

Fausto Giunta

SOMMARIO 1. Una parafrasi dantesca. — 2. Competenza e legittimazione. — 3. La materia penale tra diritto dell'UE e legislatore nazionale. La competenza indiretta. — 4. A proposito di disarmonie sanzionatorie e incoerenze politico-criminali: la direttiva c.d. PIF. — 5. L'efficacia delimitatrice e integratrice. — 6. Diritto dell'UE e giurisdizione nazionale. — 7. L'interpretazione conforme. — 8. Le (pre-) dinamiche (dis)applicative. — 8.1. La nozione di sottoprodotto. — 8.2. Il caso del “novellame”. — 8.3. La saga Taricco. — 9. Chiusa. — 10. La Corte “buona”. — 11. L'EPPO. — 12. Guardando al futuro, senza dimenticare il presente.

1. Una parafrasi dantesca

La gloria del diritto dell'Unione (europea) nell'universo (giuridico) penetra e risplende in una parte più e meno altrove.

La parafrasi dantesca mira a fissare un duplice e non opinabile punto di partenza. E precisamente: a fronte della crisi politica che sta scuotendo dalle fondamenta il progetto eurounitario (*ex multis*, M. Fragola, *L'Europa mortificata*, Torino, 2019, p. 79 s.), l'Europa del diritto si è da tempo espansa e consolidata. Ne è conseguita una rilevante modificazione degli ordinamenti nazionali sotto il profilo sia dei contenuti regolativi, sia delle logiche di funzionamento.

Per converso, non possono sottacersi le resistenze che l'avanzata del diritto unionista incontra sul terreno della giustizia penale, più agevole da armonizzare che da unificare, trattandosi di un settore nel quale la prospettiva dell'integrazione non può trascurare le differenze nazionali (in termini generali, F. Giglioni, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Pisa, 2012, p. 19 s.). Il diritto penale, in particolare, è ancora permeato da una tradizione statualistica, etichettata come domestica o sovranista, perché storicamente legata ad alcuni caratteri identitari tipici del concetto di nazione, quali il popolo, la lingua e il territorio. Volendo si può parlare di una controtendenza penalistica di fronte al generale processo di rovesciamento della sovranità da verticale a orizzontale (E. Frediani, *La produzione normativa nella sovranità “orizzontale”*, Pisa, 2010, p. 35 s.).

È a questo “altrove” – il cupo e arroventato “inferno” della punizione – che il

penalista rivolge quotidianamente l'attenzione, nella consapevolezza di operare in un ordinamento in continua trasformazione ed estroversione. Ciò non lo autorizza, tuttavia, a disperdere quella specificità culturale del settore penale, in virtù della quale le nuove istanze di tutela devono restare avvinte al catalogo delle garanzie, storicamente sviluppatesi sotto l'egida dello Stato nazionale, non più Leviatano, ma Stato costituzionale, che le eleva a principi fondamentali.

Da qui una precisazione non solamente nominalistica: se, sul piano della politica criminale, ossia delle scelte di parte speciale, in molti settori della vita economica e sociale si può oramai anteporre al diritto penale l'Europa quale sua dante causa, sul piano dello statuto garantistico, ossia della parte generale e dei principi costituzionali, occorre ancora muovere dal diritto nazionale e dal suo retroterra di civiltà giuridica consacrato a livello costituzionale. Un conto sono i campi di materia trapuntati dalla pena, un altro il diritto penale come tipo di disciplina.

Ciò significa che, per evitare esiziali distorsioni prospettiche, al momento l'associazione terminologica "Europa e diritto penale" va letta anche in modo speculare: "Diritto penale ed Europa", senza che la prima espressione ridimensioni la seconda, sottolineando, anzi, che entrambe sono complementari. Il diritto penale non è solamente prevenzione dei reati. È ad un tempo personalismo costituzionale applicato.

