

Luciano Eusebi**

SOMMARIO 1. Necessiterebbero norme europee all'altezza del diritto penale 'migliore'. — 2. L'interventismo, sul tema, delle istituzioni euro-unitarie non è nato attraverso la presa in carico della questione penale nel suo complesso. — 3. Il contenuto *liquido* della richiesta di sanzioni 'adeguate, proporzionate, efficaci, dissuasive'. — 4. La deriva inusitata dell'ipotesi di un giudice nazionale eretto dalla Corte di giustizia a riformatore delle norme di legge interne. — 5. Il caso 'Taricco': una vicenda davvero chiusa? — 6. Il diritto penale europeo non può investire la sola 'parte speciale'.

1. Necessiterebbero norme europee all'altezza del diritto penale 'migliore'

Una riflessione critica può essere costruttiva. E non può non esserlo con riguardo alle norme di rilievo penale provenienti dalle istituzioni dell'Unione Europea: norme che sono chiamate a porsi in linea con le garanzie liberali faticosamente acquisite nei sistemi giuridici su cui incidono, ma anche con la ricerca, essa pure faticosamente avviata in vari Paesi, di modalità dell'intervento penalistico, e in genere della politica criminale, le quali si affranchino dallo schema inveterato della prevenzione mediante retribuzione.

In una parola, quelle norme devono porsi all'altezza del diritto penale *migliore*. O, se si vuole, di una progettazione *migliore*, in forza di elementi condivisi a livello europeo, del diritto penale così come applicato nei diversi Paesi dell'Unione. Non si tratta, allora, di definire un minimo comun denominatore europeo della penalità da ricondursi alla visione classica del diritto penale, quasi che quest'ultima resti deputata, comunque, a indicarne una sorta di *zoccolo duro*: per giunta soggiacente alla tentazione di liberarsi da *laccioli* garantistici nazionali ritenuti troppo stretti, in nome di un'efficienza preventiva che talora non sembra voler abbandonare la fiducia aprioristicamente riposta nella prevenzione generale intesa come deterrenza.

* Testo riveduto della relazione svolta nell'ambito del Corso di perfezionamento in diritto e procedura penale su "*Europa e diritto penale*" presso l'Università degli Studi di Firenze il 9 aprile 2021.

** Ordinario di diritto penale nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Si tratta di domandarsi, pertanto, se le norme europee debbano concentrarsi nell'imporre entità predefinite di pena, specie nel minimo, rispetto a certe tipologie di reato, o debbano proporre (anche) obiettivi di miglioramento complessivo delle strategie politico-criminali, delle regole di un processo equo, così come pure dell'attitudine riparativa e risocializzativa delle sanzioni.

D'altra parte, la prospettiva critica, rispetto al tema in esame, si rende più costruttiva e credibile in quanto si radichi, com'è per chi scrive, entro il quadro di un europeismo convinto, derivante dalla circostanza che l'idea europea rappresenta un *unicum* nella storia moderna e, forse, il modello più credibile per un mondo pacificato nel futuro.

In forza di tale idea, infatti, Paesi contraddistinti da forti identità nazionali e, dunque, da percorsi storici, lingue, assetti istituzionali diversi (così da essere stati sovente, lungo i secoli, in guerra fra loro), si sono aggregati non per conquista dell'uno rispetto ad altri, ma per convergenza spontanea.

Se in un domani lontano vi sarà un mondo unito, sarà stata questa, può ritenersi, la via percorsa onde conseguire simile risultato. Posto che il perseverare lungo la strada opposta della competizione e dei conflitti rischia di condurre a quella distruzione totale della civiltà umana che, non lo si dimentichi, dopo il 1945 si è resa per la prima volta possibile. E continua a rappresentare, in ogni caso, motivo di sofferenza, ingiustizia o guerra in molte parti del mondo. Avendo costituito causa non ultima, fra l'altro, delle stesse modalità inadeguate di controllo alla sua origine della pandemia Covid-19 tuttora in corso.

Tanto che, alla luce degli sviluppi oggi constatabili, non si può non riguardare con rammarico, per esempio, l'occasione perduta di una possibile adesione progressiva della Turchia all'Unione, in un primo tempo coltivata ma poi, in modo miope, lasciata cadere. Né dovrebbe dimenticarsi che per un istante solo s'era perfino vagheggiata l'eventualità di un'adesione della Federazione Russa.

