa valenza sul piano delle fonti (solo per le materie UE).

Nasce qui la possibilità teorica di una scienza e di una dogmatica penale europea nel significato già descritto (§ 2), perché in questo connubio sono inseriti la prospettiva garantista e il suo controllo giurisdizionale dentro ai Trattati UE¹⁰.

6. L'incidenza del diritto europeo sulla scienza penale

Il *diritto penale europeo è tutto fuorché dogmatico*, si potrebbe dire. Cerca di essere efficace e dialogico, coltiva la comparazione che, nella sua vocazione culturale, è antidogmatica e relativizza le tradizioni nazionali; è preoccupato che una scienza penale nazionale non prevarichi sulle altre. Persino i tedeschi, posti di fronte al diritto penale europeo, hanno ceduto le armi della dogmatica e affinato nuovi stili ermeneutici. Molta politica criminale sì, molti principi, giurisprudenza, mera interpretazione. Poche teorie¹¹.

Il carattere non dogmatico potrebbe conciliarsi molto bene con lo sviluppo della *comparazione*, che tradizionalmente è stata vista come l'anima non dogmatica del diritto. Che il giurista europeista coltivi davvero la comparazione può essere discusso: studiare diritto europeo è come studiare il diritto nazionale, un qualche *ius positum*. È solo in sede di ricostruzione legislativa che la comparazione è necessaria¹². A livello applicativo lo è assai meno e molti europeisti sono soltanto giuspositivisti studiosi di leggi. A differenza dei comparatisti in senso proprio.

¹⁰ Quel dialogo è oggi reso disarmonico dal fatto che le tradizioni costituzionali nazionali – entro le quali stanno, come nucleo più ristretto, i c.d. controlimiti – una volta inserite nei Trattati europei insieme alla Carta dei diritti e al suo art. 53, vengono “bilanciate” dalla Corte di Giustizia come ogni altro principio.

Quanto al dialogo tra Corte di Giustizia e Corti penali nazionali, la CGUE ha già chiaramente affermato che non ogni maggior garantismo penale di una tradizione costituzionalistica nazionale può imporsi al diritto penale di matrice UE, che prevarrà sulle Costituzioni.

Questi aspetti definiscono uno spazio di autonomia di materie, di politica dell'interpretazione, ma anche di metodo per il diritto penale europeo in senso stretto.

¹¹ Cfr. A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, Giappichelli, 2004, 104 ss.

¹² Cfr. A. BERNARDI, *Corpus juris e formazione di un diritto penale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, spec. 300 ss.

Non solo.

Oggi si fa molta interpretazione, più delle sentenze, forse, che non delle stesse leggi, ma si costruisce assai poco a livello sistematico e generale. Lo si può cogliere dalla produzione scientifica delle ultime generazioni. Il linguaggio della dogmatica è visto come utile al massimo alla *conoscenza* di alcuni meccanismi della costruzione del diritto penale, ma *non per risolvere questioni pratiche*: mentre la dogmatica celebrava se stessa quale utile strumento per la prassi, e non solo per la teoria, oggi *appare* a molti che sia vero il contrario: la dogmatica ha allontanato la teoria dalla prassi, e i giudici solo di rado e in chiave di rafforzamento argomentativo utilizzano stili dogmatici.

L'evoluzione degli ultimi lustri ha portato a *un progressivo sviluppo di altre tecniche di soluzione dei problemi, diverse da quelle della dogmatica classica* (incentrate su categorie e sistematica), e invece orientate ai problemi e ai casi, da un lato, e ai principi, nazionali e sovranazionali, dall'altro. L'enorme sviluppo delle fonti sovranazionali, in particolare, fonda questi diversi approcci, a fronte del retroterra della vecchia dogmatica, costituito da regole nazionali o categorie di razionalità sovratemporale. Questo mutamento di tecniche argomentative si accompagna a un forte protagonismo, quali costruttori del diritto, delle alte Corti di Giustizia e della magistratura in generale, insieme all'avvocatura, che contendono al legislatore, anzi ai diversi legislatori, un ruolo centrale nella costruzione di nuove norme e di nuove dogmatiche, che non sono più appannaggio della classe accademica, ma neppure sono più sinonimo di "scienza" giuridica.

I continui mutamenti del materiale normativo, del resto, particolarmente ostili a opere consolidate di codificazione, sono anche *una controindicazione al protrarsi del vecchio stile dogmatico*, perché esso suppone un ordine stabile del materiale normativo, non la sua perenne trasformazione.