Detto altrimenti: sta mutando il rapporto di scala tra tutela e garanzia: la prima si apre all'Europa più della seconda. Rimane il valore del loro irrinunciabile bilanciamento funzionale. Nell'ambito della giustizia penale il sistema multilivello non può fare a meno di altrettante multigaranzie e dei necessari contrappesi di legittimazione, che sono al momento offerti, però, principalmente dal diritto interno. Solo con l'ottimale composizione tra le ragioni della tutela, da un lato, e quelle garantistiche, dall'altro, il diritto penale potrà esibire la pienezza di uno specifico statuto disciplinare europeo.

2. Competenza e legittimazione

Nel mondo del diritto la categoria della competenza interessa e connota, con i dovuti adattamenti, tutti i rami dell'ordinamento. Essa indica i settori regolati, i soggetti che sono abilitati a regolarli e le modalità del loro intervento regolativo.

Perlopiù il concetto di competenza contribuisce a definire i vari rami del diritto.

Sotto questo profilo il diritto penale e il diritto dell'Unione europea rappresentano delle eccezioni. Il loro punto in comune è di essere rami dell'ordinamento trasversali.

Il diritto penale non ha un campo di materia inteso come specifico settore d'intervento nella vita sociale. Esso si caratterizza piuttosto per il tipo di disciplina (T. Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2019, p. 2). Anche il linguaggio giuridico è tuttavia convenzionale. Non meraviglia pertanto che, secondo alcuni usi linguistici, la disciplina penale venga considerata essa stessa "materia", seppure *sui generis*. Da questa angolazione, privilegiata dalla giurisprudenza Cedu, la materia penale finisce per coincidere, allora, con la funzione di tutela del diritto punitivo e le sue tecniche di intervento, alla luce dei principi che bilanciano la prima con le seconde. "Se c'è un apriori questo non è tanto la *materia* penale quanto la *pena* (F. Palazzo, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è "sostanzialmente penale"?*, in M. Donini, L. Foffani, *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 10). Stante l'importanza dei beni in gioco, la competenza penale non può intendersi solamente come potere regolativo. Nella materia penale, la competenza assume il significato ulteriore di legittimazione, ossia come speciale autorizzazione dell'autorità fondata sul riconoscimento del suo valore razionale (A. Lippi, *Dinamiche di legittimazione politica*, Bologna, 2019, p. 84).

Il diritto dell'Unione europea sta perdendo le sue origini mercantili (che, nondimeno, di tanto in tanto riemergono) e di conseguenza la possibilità di essere definito in base alla natura dei rapporti regolati. Ciò che lo caratterizza è il suo finalismo normativo, ossia l'unificazione degli ordinamenti. Quanto ai mezzi per perseguirla, l'Unione europea si avvale di nuove fonti, tutte sovraordinate alla normativa interna, ossia espressione di una concezione gerarchica delle discipline astrattamente concorrenti.

La logica del diritto interno, che si fonda sul coordinamento tra discipline di vario rango, ruota sul concetto di competenza-potere. I conflitti tra fonti diverse trovano soluzione in base al criterio, nella sostanza autoritario, del loro posizionamento nella gerarchia delle fonti. L'ancoraggio del diritto penale al principio della riserva di legge restringe l'ambito della competenza-potere, con esclusione delle fonti regolamentari, ragion per cui può parlarsi di competenza-legittimazione a favore del parlamento monopolista. Per parte sua, il diritto dell'Unione europea rispetta l'edificazione del diritto penale sulla riserva di legge (nazionale), rivendicando unicamente un'attribuzione indiretta di competenza (G. Grasso, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2327), ossia un potere di intervento nella materia penale scompagnato da una legittimazione a produrre effetti punitivi direttamente a carico dei cittadini. In breve,

l'Europa del diritto può normare nella materia penale, limitatamente a settori di criminalità particolarmente grave e tassativamente elencati, con l'interposizione del parlamento nazionale cui compete dare attuazione (pena la procedura di infrazione) alle direttive di tutela penale derivanti, a norma dell'art. 83 TFUE, dal Parlamento europeo e dal Consiglio.