Ma affinché l'Europa rappresenti, nel mondo, un punto di riferimento aggregatore – se non subito sul piano politico, su quello anteriore, di carattere giuridico-culturale – occorre che essa sia il luogo dei diritti umani, della corresponsabilità sociale, di un modello diverso circa il rapporto coi Paesi più poveri, del rifiuto di quella che papa Francesco, con un'espressione ormai invalsa, ha definito la *cultura dello scarto*. E, per quanto ci riguarda, che sia il luogo di un diritto penale non populistico: inserito in un contesto di politica sociale, piuttosto che utilizzato per surrogarne la necessità. Il luogo di un sistema rivolto al contrasto dei reati che, nel solco di Beccaria, non

persegua intenti di ritorsione punitiva simbolica, che coltivi le garanzie processuali e che non dismetta le regole derivanti da quel vero e proprio caposaldo paradigmatico della democrazia reperibile nel principio della divisione tra i poteri.

2. L'interventismo, sul tema, delle istituzioni euro-unitarie non è nato attraverso la presa in carico della questione penale nel suo complesso

Ha saputo collocarsi in un simile orizzonte, finora, il c.d. diritto penale europeo? In effetti, no. Ma al di là dei profili discutibili inerenti a specifiche deliberazioni degli organi europei relative sia all'ambito normativo, sia a quello giudiziario, il problema è strutturale.

Il diritto penale europeo non è nato, come i diritti penali nazionali, nel quadro di una problematizzazione pur faticosa, pur incompiuta e pur realizzatasi per tappe, circa la natura del diritto penale come *arma a doppio taglio*: e, dunque, circa i beni suscettibili di tutela, circa le strategie politico-criminali da attuarsi, circa i principi liberali – *in primis*, legalità, offensività, colpevolezza – che rendono tale materia *diritto* e non soltanto pratica di polizia, circa le tipologie di pena e le loro finalità, circa le garanzie processuali.

La gestione di questi temi il diritto penale europeo l'ha ritrovata come già fatta propria – pur se in maniera disomogenea e sempre perfettibile – negli ordinamenti interni dei singoli Paesi aderenti all'Unione. Per cui ha potuto strutturarsi, inizialmente in sordina, come diritto penale, se vogliamo, *di parte*, fatto valere da un soggetto nuovo, dotato di potestà normative, rivendicante tutela. Dal che un apparato di norme penali europee costruito, soprattutto, per richiedere agli Stati – ma successivamente per imporre – forme di estensione della tutela penale riferite al nuovo soggetto europeo o, comunque, a interessi reputati di rilievo sovranazionale. Sebbene quelle norme abbiano agito, talora, anche dilatando l'ambito delle condotte lecite rispetto a pregresse fattispecie incriminatrici statuali limitative di libertà riconosciute dalle norme europee.

Il diritto penale europeo, dunque, non ha preso vita facendosi carico della questione penale nel suo complesso e non ha elaborato un sistema europeo di ponderazione degli interrogativi che la riguardano. Né lo avrebbe potuto fare, data l'assenza nell'ambito europeo della centralità di quel luogo naturale deputato a valutare simili temi che è – ed è bene che rimanga, pur con tutti i suoi limiti – il Parlamento. Sul quale dovrebbero refluire, oltre al contributo della dottrina penalistica, le istanze di

tutti gli attori interessati al ruolo del diritto penale: senza che nessuno di simili attori prevalga.

Il destino di un vero sistema penale europeo sembra pertanto da ricollegarsi in primo luogo all'evolversi delle forme di espressione della democrazia rappresentativa a livello euro-unitario.

Parallelamente, l'Unione europea non avrebbe potuto farsi carico della questione penale nella sua interezza anche per la carenza, tuttora, di politiche europee coordinate in settori decisivi di un'organizzazione fra Stati che ambisca a essere davvero unitaria: dall'ambito economico, a quello fiscale, a quello del welfare, a quello socio-sanitario, a quello stesso della difesa. E, in tal senso, anche per la connessa irreperibilità di una (vera) politica criminale europea, che non può esaurirsi, come già si diceva, nella mera richiesta di incriminazioni.