Già sotto il profilo culturale e linguistico, il termine dogmatica, pur originato dal greco δόγμα che significa semplicemente dottrina, è storicamente *imparentato col dogmatismo*, per l'uso autoritario di un pensiero aristocratico di tipo deduttivo, che rappresenta un modello negativo per il pensiero giuridico moderno e contemporaneo, il quale si alimenta di democrazia discorsiva (antidogmatica) e di pensiero problematico ed empiricamente collaudato (antidogmatico).

Di qui il fastidio, presso vari autori, verso l'utilizzo stesso del termine dogmatica in campo giuridico. Quello che era, fino alla seconda metà del Novecento, un sinonimo della stessa scienza penale, rischia oggi di apparire come una categoria e una *forma mentis* archeologica, *dépassée*.

La domanda potrebbe dunque essere così riformulata: *esiste uno spazio vitale per la vecchia scienza penale dentro e accanto al linguaggio contemporaneo?*

Che non ci sia “dogmatica”, infatti, è del tutto illusorio, come subito si dirà.

7. Lo sviluppo di una dogmatica comparata e di principi

La *politica criminale tradizionale* che ha costruito il diritto penale sul quale si è basata la dogmatica classica era di tipo *nazionale*. La dogmatica che ne costituiva espressione era di tipo *giuspositivista* e assumeva come oggetto di riflessione un codice penale, salvo cercare forme di collaudo più strutturate attraverso analisi storico-comparate e criminologiche.

Storicamente, però, alla dogmatica nazionalista si è affiancata spesso una dogmatica di tipo giusrazionalistico o giusnaturalistico, sia nei classici dell'Ottocento (penso a Carrara) e sia nel corso del Novecento (penso a Welzel e ai finalisti).

Appartengono a questa corrente non solo gli indirizzi di tipo *ontologico-finalista*, ma anche quelli di matrice *teleologico-funzionalista*, perché ciò che contraddistingue quest'ultimo è il metodo dichiaratamente positivista, ma di fatto orientato a un dialogo su categorie concettuali slegate da un determinato diritto positivo: è un tipo di dogmatica “da esportazione” che, sul piano argomentativo, non si basa su norme giuridiche, non le cita neppure (penso alla prevalente letteratura di lingua tedesca su questioni di parte generale).

Una terza via, tra il *giuspositivismo nazionalista* e il *giusrazionalismo* è sempre stata rappresentata da un *approccio comparatistico*, capace di individuare a livello sovranazionale categorie, principi e costruzioni dialogiche, senza dimenticare le differenze nazionali, e dunque i diversi punti di partenza normativi.

Nel corso della seconda metà del Novecento quest'altro indirizzo, che potremmo definire di *giuspositivismo comparato e critico*, lo si può definire proprio di un approccio di dogmatica comparata o di teoria generale del reato comparata che, col tempo, ha individuato momenti di dialogo sempre più forti a livello non tanto o non soltanto delle categorie, ma dei principi. Sul piano culturale, *quest'ultimo tipo di dogmatica è quello che a me pare più sintonico rispetto al diritto penale europeo*.

8. La pluralità degli attori di questo orientamento. Dall'aristocrazia a un primo embrione di democrazia penale

Il passaggio da una dogmatica categoriale a una di principi si è attuato attraverso un mutamento degli attori del pensiero penalistico. *La dogmatica classica era aristocratica*. Essa concepiva sé stessa come la scienza penale e i suoi interpreti erano i professori. Non era la Cassazione, non era la Corte costituzionale, non era la magistratura. A livello internazionale i professori, in Germania, in Austria, in Svizzera, in Italia, in Spagna, in Portogallo, in Sudamerica, nell'America centrale, in parte in Francia e in Belgio, in Olanda, in Giappone, nella Corea del Sud, in Grecia, in Polonia, in Scandinavia e in tanti altri Paesi di *civil law*, hanno sviluppato *un dialogo fatto di categorie, e in qualche misura di principi attorno alla quintessenza del reato e della politica criminale*, alle loro strutture e ai loro fini. Questa rete concettuale di ius controllava la lex e la sua applicazione.

Si tratta in parte di una vera *jurisprudence*, una tradizione di filosofia e cultura del diritto.