3. La materia penale tra diritto dell'UE e legislatore nazionale. La competenza indiretta

Il sistema di produzione giuridica dell'Unione europea è, in linea di principio, leggicentrico, ossia ancorato alla distinzione tra *ius facere* e *ius dicere*. Ciò non significa, però, che il modello legislativo europeo si ispiri alla tradizione del parlamentarismo. Nonostante che il Trattato di Lisbona abbia assicurato maggiore centralità al Parlamento europeo, la complessa procedura di codecisione (oggi: procedura legislativa ordinaria *ex art.* 294 TFUE) stempera ma non elimina l'impronta governativa della legislazione europea (C. Cupelli, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, p. 542 s.), e non supera la risalente critica che attiene al deficit di democrazia della produzione normativa eurounitaria (P. Velten, *Diritto penale europeo*, in *Criminalia*, 2006, p. 150). La "qualità democratica" della norma europea è ancora lontana dall'essere ottimale (E. R. Belfiore, *Le incursioni della normativa europea nel diritto penale interno*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, p. 17 s.). La decisione politica proviene, in misura significativa, da organi certamente democratici, ma non direttamente rappresentativi del corpo elettorale, come tali ammessi solo in via di eccezione, dalla nostra Costituzione, a produrre atti aventi forza di legge nel campo penale. D'altro canto non consola e non giustifica lo strappo al principio della riserva di legge la pur innegabile constatazione che nella nostra esperienza nazionale si sia abusato della legislazione penale governativa (C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2017, p. 27 s.). La misura delle garanzie – in questo caso quella del *favor libertatis* – non può essere affidata alla logica della concorrenza al ribasso.

La competenza penale indiretta del diritto dell'UE non smentisce la perdurante centralità della riserva di legge, ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost., la quale risulta anzi funzionale all'attuazione degli obblighi di penalizzazione, che richiedono la collaborazione del parlamento nazionale.

Questi rilievi aiutano a comprendere meglio le ragioni della crisi che la riserva di legge in materia penale sta vivendo soprattutto in Italia, le quali risiedono solo in

parte nell'europeizzazione del diritto. Il fattore di crisi più grave ha natura sostanziale e origini nazionali. La riserva di legge introduce infatti un monopolio a favore della scelta politica, purché effettuata con il vincolo modale della procedura legislativa parlamentare. Ebbene, la crisi della politica, segnalata come fenomeno storico e planetario (E. Severino, *Il tramonto della politica*, Milano, 2017, p. 16 s.), è da noi particolarmente acuta e profonda, specie nel campo penale, per il prevalere di visioni propagandistiche e di suggestioni populistiche orientate alla captazione di consensi contingenti ed emozionali. Vista dall'interno, la crisi della politica è un fenomeno più culturale che ordinamentale.

Ciò non significa che il principio della riserva di legge non registri un ulteriore ridimensionamento ad opera di direttive europee che, nell'imporre agli Stati membri obblighi di tutela penale, dettano sempre più l'intervento richiesto sotto il profilo della descrizione del fatto da reprimere e della cornice sanzionatoria da comminare.

A questo proposito, tuttavia, è ancora aperto il dibattito circa l'efficacia vincolante dell'obbligo di penalizzazione. L'idea che il parlamento nazionale sia tenuto a un recepimento meccanico e acritico, in definitiva "cieco", appare estrema in ragione delle sue possibili conseguenze sia sul piano degli equilibri costituzionali, sia su quello della razionalità complessiva del sistema sanzionatorio interno (C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale: la discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 243 s.).

Quanto ai primi, la degradazione del legislatore nazionale a mero passacarte sanzionatorio trasformerebbe la riserva di legge – se si passa l'espressione volutamente contraddittoria – in un "principio formale", in quanto deprivato dei contenuti decisionali ad esso storicamente riconosciuti. Ciò equivarrebbe, a dispetto delle enunciazioni, al surrettizio riconoscimento in capo al diritto dell'UE, di una competenza penale in realtà diretta, appena schermata da un'intercapedine fittizia.