Incompiutezze, queste, forse non evitabili in un processo di portata storica alquanto complesso, ma che non possono essere rimpiazzate da un'integrazione ricercata prioritariamente sul piano penale: se il diritto penale, infatti, non risulta inserito nel suddetto contesto più esteso di un sistema politico che realizzi una gestione integrata della realtà sociale, finisce per riprendere i connotati originari pre-illuministici di strumento inteso a un'espressione, autoreferenziale, del potere.

Ma un manifestarsi dell'Unione, attraverso il diritto penale, in questi termini si porrebbe in antinomia rispetto alla sua stessa ragion d'essere, compromettendone l'autorevolezza nei confronti dei cittadini europei e finendo per dare il destro ai sovranismi nazionali: che, in tal modo, potrebbero continuare ad accreditarsi, come da tempo cercano di fare, in funzione di argine rispetto a un potere europeo percepito dall'opinione pubblica *lontano*, in quanto espresso, soprattutto, attraverso *obblighi*, la cui determinazione, in aggiunta, non appare riconducibile alle procedure ordinarie delle istituzioni democratiche.

3. Il contenuto *liquido* della richiesta di sanzioni 'adeguate, proporzionate, efficaci, dissuasive'

Sono queste le ragioni per cui l'ambito delle norme penali, in un primo tempo, aveva mantenuto un comprensibile ruolo secondario nella costruzione euro-unitaria, in favore dell'impegno comune relativo, piuttosto, all'accertamento dei reati. Quantunque sarebbe stato utile privilegiare, fin dall'origine, il condividere strategie preventive di tipo primario: le quali invece, per molti versi e per paradosso, non sono

state adeguatamente coltivate, come può evincersi, per esempio, dalla fatica tuttora constatabile nel rendere uniformi, in Europa, le discipline intese a ostacolare il riciclaggio di danaro proveniente da delitto o a contrastare il sussistere di sistemi nazionali che offrano un eccesso di privilegi in materia fiscale o con riguardo alla trasparenza bancaria.

Successivamente, tuttavia, s'è assistito a un crescente interventismo europeo nella materia penale: sia sul piano normativo, sia sul piano del ruolo assunto dalla Corte di giustizia.

Risulta in qualche modo paradigmatica da questo punto di vista, come sappiamo, la sentenza della Grande sezione del 13 settembre 2005, nella causa C-176/03, attraverso la quale, trattandosi di un conflitto tra la Commissione UE e il Consiglio, si fece valere già prima della riforma dei Trattati, in nome dei c.d. poteri impliciti, la legittimità del ricorso a direttive in materia penale per finalità di tutela dell'ambiente.

Il che accadeva, si noti, proprio nel medesimo contesto temporale in cui i referendum francese e neerlandese vanificavano il progetto della Costituzione europea.

Veniva con ciò a determinarsi nel contesto europeo un attivismo penale, esercitato per via diretta o indiretta, *senza un diritto penale*. Attivismo icasticamente stigmatizzato nel 2014 da Carlo Enrico Paliero, manifestando la «sensazione [...] che lo stigma criminale, nella progettualità criminalpolitica unitario-europea, funga da perimetro delimitativo [...] per stabilizzare una figura di 'good fellow' comunitario [...] che della κοινή europea incarna l'Idealtipo 'antropologico' destinato a fungere da testimonial e icona dell'Istituzione stessa – in qualche misura così, a sua volta, 'antropomorfizzata'»¹.

Si è trattato, in particolare, di una normazione rivolta soprattutto a penalizzare condotte offensive di interessi considerati rilevanti per l'Unione europea, ma disancorata da una premura europea rispetto a tutti i fattori in gioco circa l'utilizzo dello strumento penale: fattori che si oppongono, nel loro complesso, ad approcci politico-criminali *prima facie*, fondati sulla mera deterrenza.

Un indirizzo, questo, che s'è reso tanto più problematico nel momento in cui il suddetto attivismo non ha espresso più l'intento di volersi esercitare entro l'ambito della contemperazione fra richieste di tutela e principi – sia di carattere garantistico, sia in ordine alle scelte sanzionatorie – propri degli ordinamenti nazionali, ma ha intrapreso la via del dettare agli Stati le modalità stesse della penalizzazione.

¹ Cfr. C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1121.