Non era un *milieu* soltanto europeo, ma era intercontinentale, mondiale l'orizzonte nel quale gli studiosi si muovevano. Nondimeno, essa era, e in parte è ancora, un'aristocrazia. E tale è il prodotto dogmatico classico, quello erede del pensiero teologico. L'*analogia iuris* governava questo complesso costruito di parte generale.

Il momento del 'passaggio' a una dogmatica di principi, anziché di categorie sistematiche, coincide con una sicura democratizzazione del pensiero penalistico.

9. L'unificazione penale europea mediante i principi, non mediante i dogmi classici

Da tempo sappiamo che la dogmatica ci divide, mentre i principi possono unirci, perché i principi sono stati usati più spesso *in bonam partem*, mentre le regole no. Di qui lo sviluppo di una dogmatica di principi.

La prima parte dell'assunto è evidente: la dogmatica ci divide sia perché esistono Paesi senza tradizione dogmatica in senso stretto (per es. *common law*, Francia etc.), sia perché anche all'interno dei Paesi di *civil law* con tradizione dogmatica sono molte le divergenze, le confusioni linguistiche, i rifiuti di riconoscere il diverso, colui che parla il linguaggio di una diversa teoria del reato. È ancora forte la tradizione aristocratica di una dogmatica erede, negli stili argomentativi, del dogmatismo della Sacra Congregazione per la Fede (ex Santo Uffizio).

L'apertura di questa tecnica ai diritti fondamentali e poi ai principi costituzionali ne ha determinato *un mutamento ideologico ed epistemologico*, in primo luogo nel segno del pluralismo degli attori e dei contenuti, e di una maggiore politicizzazione.

Dunque, in tempi di pluralismo dogmatico, di apertura a nuovi attori e interpreti non accademici, e ancor più di continue traslitterazioni della dogmatica nella politica criminale, è il diritto penale dei principi a veicolare i nuovi indirizzi, al posto del diritto penale delle categorie sistematiche.

Però il mutamento più grande, foriero di uno sviluppo straordinario di una nuova dogmatica dei principi, è stato il suo utilizzo *in bonam partem*: le parti generali del diritto penale sono cresciute enormemente a seguito dello sviluppo di una dogmatica favorevole all'imputato e al colpevole.

Si tratta di quanto è avvenuto a livello europeo, con la formazione di tradizioni costituzionali comuni, di principi sovranazionali comuni elaborati dalla Corte EDU e dalla CGUE.

I costruttori di questi principi armonizzati, sovranazionali, dalle tradizioni costituzionali nazionali, non sono più gli accademici, ma alcune alte Corti.

Sennonché, la dogmatica di principi presuppone una dogmatica di categorie, ma non la sostituisce, e anzi la implementa, rivitalizzandola. Perché ciò avvenga, occorre però coltivare la forza concettuale delle categorie, e non abbandonarsi a pure logiche ermeneutiche, di esegesi e interpretazione di leggi o sentenze. La "nuova" dogmatica, infine, che vanta un spiccata elaborazione giurisprudenziale, dovrà preoccuparsi di garantire l'indipendenza della magistratura affinché questa non rimanga vittima del suo successo politico oltre il limite della riserva di legge.

10. L'europeismo giudiziario e la sostituzione dei protagonisti

La pluralità degli attori nella costruzione del diritto fa sì che si produca *ius* (diritto già argomentato e motivato) accanto alla *lex* (comando) coinvolgendo maggiormente in quella costruzione gli stessi interpreti. Se l'interprete diventa legislatore, resta anche coinvolto in progetti di contrasto ai fenomeni, in operazioni di lotta. Ciò rischia peraltro di mutarne geneticamente ruolo, funzioni e cultura.

Le evoluzioni descritte, come già detto, hanno implicato una modifica e *un allargamento degli attori del discorso giuridico*. Non sono più solo i professori che si

occupano dei principi, infatti, ma avvocati e magistrati che sollevano questioni di costituzionalità, d'interpretazione conforme, prima alla Costituzione e poi a fonti sovranazionali come trattati e convenzioni europee o internazionali.

Senonché, il ruolo della magistratura, in questo sviluppo del diritto penale dei principi, è diventato enorme, e oggi essa si profila come un consapevole costruttore di diritto, di un diritto non meramente concretizzato, applicativo e individualizzante, ma ormai generalizzante, capace di riscrivere le norme e non solo di regolare i casi.