Con riguardo agli inconvenienti del secondo tipo, la concezione dell'obbligo di tutela alla stregua di un vincolo assoluto, come tale insuscettibile di adattamento al sistema che deve recepirlo, espone il diritto interno a disarmonie introdotte a colpi di ariete, tutte le volte in cui, in relazione a specifiche forme di criminalità, venga richiesta una risposta sanzionatoria sproporzionata per eccesso rispetto alla dosimetria che ispira il sistema interno nel suo complesso. L'obbligo di tutela penale non può perseguire la logica di risultato fino al punto di compromettere la razionalità e la gradualità del diritto interno. Non bisogna scordare che il legislatore nazionale è gravato da un

vincolo di fedeltà bidirezionale, nei confronti sia del diritto dell'UE, sia dell'ordinamento interno, ancorato, tra l'altro, al principio di uguaglianza di trattamento. In quest'ottica il compito dei legislatori nazionali non è quello di rivendicare un'attribuzione penalistica formale, ma di trovare il punto di equilibrio tra due doveri fedeltà.

4. A proposito di disarmonie sanzionatorie e incoerenze politico-criminali: la direttiva c.d. PIF

Una conferma della fondatezza dei timori sopra esposti è offerta dalla recente Direttiva UE 2017/1371 (c.d. Direttiva PIF), in materia di lotta contro la frode che lede interessi finanziari dell'UE (*amplius* G. Flora, *Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della "Direttiva PIF" nel settore dei reati tributari e della responsabilità "penale" degli enti*, in *disCrimen*, 12.11.2019).

Per quel che qui più rileva, essa richiede un livello minimo della risposta sanzionatoria per le sottofattispecie incriminatrici tributarie lesive degli interessi dell'UE, ferma restando la libertà degli Stati membri di allestire tutele più rigorose. Da qui il rischio, tutt'altro che ipotetico, di disarmonie dosimetriche della pena sia rispetto a reati offensivi di beni giuridici più rilevanti meno severamente puniti, sia rispetto ai medesimi reati tributari nelle ipotesi non offensive degli interessi finanziari dell'UE. Senza contare l'effetto di trascinamento verso l'alto della risposta sanzionatoria, che ne deriverà nei casi di connessione tra reati per così dire "PIF" e reati-"non PIF" (si pensi alla continuazione *ex art.* 81, comma 2, c.p.: il giudice assumerà verosimilmente, o potrebbe assumere, come reato più grave la sottofattispecie-"PIF", con un aumento proporzionale della pena finale destinato a riverberarsi negativamente sui reati-"non PIF").

Per non dire dell'inclusione delle sottofattispecie tributarie-"PIF" nel catalogo dei reati-presupposto ai sensi del d. lgs. 231/2001, che potrebbe convivere con l'esclusione della fattispecie generale nella parte "non PIF".

La disarmonia diventa ancora più acuta, però, in relazione all'obbligo di prevedere la punizione dei reati tributari-"PIF" a titolo di concorso di persone e di tentativo, attualmente esclusa, in termini generali, dal d. lgs. 74/2000. È fin troppo evidente che l'introduzione, per le sole sottofattispecie tributarie-"PIF", di una deroga alla deroga sarebbe fonte di sperequazioni stridenti e di una sostanziale irrazionalità di sistema. In particolare, come si ricorderà, la scelta di non punire il tentativo incarnava una precisa opzione politico-criminale, a suo tempo accolta con favore perché volta ad

ancorare il sistema penaltributario al principio di offensività e a favorire, sul piano operativo, la resipiscenza del contribuente; disciplina, questa, che potrebbe sopravvivere per fattispecie-“non PIF”.

5. L'efficacia delimitatrice e integratrice

Un diverso discorso va fatto per i casi in cui il diritto penale nazionale è chiamato a convivere con l'efficacia diretta dell'UE. Il riferimento è, per un verso, al fenomeno dell'eterointegrazione della fattispecie nazionale ad opera di fonti europee, rappresentate essenzialmente da regolamenti e, per l'altro verso, all'introduzione di nuovi limiti scriminanti di matrice europea (F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, 2018, p. 394 s.); ipotesi, quest'ultima, riconducibile alla prima, ove si ritenga che la scriminante dell'esercizio del diritto, di cui all'art 51 c.p., sia “in bianco” e come tale integrabile anche dal diritto dell'UE.