Si pensi, per esempio, alla reiterata litanìa consistente nella richiesta, in merito a determinate tipologie criminose, di norme sanzionatorie *adeguate, proporzionate, efficaci, dissuasive*. Espressioni delle quali nessuno – mancando un substrato normativo e dogmatico di riferimento per il diritto penale di matrice europea – saprebbe verosimilmente indicare il significato e la portata effettivi: così che di quei termini si rende agevole la lettura più superficiale.

Da cui il rischio della deriva in ambito europeo – come rimarca Massimo Donini – verso un diritto penale *di lotta*, tendente ad arruolare per i suoi fini tutti gli operatori, nei diversi Paesi, del c.d. diritto vivente: senza una visione circa le sanzioni che rivendica e circa gli stessi requisiti necessari per applicarle². Rimanendo con ciò in uno sfondo lontanissimo, nell’elaborazione penale europea, gli stessi progetti miranti a diversificare le modalità del punire.

Né potrebbero trascurarsi, in questo contesto, le modalità attraverso le quali il diritto europeo incide sulla materia penale, come ben si sa e già rilevavamo, con minore evidenza ma con non minore efficacia: si pensi solo al riconoscimento, per esempio, di norme cautelari aventi fonte europea, che inevitabilmente non tengono conto del loro rilievo alquanto differenziato nei sistemi penali interni con riguardo, soprattutto, alla responsabilità colposa.

Oppure si pensi a possibili effetti dilatativi della normazione europea nell’operatività del reato omissivo improprio, data la nota tendenza all’espansione delle posizioni di garanzia rilevanti ai sensi dell’art. 40, co. 2, c.p. (come si evince, per esempio, dal rilievo che è stato attribuito in giurisprudenza anche a obblighi di natura civilistica).

4. La deriva inusitata dell’ipotesi di un giudice nazionale eretto dalla Corte di giustizia a riformatore delle norme di legge interne

L’interventismo penale europeo si è reso possibile, peraltro, non soltanto in forza del carattere sovraordinato proprio, rispetto al diritto degli Stati, di determinati atti normativi europei (le stesse direttive, come ben si sa, lasciano ben scarsi margini di scelta ai Parlamenti nazionali), ma anche in forza del dato per cui sull’interpretazione e sulla sfera applicativa di quegli atti decide la Corte di giustizia dell’Unione.

² Cfr. M. DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni “punitive” della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*, in *Diritto penale contemporaneo* (<https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>), 3 aprile 2018, pp. 1-28.

Ciò che ha creato un inedito rapporto diretto tra la Corte di giustizia quale voce autentica dell'Unione (attraverso letture insindacabili delle norme europee che ne tutelano gli interessi), da un lato, e il singolo giudice nazionale, dall'altro, cui tale Corte è giunta ad attribuire poteri di riscrittura delle norme di legge interne. Salva solo – rispetto allo sgretolamento, in tal modo, dei canoni di legalità e di divisione dei poteri – la possibile rivendicazione di *controlimiti*, fondati sui principi basilari delle Carte fondamentali, da parte della Corte costituzionale dell'uno o dell'altro Paese.

Condizione, questa, la quale delinea un rapporto del tutto sbilanciato, in favore della prima, tra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali: elemento, invero, alquanto problematico, poiché mentre la Corte di giustizia resta essenzialmente, seppur non esclusivamente, un organo di affermazione e di tutela degli interessi facenti capo all'Unione (ciò, soprattutto, per la mancanza di una Carta costituzionale dell'Unione stessa, della quale non fanno le veci né la Carta di Nizza, né la Convenzione europea dei diritti dell'uomo), solo le Corti costituzionali risultano preposte, invece, alla salvaguardia di interessi, o meglio di diritti, *in generale*. Per cui il soccombere delle Corti costituzionali corre il rischio di coincidere col soccombere del rilievo paritario di quei diritti (anche di quelli degli imputati) rispetto agli intenti europei di *lotta* verso talune tipologie di reato.

Rischio che si è accentuato attraverso un'interpretazione molto dilatata, tale da favorire la competenza europea, dell'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, secondo il quale, al n. 1, «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione [stessa] nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»³.