L'europeismo giudiziario assume tratti ormai chiari: a) norme-principio e argomentazioni per principi; b) declinazione delle norme-principio 'interne' alla luce di fonti sovranazionali: UE, Cedu, trattati internazionali (per es. Statuto di Roma); c) grande rilevanza assunta dalle Corti sovranazionali che interpretano quei principi secondo logiche di comparazione costituzionale; d) espansione ormai a ogni livello dell'interpretazione conforme, quale obbligo del giudice ordinario, prima di ogni remissione alle Corti costituzionali e sovranazionali di questioni di legittimità.

Quel *know-how* inventato tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, vale a dire l'argomentazione per principi applicata al diritto penale, ampiamente perfezionato nei lustri successivi, trova applicazione libera in ambito sovranazionale e poi nuovamente nazionale, e non è più appannaggio della cultura accademica. L'argomentazione per principi è ora un metodo innanzitutto della giurisprudenza ("principi" e "comparazione") sul quale esiste ormai una letteratura consistente.

Accade così che un tasso di maggiore democratizzazione e pluralismo degli attori della costruzione del diritto si accompagni a una *forte crisi della 'vecchia' e superatissima divisione dei poteri*: uno sviluppo costituzionalmente contrastante sul piano delle garanzie dello Stato di diritto.

Il mutamento *dei soggetti e della base legislativa* della dogmatica *muta la dogmatica stessa, muta forse la sua stessa essenza*: si tratta di legislazione sovranazionale dentro a quella nazionale o accanto ad essa; il compito di coordinare la giungla normativa del continente europeo non spetta a un superlegislatore che non c'è, e tanto meno a un sapere accademico che non ha mai governato, ma semmai scoperto e consigliato qualcosa, perché sono poteri giudiziari quelli che eterodirigono l'Europa giuridica; il ruolo delle alte Corti, in questo processo di rielaborazione, presenta aspetti inediti di generalizzazione delle regole giudiziarie, anziché di mera individualizzazione o di concretizzazione: un ruolo nuovo, di tipo paralegislativo, che si riflette "a cascata" sulle giurisdizioni nazionali.

Il metodo di questa nuova epoca dell'europèismo giudiziario, è costituito, oltre che dall'esegesi e dall'interpretazione, dal bilanciamento non solo tra principi, ma anche tra principi e regole. Le stesse regole vengono rilette mediante principi e ricostruite nuovamente alla luce di nuovi bilanciamenti.

In questo quadro ci si accorge che le *regole europee*, in particolare, valgono come principi e si antepongono alle stesse Costituzioni nazionali; questo a me pare un vero *novum*, di cui si sono palesate le criticità, così come quelle dell'interpretazione conforme che avvenga *in malam partem*.

Il garantismo penale, infatti, suggerisce sempre che là dove non si possono compiere sillogismi da regole definite, sia pur reinterpretate, i bilanciamenti – espressione massima di attività discrezionale – avvengano solo *in bonam partem* (Manes).

11. Il diritto penale di lotta mercato UE

Del tutto contrastante con quanto appena affermato è il fenomeno del “diritto penale di lotta”. Esso costituisce una suadente forma minore di diritto del nemico, e a differenza di quest'ultimo è una categoria non dottrinale, ma di diritto positivo, con basi testuali nel lessico della legislazione in primo luogo europea.

A livello legislativo nazionale e dell'UE l'idea della lotta e l'impegno a una prassi conforme sono inseriti *espressamente all'interno delle leggi penali* o quanto meno delle leggi che “fanno corpo” con quelle penali nel definire la compiuta strategia di tutela: sono presenti *addirittura in testi “costituzionali” come il TFUE*.

Per esempio, sono numerosissime le leggi italiane e di vari Paesi europei intitolate al “contrasto” o alla “lotta” contro alcuni fenomeni, dal terrorismo, alla criminalità mafiosa, organizzata etc. Ciò potrebbe sembrare solo propaganda legislativa sui fini politici del legislatore. Tuttavia, *nel corpo del TFUE*, tra gli altri più numerosi, si ricordano i seguenti richiami alla lotta o alla necessità di combattere fenomeni generali: *Articolo 3* (ex articolo 2 del TUE); *Articolo 67* (ex articolo 61 del TCE ed ex articolo 29 del TUE); *Articolo 75* (ex articolo 60 del TCE); *Articolo 79* (ex articolo 63, punti 3 e 4, del TCE); *Articolo 83* (ex articolo 31 del TUE); *Articolo 86*; *Articolo 88* (ex articolo 30 del TUE). E quindi in tema di lotta contro la frode l'*Articolo 325* (ex articolo 280 del TCE).