Considerata la funzione delimitatrice delle scriminanti, che porta finanche a disconoscere la natura penale (C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale*, Torino, 2020, p. 334), l'interferenza del diritto dell'UE *in bonam partem* non può ritenersi in alcun modo incompatibile con la *ratio* garantistica della riserva di legge (per tutti, da ultimo, V. Valentini, *Giustizia penale e diritto sovranazionale: una sinergia inevitabilmente critica*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, p. 841).

Più problematico, invece, è il caso in cui il regolamento integratore compori un'espansione operativa dell'elemento normativo su cui interviene e, di riflesso, della fattispecie incriminatrice che lo incorpora (B. Jähnke, E. Schramm, *Europäisches Strafrecht*, Berlin-Boston, 2017, p. 167). La questione non può risolversi affermando l'innocuità del fenomeno in ragione della natura tecnica della disciplina importata dall'elemento normativo (così, in termini generali, Corte cost., 282/1990), perché tale carattere, presente per esempio nelle regole cautelari tipiche della colpa, non sempre ricorre nell'ambito della c.d. eterointegrazione. Talvolta l'elemento normativo indica, al pari e anche più di altri requisiti di fattispecie, il baricentro della scelta politico-criminale (si pensi ai limiti-soglia dei reati ambientali).

Il tema, però, non sembra avere un'autonomia rispetto al generale fenomeno dell'eterointegrazione delle fattispecie penali ad opera di fonti non abilitate a produrle, ma ammesse a completarle. Per quanto la linea di confine sia difficile da tracciare, la casistica va distinta, più che sulla base della natura nazionale o sovranazionale dell'elemento integratore, in ragione della funzione svolta da quest'ultimo. Un conto

è il “normativo” che specifica una scelta politico-criminale legislativa in termini quantitativi o modali, rimanendo in un ambito valoriale predefinito dalla *ratio legis*, altro conto è l’elemento integratore che non attua, ma fonda la scelta politico-criminale. Senza contare che in questi ultimi casi può aprirsi una dialettica tutta interna al principio di legalità: l’eterointegrazione può risultare *in extremis* se non l’unico modo, almeno il più efficace, per determinare un elemento di fattispecie altrimenti rimesso alla discrezionalità giudiziale.

6. Diritto dell’UE e giurisdizione nazionale

Il profilo più delicato dei rapporti tra diritto penale e diritto dell’UE attiene però al piano applicativo, ossia all’allargamento delle opzioni che si presentano all’interprete. Si tratta del cavallo di Troia attraverso cui il diritto penale europeo rischia di sovvertire il sistema delle garanzie liberali.

Di regola, il giudice nazionale ha il diritto-dovere di interpretare la norma e, se la ritiene illegittima, di sollevare la questione di costituzionalità. Ebbene, il diritto dell’Unione europea scardina questa impostazione binaria, consentendogli un groviglio di ulteriori alternative, tra le quali l’interpretazione conforme al diritto dell’Unione e la disapplicazione della norma nazionale considerata in contrasto con il diritto dell’UE. Senza contare che, nella concreta dinamica operativa il giudice nazionale, con ricorso pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, può chiamare a intervenire, nelle vesti di regolatrice dell’interpretazione, la Corte di giustizia; sempre che il giudice nazionale non si ritenga in grado di provvedere da sé.

In breve, si moltiplicano le sponde sulle quali può rimbalzare la biglia dell’interpretazione, prima di rotolare in buca o fermarsi esausta sul panno verde. Per un verso, infatti, aumentano i soggetti potenzialmente competenti a pronunciarsi in diritto: soprattutto *in apicibus*, ciò comporta un riparto di competenze non sempre chiaro tra Corte di giustizia e Corte costituzionale. Per l’altro verso, il quadro complessivo risulta foriero di molteplici esiti alternativi tra loro, con la conseguenza di rendere incerta e addirittura irrealistica la prevedibilità e la stabilizzazione del diritto. Nell’attuale sistema multilivello il giudice nazionale, operando come giudice europeo, non solo ha margini interpretativi più ampi (A. Gargani, *Verso una “democrazia giudiziaria”? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, p. 114), ma si ritrova nelle mani il potere di scegliere la fonte da applicare, ipotecendo in tal modo la soluzione. Il diritto vissuto dal

cittadino non discende dalla fonte applicabile, ma da quella applicata, la cui scelta è funzionale alle esigenze motivazionali dell'esito perseguito.