Dato, infatti, che ormai molta parte del diritto interno può essere ricondotto anche all'ombrello di norme euro-unitarie, s'era finito per adombrare, sulla base di quella norma, una sorta di competenza esclusiva in tale ambito della Corte di giustizia (essendosi constatata, fra l'altro, una diminuzione del contenzioso presso la Corte costituzionale italiana: anche in rapporto, tuttavia, al ruolo assunto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo). Un indirizzo al quale opportunamente la Corte italiana s'è opposta con una serie di pronunce e da ultimo, in particolare, con la sentenza n. 117/2019, a

³ Il quale precisa: «Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati».

questi fini molto chiara, che vale la pena rammentare nel suo nucleo: «sussiste la competenza della Corte costituzionale a vagliare gli eventuali profili di contrarietà delle disposizioni di legge nazionali alle norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) che il rimettente ritenga di sottoporle»⁴.

Un ruolo, quello assunto dalla Corte di giustizia, il quale sconta, peraltro, un'ulteriore problematica di fondo: alla mancanza di un codice penale europeo – un codice, cioè, delle incriminazioni, ma anche dei diritti, in ambito sostanziale e processuale, di chi risulti indagato – si affianca, infatti, la mancanza di un'elaborazione teorico-dogmatica, di respiro euro-unitario, circa le categorie, le finalità, i criteri sanzionatori propri del diritto penale.

Si tratta di un quadro complessivo che ha finito per conferire alla giurisdizione europea competenze di fatto legislative, il cui esito ultimo, come si diceva, è il rapporto diretto fra giudice euro-unitario e giudice applicatore del diritto nei diversi Paesi: senza più un ruolo autonomo – nemmeno in termini di mediazione rispetto alle direttive europee – dei Parlamenti. Secondo un preteso parallelismo, che tuttavia non funziona affatto, con i sistemi di *common-law*, nei quali, com'è noto, il livello della discrezionalità giudiziaria è assai inferiore di quanto, retoricamente, si vorrebbe far credere.

In un tale contesto la parola magica, o la formuletta pigra, che consente qualsiasi fluidità euro-giurisprudenziale è quella del *bilanciamento*: bilanciamento che si rivela nozione delicata già sul piano legislativo, laddove apra alle ricorrenti tentazioni di fluidificare la rilevanza degli stessi diritti inviolabili dell'uomo rispetto a esigenze di

⁴ Così il prosieguo: «I principi e i diritti in essa enunciati intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri), sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla CDFUE. In tali ipotesi, la Corte costituzionale potrà valutare se la disposizione censurata violi le garanzie riconosciute, al tempo stesso, dalla Costituzione e dalla Carta, attivando il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ogniqualvolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta; e potrà, all'esito di tale valutazione, dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, rimuovendo così la stessa dall'ordinamento nazionale con effetti erga omnes. La sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera un concorso di rimedi giurisdizionali, che consente alla Corte costituzionale di contribuire a rendere effettiva la possibilità che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione (vi torneremo) fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia, affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico». (Precedenti citati: sentenze n. 20 del 2019, n. 63 del 2019 e n. 269 del 2017; ord. n. 24 del 2017).

rango differente, ma che – ove venga eretto a criterio decisionale proprio della giurisprudenza, ancorché di quella autorevolissima europea – implica una funzionalizzazione dei casi giudiziari concreti a pretese esigenze di politica criminale *prima facie*, o se si vuole di mera *lotta*.

5. Il caso ‘Taricco’: una vicenda davvero chiusa?

Di tutto ciò il caso Taricco costituisce, ovviamente, l'esempio emblematico, insuscettibile d'essere archiviato per il mero fatto che il suo esito è stato reso non dirompente grazie alla gestione operata con oculatezza dalla Corte costituzionale italiana: la quale ha saputo porre all'angolo, almeno a prima vista, la Corte di giustizia dell'Unione domandandole retoricamente, a rima inevitabile, se veramente con la (prima) sentenza Taricco avesse voluto andare contro l'insieme dei principi riassumibili in quello di legalità.

Non può trascurarsi, infatti, come nella sua seconda pronuncia la Corte di giustizia abbia pur sempre avanzato l'idea che quanto richiesto al giudice nazionale con la prima delle sue pronunce sul caso Taricco dovesse valere comunque *per il futuro* rispetto alla medesima, quasi che il problema fosse solo di irretroattività dei suoi assunti e non di sconvolgimento radicale del principio inerente la divisione dei poteri: forte anche del fatto che qualche solerte giudice italiano s'era affrettato ad agire, dopo la prima sentenza, nel senso prospettato dalla Corte di Lussemburgo.