Il clima di lotta, l'utilizzo lessicale di questo termine giuridico, di questo impegno collettivo al quale sono chiamati i pubblici poteri, giudici compresi, è ormai *esteso a tutti i campi di intervento della “giustizia penale” dell'Unione europea*: dalle frodi comunitarie alla pedopornografia, dal riciclaggio al razzismo, dalla tratta di esseri umani agli stupefacenti alla criminalità economica, dai reati di immigrazione al terrorismo internazionale.

È una lotta *contro* alcune tipologie di reato, o *contro* alcuni tipi di autore. Il “diritto penale di lotta” costituisce più esattamente *una radicalizzazione delle concezioni strumentali del diritto*, pur presenti nell’idea dello scopo e ancor meglio in quelle dell’orientamento alle conseguenze. Adesso è il diritto stesso (ius e non solo lex), nella sua “progettualità” prima ancora che nella sua “funzione”, ad essere concepito come *il mezzo per uno scopo diverso dalla semplice tutela di beni o dalla “giusta” regolazione di rapporti. Il mezzo giuridico non si limita a rinviare a una mera teleologia ad esso interna*, o ad un orientamento della sua applicazione alle *rationes* che sorreggono il contenuto delle norme (*orientamento allo scopo*), oppure al raggiungimento di risultati che la norma stessa impone di guadagnare attraverso il suo rispetto (*orientamento alle conseguenze*), sia pur con l’applicazione di letture sostanzialistiche, da “giurisprudenza degli interessi”. Categorie ancora classiche, che risalgono al tempo di Max Weber.

È piuttosto *la norma stessa a funzionare come strumento per scopi ad essa anche esterni. Scopi che tuttavia entrano nella lettura della norma*, che dunque *non è più circoscritta a descrivere e tipizzare offese singole, “chiuse” nella fattispecie*, ma viene usata come “arma di contrasto generale”.

L’interprete supremo dei trattati UE, che è un *giudice-legislatore*, cioè la Corte di giustizia dell’Unione europea (CGUE), ha spesso seguito la logica del *diritto penale di lotta*, già dalla “storica” sentenza della Grande sezione del 13 settembre 2005, nella causa C-176/03, quando in un conflitto tra la Commissione UE e il Consiglio, *sostenne la legittimità dell’uso di direttive in materia penale, prima della riforma dei trattati avvenuta a Lisbona: e ciò, per l’appunto, in nome di un’esigenza di lotta contro gravi violazioni in materia ambientale – questo l’argomento “giuridico” centrale* che pur faceva riferimento alla dottrina dei *poteri impliciti* –, nel tentativo di introdurre in via ermeneutico-giudiziaria la competenza penale dell’Unione secondo il metodo comunitario¹³.

¹³ La vicenda che condusse alla “storica” sentenza della Corte del 13 settembre 2005 (v. in particolare i punti 47 e 48), vide la Commissione che contro il Consiglio chiedeva alla Corte di annullare la decisione quadro 2003/80/GAI del Consiglio, relativa alla protezione dell’ambiente attraverso il diritto penale in quanto il diritto ambientale sarebbe stato di competenza del primo pilastro, da regolare a suo avviso con direttiva. Riconosceva la Corte, in via di principio, che la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientravano nella competenza della Comunità. Concludeva peraltro in questo modo la sua decisione: «Quest’ultima constatazione, *non può tuttavia impedire al legislatore comunitario*, allorché l’applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una *misura indispensabile di lotta* contro violazioni ambientali gravi, *di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale* degli Stati membri e *che esso*

Non meno clamorosa, per il diritto penale nazionale, è stata *la vicenda Taricco*.

La prima *sentenza 8 settembre 2015 della CGUE, in causa Taricco*, imponeva ai giudici italiani in nome della *lotta alle frodi UE* (art. 325.1 TFUE) e del *principio di assimilazione* (art. 325.2 TFUE) di applicare una *prescrizione penale-tributaria peggiorativa costruita giudizialmente e in forma retroattiva rispetto a reati di frode fiscale* commessi prima di una nuova regola della prescrizione a formazione giudiziaria¹⁴. Una richiesta inusitata, *contraria al principio costituzionale di riserva di legge (art. 25 cpv. Cost.) che vieta ai giudici di diventare legislatori*.