7. L'interpretazione conforme

In senso stretto l'interpretazione conforme ha funzione adeguatrice, mira ad allineare il diritto interno a quello sovranazionale, nella misura in cui quest'ultimo è rimasto del tutto inattuato o non è stato attuato totalmente o fedelmente. Essa opera, dunque, in nome del primato del diritto dell'UE e dell'obbligo di leale collaborazione. In breve: l'eventuale inadempimento del legislatore nazionale può essere compensato dall'intervento, conformativo a scavalco, del giudice.

Questa modalità di avvicinamento tra diritto nazionale e diritto europeo costituisce una spinta in più lungo la strada dell'interazione normativa, che tuttavia deve rispettare il senso profondo della competenza penale solo indiretta del diritto dell'UE. Il giudice penale non può surrogarsi al legislatore, pena la violazione della riserva di legge e la creazione di una competenza diretta non prevista dal Trattato.

Ne consegue che nel campo penale l'interpretazione conforme deve rispettare il controlimito del divieto di interpretazione *in malam partem*, confermando la funzione garantistica della testualità dell'enunciato normativo, che non può sprigionare significati da esso non contemplati, ancorché socialmente più giusti o fatti propri dal diritto sovranazionale (V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, p. 56 s.).

8. Le (pretese) dinamiche (dis)applicative

Le ragioni di un approccio contenitivo del diritto dell'UE, ossia rispettoso della cultura garantistica e personalistica di cui è intriso del diritto penale, sono sfuggite talvolta alla nostra giurisprudenza.

Tra i punti di emersione del fenomeno, vi è quello della disapplicazione. Si è ritenuto, infatti, che tale potere possa riguardare un singolo elemento delimitativo del fatto tipico o una disciplina penale favorevole, con la conseguenza di rendere operante nei confronti del cittadino una fattispecie penale (di risulta) più ampia di quella vigente al momento della sua condotta e senza che ciò determini la caducazione della norma disapplicata, che rimane vigente e suscettibile di una differente operatività ad opera di altri giudici.

La casistica delle ritenute ricadute penali, essendo nota, sarà qui ricordata in estrema sintesi, limitando l'attenzione a quelle vicende che hanno avuto un esito applicativo, anche parziale e temporaneo, degno di rilievo in chiave eurounitaria, e con esclusione invece dei casi in cui i tentativi, compiuti dai nostri giudici nazionali, di nullificare riforme penali ritenute lassiste, si sono rivelati velleitari. Si pensi alla vicenda delle false comunicazioni sociali, nella versione risultante a seguito del d. lgs. 61/2002, che si voleva illegittima per asserita violazione dell'obbligo europeo di tutela della trasparenza societaria. La Corte di giustizia (Grande Sezione, 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02, C-403/02, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2764), deludendo una nutrita *claque* di eurotifosi, ha escluso che una direttiva comunitaria possa determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni, senza una legge dello Stato membro che la recepisca.

8.1 - *La nozione di sottoprodotto*

La nozione di rifiuto, sulla quale ruota gran parte della normativa ambientale di derivazione europea, è notoriamente sfuggente, affidando la sua identità non alle intrinseche caratteristiche sostanziali della materia, ma alla sua destinazione. Ciò che fa il rifiuto è la volontà o l'obbligo di disfarsi dei prodotti ovvero ancora più semplicemente il fatto stesso di disfarsene.

Ciò detto, va ricordato che la nostra giurisprudenza aveva scartato la possibilità di definire in via interpretativa il c.d. sottoprodotto, ossia i residui della lavorazione aventi valore economico e reimpiegati nello stesso ciclo produttivo. Per venire incontro al mondo imprenditoriale, il nostro legislatore ritenne opportuno positivizzare la nozione di sottoprodotto (art. 14 d.l. 138 del 2002), tipizzandola in termini generali e astratti sulla base dei requisiti distillati dalla giurisprudenza prevalente della Corte di giustizia, previa la razionalizzazione della stessa, a volte ondivaga e incoerente. L'obiettivo perseguito era quello di sburocratizzare la materia, sottraendo il sottoprodotto alla fitta rete degli obblighi autorizzativi previsti finanche per la movimentazione dei rifiuti.