Questione almeno momentaneamente chiusa, poi, dalla Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 115/2018 (ma senza un riscontro adesivo della Corte di giustizia), rilevando che anche per il futuro il giudice italiano non potrà costruire autonomamente termini nuovi di prescrizione, essendo questo un compito del legislatore⁵; e con ciò evitando – attraverso la ovvietà di una conclusione conforme al principio della

⁵ Sebbene, come rileva M. DONINI, *Prescrizione ibrida, cosa prevede la nuova norma metà di diritto sostanziale e metà di diritto processuale*, in *Il riformista*, 14 luglio 2021, la riforma del processo penale ora approvata dal Consiglio dei ministri attribuirà per via legislativa al giudice, una volta concluso l'iter parlamentare, la valutazione discrezionale circa l'allungamento dei tempi processuali per determinati reati (così da evitare quella che è definita, formalmente, una causa di improcedibilità dell'azione penale): dimenticandosi, con ciò, come la Corte Costituzionale avesse «fatto barricate per evitare che la Corte di giustizia UE imponesse ai giudici nazionali di modificare la prescrizione *in peius* in corso di partita». Con la conseguenza per cui, deve ritenersi, la Corte costituzionale dovrà chiarire nel futuro «in quale misura l'art. 25, cpv., cost. ponga vincoli di garanzia contro riforme processuali retroattive, ma sostanzialmente punitive» (*ibidem*).

divisione tra i poteri – di sollevare espressamente il delicato problema dei *controlimiti* nel rapporto fra le due Corti⁶.

Esito il quale, però, non cancella la realtà della sfida – solo sospesa o definitivamente caduta? – insita nelle menzionate pronunce sul caso Taricco della Corte europea, consistente nell’aver ventilato la possibilità che per via giudiziaria europea, o più precisamente attraverso il rapporto diretto tra giudice europeo e giudice di uno dei Paesi facenti parte dell’Unione, si possa fare legislazione penale: a prescindere dal legislatore di quel Paese e in perfino contrasto con il medesimo.

Come se fosse plausibile una norma interna – supponiamo coniata dalla Corte costituzionale perché sarebbe inverosimile che fosse proposta dal Parlamento – la quale si rivolgesse ai giudici dicendo loro: *considerate la legge nulla più che una linea-guida, al massimo tenendone conto in motivazione, per cui ove non la riteniate efficace secondo una vostra valutazione delle esigenze di prevenzione (così come descritte, per ipotesi, dalla Corte stessa), modificatela pure in sede applicativa secondo ciò che meglio credete.*

Senza dubbio la si qualificherebbe come una norma eversiva. Ma il giudizio non può cambiare nel caso in cui un passaggio del genere venga ipotizzato dal pulpito europeo. E lascia invero molto preoccupati il fatto predetto che alcuni giudici – forse solo perché soggettivamente convinti della opportunità di punire in un certo caso concreto e desiderosi di giungere a simile risultato – non abbiano colto, aderendo ad essa, il problema istituzionale di fondo che la prima sentenza Taricco della Corte di giustizia sollevava.

Se tuttavia a una tale pronuncia si è potuti addvenire e se ne sono evitati gli esiti solo per il salvataggio operato dalla Corte costituzionale, ciò deve indurre a riflettere sullo statuto attuale, e in genere sull’interventismo, del cd. diritto penale europeo. C’è qualcosa che in esso non ha funzionato e non funziona. E ciò deve preoccupare soprattutto coloro che si sentono europeisti convinti. Non ne deve derivare una diatriba tra penalisti filo-europei e penalisti (solo) europenalmente scettici: il problema va affrontato *perché esiste* e, come tale, accomuna, senza necessità di schieramenti a priori.

⁶ «In questa occasione la Consulta ha riaffermato in termini perentori alcuni fondamentali caratteri nel nostro diritto penale tra cui la testualità e la conseguente precisione linguistica degli enunciati normativi, la cui interpretazione non può essere creativa, ossia svincolata dai significati del segno, salvo che per gli effetti *in bonam partem*, i soli compatibili con la *ratio* garantistica del principio di legalità»: così F. GIUNTA, *L’europeizzazione del diritto penale*, in ID., *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “malalegalità”, dintorni*, ETS, Pisa, 2019, p. 172.