Era, questa, una *tipica espressione letterale e sostanziale del diritto penale di lotta*. Il termine lotta o lottare compare in quella decisione 5 volte, mentre il verbo combattere è usato 10 volte. Così il punto 37: «l'articolo 325 TFUE obbliga gli Stati membri a lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive e, in particolare, li obbliga ad adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari (v. sentenza Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 26 e giurisprudenza ivi citata)».

La CGUE riteneva peraltro che l'articolo 161, secondo comma, del codice penale stabilisse (nel testo del 2015) termini di prescrizione più lunghi per alcuni reati associativi, ma non per il reato di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di evasione dell'IVA. Poiché, secondo la Corte, nei procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di IVA l'interruzione della prescrizione comportava il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale, ciò pregiudicava gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE. Spettava al giudice nazionale verificare tale discrepanza e l'obbligo di *dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali* che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE».

ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente» (punto 48, corsivi aggiunti). Giungeva così all'annullamento della decisione quadro in vista dell'adozione di una direttiva.

¹⁴ Rinvio per tutti ai lavori raccolti nei due volumi A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017; A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, nonché alla collettanea C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, Giuffrè, 2018.

La *Corte costituzionale*, investita del caso, emette *una prima ordinanza* (ordinanza Corte cost. n. 24 del 2017) con la quale chiede alla CGUE se la sua decisione intenda imporre allo Stato italiano di violare principi costituzionali fondamentali come il divieto di retroattività che in Italia si applica anche alle norme sulla prescrizione che siano nuove e più sfavorevoli¹⁵.

La CGUE, con la *seconda sentenza 5 dicembre 2017 della Grande Sezione*, risponde che comprende che ciò non è ammissibile per la Costituzione italiana e pretende che quanto chiesto al giudice valga comunque, *ma per il futuro* (cioè dal tempo della prima sentenza della CGUE, l'8.9.2015).

Il giudice, in futuro, dovrebbe comunque applicare una regola ridefinita dalla CGUE, che possiamo chiamare (come fa la stessa Corte cost.) la "*regola Taricco*": «*l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato*».

Chiude la controversia *C. cost. 10 aprile-31 maggio 2018, n. 115*, nel caso M.A.S. e M.B., affermando che anche solo per il futuro *il giudice italiano non può costruire nuove prescrizioni in via interpretativa*, essendo *compito del legislatore, perché la legge applicabile (la "regola Taricco") sarebbe indeterminata*. In particolare ci sarebbe una violazione della stessa determinatezza delle regole ricostruite dalla CGUE come regole per il giudice, ma anche per il cittadino. Infatti, mentre la regola del Trattato, l'art. 325.1 e .2 TFUE, ha come destinatario il legislatore anche se la CGUE la pensa

¹⁵ Così il par. 8 dell'ordin. C. cost. n. 24/2017: "L'impedimento del giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata dalla Corte non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell'Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, in sé estranea all'ambito materiale di applicazione di quest'ultimo, che *l'ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità*, espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost. *È questa una qualificazione esterna rispetto al significato proprio dell'art. 325 del TFUE, che non dipende dal diritto europeo ma esclusivamente da quello nazionale*".

diretta anche al giudice, la “regola Taricco” della CGUE (sopra richiamata come obbligo del giudice) “è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall’art. 25, secondo comma, Cost.” (§ 10 sent. 115/2018), volendo applicare al consociato direttamente una norma del Trattato essa stessa indeterminata (l’art. 325.1 e 2 TFUE) per il cittadino, che avrebbe dovuto poterla comprendere *ex ante*, ben prima della sentenza della CGUE.

Al di là della motivazione della sentenza della Corte, basata sulla violazione del principio di determinatezza contenuto nell’art. 25 cpv. Cost., *la violazione dell’art. 25 cpv. Cost.* da parte della CGUE e delle sue innovazioni normative per i giudici italiani discendeva già dal *principio di divisione dei poteri che la riserva di legge contiene*: il divieto di costruire o di applicare in via interpretativa regole nuove riservate al Parlamento, tale essendo la costruzione di un *nuovo termine di prescrizione* ritenuto più adatto alla “lotta” alle frodi IVA, e in precedenza previsto dalla legge solo per alcuni e ben diversi reati.