Sollecitata a intervenire dal giudice nazionale con domanda pregiudiziale *ex art.* 234 CE, la Corte di giustizia, con la sentenza *Niselli* dell'11 novembre 2004 (C-457/02), ha dichiarato in contrasto con il diritto dell'UE (all'epoca comunitario) la nozione italiana di sottoprodotto con l'effetto di autorizzarne la disapplicazione, quale elemento delimitativo di molteplici fattispecie penali ambientali. Tutto ciò, inaudita la Corte

costituzionale. Così facendo, si è ritenuto tipico un comportamento che al tempo della condotta era lecito, perché conforme al diritto interno; soluzione, questa, che una parte della giurisprudenza di legittimità aveva adottato prima ancora della pronuncia della Corte di Giustizia (per una ricapitolazione dell'intera vicenda, F. Giunta, *Articolo 255, comma 1, Abbandono di rifiuti*, in *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, 2 ed., Padova, 2007, p. 133 s.).

Come noto, oggi la nozione di sottoprodotto è stata tipizzata dal diritto di derivazione eurounitaria (art. 184-*bis* d. lgs. 152/2006) in termini nel complesso non dissimili a quelli cassati dalla sentenza *Niselli*.

8.2 - Il caso del “novellame”

A dir poco stravagante è la vicenda della pesca del c.d. novellame, ossia del pesce sottomisura, fino a non molto tempo fa vietata da una fattispecie contravvenzionale (artt. 15 e 24 l. 963/1965), la cui operatività risultava tuttavia ristretta da un regolamento nazionale (suscettibile di essere considerato quale elemento negativo del fatto tipico o come parametro integratore dell'esercizio del diritto scriminante *ex art.* 51 c.p.), con l'effetto di escludere la responsabilità nella misura in cui il “novellame” non superasse il 10% del pescato (art. 91 d.p.r. 1639/1968).

La Corte di cassazione, con un grappolo di pronunce (tra cui: Cass. pen, sez. III, 23 novembre 2012, n. 45823, Scorrano, in *Ced rv.* 253875-01; Id., 23 febbraio 2011, n. 6872, Trinca, in *Ced rv.* 249535-01; Id., 28 settembre 2009, n. 38087, Cinti, in *Ced rv.* 244930-01; Id., 24 ottobre 2007, n. 39345, Baldini, in *Ced rv.* 237997-01), ha avallato la linea dei giudici di merito. Questi ultimi, fattisi diretti interpreti del divieto di pesca e commercializzazione del “novellame”, contenuto nel Reg. CE 17 giugno 1994, n. 1626, a sua volta inteso in senso assoluto, e lasciando inaudita la Consulta, avevano disapplicato *in malam partem* il limite escludente la fattispecie, condannando l'imputato per un fatto, all'epoca della sua realizzazione, conforme all'ordinamento interno (per una ricapitolazione, v. C. Paonessa, *La disciplina penale del "novellame" incappa nella rete del diritto comunitario, ma rischia di violare principi costituzionali aventi rilevanza anche nella Cedu*, in *Dir. e giust.*, quotidiano di informazione giuridica, 1° agosto 2009).

Anche qui il seguito della storia non consola, ma semmai indispettisce: la pesca del “novellame” è stata oggi depenalizzata (l. 154/2016).

8.3 - La saga *Taricco*

Sul caso *Taricco* è stato scritto molto, forse anche troppo, con toni giustamente preoccupati per la tenuta garantistica del principio di legalità di fronte a un euroentusiasmo meritevole di miglior causa. Per quel che più interessa, il giudice penale nazionale aveva sollecitato il pronunciamento della Corte di giustizia sulla nostra disciplina della prescrizione, la quale, stante la sua verosimile applicazione nel caso di specie per l'eccessiva durata delle indagini preliminari, veniva ritenuta ostativa della condanna degli imputati per reati tributari e in contrasto dell'interesse a riscuotere la (per il vero minima) quota dell'IVA di spettanza eurounitaria (Trib. Cuneo, ord. 17 gennaio 2014, GUP dott. Alberto Boetti).