Si noti, del resto, che la Corte costituzionale nella vicenda Taricco ha tutelato anche l'Unione europea, il suo buon nome, e i suoi dichiarati fondamenti giuridici. Vale a dire, la sua stessa credibilità: «nell'ordinamento italiano come anche nell'ordinamento europeo – affermano infatti i giudici costituzionali – l'attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest'ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice».

Ed anche chi scrive ricordava alcuni anni orsono che, ai sensi dell'art. 2 del Trattato sull'Unione europea, questa si fonda – fra gli altri valori «comuni agli Stati membri» – sul valore «dello Stato di diritto»: di cui non può non ravvisarsi come caratteristica qualificante la divisione dei poteri⁷.

Dunque, oggi l'equilibrio tra norme nazionali ed europee, in modo che possano risultarne assicurate la rispondenza del diritto penale applicato nei Paesi dell'Unione ai principi garantistici fondamentali di tale materia e la concreta finalizzazione rieducativa delle pene, non può che essere conseguito tutelando quella che la Corte costituzionale individua come leale collaborazione tra le Corti, senza prevaricazioni o fughe in avanti di provenienza europea. Ma anche attraverso un autodelimitarsi dell'interpretazione conforme alle norme sovraordinate europee da parte giudice interno entro l'ambito dei *controlimiti* desumibili dalla Costituzione e della non utilizzazione di tali norme in *malam partem*.

L'apporto in materia penale di provenienza europea non dovrebbe mai comportare un *arretramento* dei sistemi penali interni rispetto ai suddetti obiettivi, bensì, al contrario, dovrebbe costituire un vincolo a che questi ultimi siano compiutamente recepiti da parte degli ordinamenti nazionali che tuttora manifestino, in proposito, profili di incompiutezza o di resistenza.

6. Il diritto penale europeo non può investire la sola 'parte speciale'

Rimanendo fermo, tuttavia, un problema di fondo: il diritto penale, per la sua intrinseca natura, non può che rappresentare espressione della *maturità* di un sistema

⁷ Cfr. L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza "Taricco"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 2, p. 43, nonché in C. PAONESSA-L. ZILLETTI, *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pacini Giuridica, Ospedaletto (Pi), 2016, p. 96.

giuridico: di un sistema, cioè, che abbia sistematizzato il quadro delle sue regole costitutive ed esista come sistema organico. In altre parole, la costruzione di un sistema giuridico nuovo, secondo l'ambizione di un'Unione politica europea, non può essere veicolata, come suo battistrada, dal diritto penale, né tantomeno da un diritto penale che s'identifichi con la richiesta di penalizzazioni e di pene.

Forse, allora, i penalisti di tale intera area geografica – soprattutto quelli più convintamente europeisti – dovrebbero avere la pazienza di muovere, offrendo il loro contributo insostituibile, dall'impegno rivolto in via prioritaria a una condivisione europea, ben più approfondita rispetto alle scarse norme già previste, dei principi della politica criminale e, nell'ambito di quest'ultima, dei principi del diritto penale: ciò costituendo aspetto non secondario delle scelte che identificano la qualità e il grado di civiltà di un nuovo assetto giuridico il quale miri a coordinare secondo un disegno comune le peculiarità degli ordinamenti nazionali⁸.

Si tratterebbe di muovere, pertanto, dalla ideazione dell'ipotetica 'parte generale' di un sistema penale europeo, prima che da una precipitosa rincorsa a definirne la 'parte speciale', senza fondamento teorico, garantistico e politico-criminale, e con la tentazione di eludere lo stesso reticolo, pur ampiamente perfezionabile, degli assetti codicistici, sostanziali e processuali, sedimentatisi nei singoli Stati.

Più che un freno all'evoluzione dell'idea europea, ne costituirebbe un incentivo.

⁸ Andrebbe in tal senso ripresa, approfondendola, la prospettiva del *Manifesto sulla politica criminale europea* redatto nel 2009 da un gruppo di penalisti provenienti da diversi Paesi dell'attuale Unione: v. H. SATZGER, *Le carenze della politica criminale europea. Appendice al manifesto del gruppo scientifico internazionale "european criminal policy initiative"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1278 ss.; L. FOFFANI, *Il "Manifesto sulla politica criminale europea"*, in *Criminalia*, 2010, pp. 657 ss.