12. L’eredità del caso Taricco

Quanto descritto nel precedente paragrafo è emblematico di *tutta una cultura*, che misconosce che *la giurisdizione non è uno strumento di “lotta”*, anche se può esserlo *la legge* penale nel suo uso politico e preventivo. Quando dalla dimensione politica del diritto socialmente motivante si passa a quella giuridica della decisione responsabilizzante, l’imperativo di non usare il singolo come mezzo per finalità impersonali, di “scambiare” responsabilità (personale) e prevenzione (generale), secondo il dettato dell’art. 27, co. 1, Cost., vieta che il momento della lotta contro un fenomeno generale trovi ingresso specifico nella concretizzazione della decisione del giudice sulla responsabilità individuale. Regola di valenza non solo nazionale, peraltro.

Molteplici ragioni sorreggono questo divieto:

- a. la *giurisdizione* non è adatta al contrasto contro *fenomeni generali* perché decide domande sui singoli. Ciò dipende già dal *principio della domanda*, dal carattere individuale del meccanismo processuale in genere: l’azione penale riguarda responsabilità personali di individui per fatti “consumati” del passato. Non ci sono *class actions* in diritto penale e quando ci sono in via di eccezione (per es. i maxiprocessi) esse distorcono di norma le regole della giurisdizione.

b. La *prevenzione generale*, in una logica di lotta, *divora colpevolezza, proporzione, rieducazione* etc., trattando sempre i singoli come mezzi, non come fini, o richiede motivazioni occulte, presunzioni, inversioni di oneri probatori, omessi controlli di garanzia. Tutto questo è *una perversione della giustizia penale*.

c. *L'uso delle norme penali come mezzi di contrasto verso fenomeni "generalisti"* non solo trasforma un diritto di giustizia individuale in un diritto prima di lotta e poi del nemico, ma *muta il dna del giudicante*, che ormai è necessariamente *parte del conflitto, non più terzo imparziale*.

L'inserimento di scopi giuridici di lotta dentro al momento giurisdizionale del diritto viola l'art. 111, co. 2 Cost.: "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, *davanti a un giudice terzo e imparziale*". Il giudice non "lotta", perché ciò gli farebbe perdere la posizione di terzietà e la serenità di un giudizio imparziale: la lotta possono compierla la polizia, e in parte il pubblico ministero. L'azione di contrasto rimane dunque una *mera funzione* del diritto penale nel suo momento giudiziario, *non uno scopo* che il *giudicante* può perseguire, perché in tal caso perderebbe la sua terzietà.

13. Sussidiarietà e proporzione come principi di garanzia?

A dispetto delle deviazioni descritte, *il diritto penale europeo è ispirato ai principi di proporzione e di sussidiarietà europea* (art. 5 TUE e Protocollo n. 2)¹⁶.

Li abbiamo ritenuti in passato un illuminato paradigma europeo di garanzie, perché esigono collaudi empirici, leggi motivate. *Illusione*.

Anch'essi, infatti, sembrano *compatibili con una cultura espansionista e bellica: servono a meglio rafforzarla, perché la loro capacità limitatrice è ben modesta rispetto alla più importante sussidiarietà, che è quella penale* (ultima ratio), che a sua volta è altrettanto poco motivata e collaudata.

Esclusi i settori di competenza esclusiva, se la competenza è – come di regola – concorrente, il diritto penale europeo interviene solo in funzione sussidiaria rispetto a quanto già compiono gli ordinamenti nazionali. Ciò posto, è chiaro che i suoi precetti già esistono (se sono pensanti almeno come coesistenti) negli Stati: se un precetto fosse

¹⁶ A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), V. GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, 39 ss. (anche in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 15 ss.).

davvero originario, non si vedrebbe come effettuare una valutazione di sussidiarietà europea. Lo stesso vale in realtà per *l'extrema ratio* penalistica, che è un altro tipo di sussidiarietà: se un precetto è originariamente penale, se un illecito giuridico nasce penale, al di là del recinto dei *crimina iuris gentium* e dei delitti naturali, il collaudo di *extrema ratio* appare eluso. Ecco perché il vincolo dell'*ultima ratio* è compatibile, a parte l'eccezione appena rilevata, con un diritto penale accessorio, sanzionatorio di precetti consolidati, non di precetti del tutto nuovi.

Ma quanta selezione reale abbiamo visto nell'espansione degli ultimi decenni?

Orbene, il diritto penale europeo nasce ideologicamente entro un programma di disciplina punitiva integrata con quella regolativa di una materia di cui suppone la presenza, ma governa come vuole, con proporzioni sempre nuove, l'affermata insufficienza di questa disciplina. Le due sussidiarietà, europea e penale, sono assai più una copertura ideologica che criteri operativi reali per la costruzione delle fattispecie. La proporzione è insostituibile, ma vale come idea-guida, non certo quale *criterio*, esposta com'è ai raffronti più relativistici con le realtà normative esistenti.

14. Conclusioni

Mi piacerebbe chiudere con un bilancio più positivo in un momento che segue a una forte ripresa dei sovranismi¹⁷.

La nostra Corte costituzionale, nel complesso meccanismo del dialogo tra Corti, prospetta continuamente diverse declinazioni dello spazio per un controllo più accentrato o più diffuso e alternativo delle violazioni di principi che siano riconosciuti sia dalla Costituzione nazionale e sia da fonti sovranazionali UE e del TDFUE.

Sono i casi c.d. di *overlapping protection* (cfr. C. cost. n. 63/2016, 269/2017, 20/2019, 63/2019). Abbiamo così una doppia schiera di guardiani della legalità europea dei diritti, oltre al controllo diffuso da parte dei giudici ordinari. Che siano tutele rinforzate di diritti, invece che autotutele di ruoli istituzionali, non è ancora molto chiaro.

Fino a oggi, i successi europei, in termini di garanzie, sono stati *penalistici* sul versante della Cedu¹⁸ mentre, in termini di tutela degli interessi UE, s'è trattato soprattutto di successi *extrapenali*. Una crescita di sicurezza e protezione di diritti mediante

¹⁷ A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Napoli, Jovene, 2019.

¹⁸ A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art. 7)*, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, Padova, Cedam, 2001, 249 ss.; ID., *Il*

il *ius europaeum* in generale ha coinvolto anche gli studiosi europeisti in questo grande disegno (§ 3). Le garanzie sono state peraltro funzionali a progetti espansionistici del penale e non solo della sicurezza: il diritto penale UE vive una sovraesposizione da aspettative di tutela, governato come un *maquillage* dai principi di proporzione e sussidiarietà.

Esso spazia oggi dai macrocrimini transnazionali a pronunciata offensività delle incriminazioni dirette (art. 83 TFUE) o in settori “armonizzati” (art. 83.2), comprensivi degli interessi finanziari UE, ai più vasti settori delle molteplici “sicurezze” sul versante delle incriminazioni indirette tradizionali (non mediante direttive, ma effetto di decisioni-quadro penalistiche o di legislazione comunitaria del vecchio terzo pilastro).

Una concezione molto attivistica del ruolo giurisdizionale in varie occasioni o in documenti fondamentali ne ha messo in discussione o in crisi la terzietà, modificando gli attori del diritto e della stessa sua costruzione ermeneutica, oggi meno aristocratica ma anche più burocratica.

La stessa “scienza penale” ha conosciuto, nel contesto dell’europeismo giudiziario, un mutamento importante dei suoi attori, perché molti prodotti normativi nascono *ius* (con una ermeneutica e argomentazione coesistente al comando) e non solo *lex* (§ 8) e i costruttori di una politica criminale “ragionata” sono più i giudici degli accademici (§ 10).

Una scienza che lotta, peraltro, salvo che ciò avvenga per i principi di garanzia che presiedono al suo statuto (§ 2), non è più accettabile di un giudice lottatore (§ 12).

La nascita del diritto penale UE in senso stretto, col sorgere congiunto di precetto e sanzione penali (§ 4), dopo e accanto al diritto europeo dei principi (§ 5, 6, 7, 9), appartiene a una fase ancora diafana della potestà punitiva e soprattutto delle garanzie. La mancanza di uno Stato dell’Unione (valore ideale e non solo economico) e di un esercito europeo non può che riflettersi sulla dimensione coercitiva del diritto, ciò che lo rende forza e non solo cultura umanistica. È racchiuso in tali problematiche ora riassunte lo stato dell’integrazione europea che mi appare oggi più rilevante e meritevole di riflessione per la scienza penale.

principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 674 ss.