Ebbene, in un primo tempo, i Giudici di Lussemburgo, facendo leva sull'obbligo di tutela del gettito fiscale eurounitario ai sensi dell'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, avevano aperto alla disapplicazione delle cause di interruzione della prescrizione *ex artt.* 160, comma 3, e 161, comma 2, c.p. (sent. 8 settembre 2015, Grande Sezione, causa C-105/14), trascinandosi dietro un intempestivo e maldestro allineamento della nostra Corte di cassazione (Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015, n. 2210, in *Ced* 266121).

La fine della storia è nota. Chiamata a chiarimenti con rinvio pregiudiziale dalla nostra Corte costituzionale (ord. 24/2017), la Corte di giustizia ha dovuto fare marcia indietro come se nulla fosse (sent. 5 dicembre 2017, Grande Sezione, causa C-42/17); così facendo, si è potuta perpetuare la raffigurazione idealizzata ed edulcorata delle Corti che si abbracciano.

Ma fino a un certo punto. Il ripensamento dei Giudici europei, infatti, non ha impedito alla Consulta di ribadire che il principio di legalità, comprensivo della testualità del diritto e dunque della riserva di legge, costituisce un controlimite fondamentale; un freno a mano di uso eccezionale, che in casi estremi la Corte costituzionale si è dichiarata pronta ad azionare.

La pronuncia n. 115/2018 della Corte costituzionale riveste pertanto un'importanza storica (F. Giunta, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero "rivoluzionaria"*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1304 s.), che sopravanza, di gran lunga, la specifica e stravagante questione che l'ha occasionata. Il suo *core business* non sta nel *decisum*, ma nelle ragioni per le quali la "regola *Taricco*" non poteva trovare applicazione nel nostro ordinamento, nemmeno in nome del primato del diritto dell'UE.

Da qui la *declaratio* del nostro paradigma giuridico-penale. Non si tratta – sia chiaro – di un rigurgito di sovranismo. Le precisazioni della Consulta guardano al fu-

turo dell'Europa come istituzione politica, ma nel rispetto della cultura penalistica europea, con specifico riguardo ai paesi di tradizione continentale. Del resto, il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri – ricorda la Consulta – non è affatto estraneo al diritto dell'Unione.

Per quanto concerne l'Italia, ciò significa che le scelte politico-criminali devono incarnarsi in testi legislativi. La *lex scripta* costituisce il *prius* logico e cronologico dell'interpretazione, quale scelta circoscritta ai significati autorizzati dal testo.

Quanto basta per togliere ogni legittimazione al giudice di scopo, nazionalista o europeista che sia.

9. Chiusa

Il contributo chiarificatore offerto dalla nostra Consulta nella vicenda Taricco è prezioso per evitare pericolose fughe in avanti. Come si è detto, si è trattato di una necessaria *actio finium regundorum*. La sua importanza sta nel detto, che non è poco, e nel non detto, che è comunque implicito, ossia nel riabilitare una concezione rigorosa della nozione di “competenza penale indiretta”, inteso da parte della giurisprudenza in modo troppo accomodante, nel senso di ammettere interpretazioni eurocedenti equivalenti a una criptonormazione giudiziale doppiamente non consentita.

Ciò non significa che, nel settore penale, il sistema multilivello non abbia una sua razionalità di sistema e una sua grammatica regolativa. Premesso che è la legislazione nazionale il primo meccanismo di trasformazione della politica criminale eurounitaria in diritto interno, ne consegue che il giudice penale nazionale non può né interpretare direttamente il diritto sovranazionale, né surrogarsi al legislatore nazionale inerte o infedele, quando ciò sortisca effetti applicativi *in malam partem* per il cittadino. Per la prima esigenza deve rivolgersi alla Corte di giustizia, per la seconda alla Corte costituzionale, fermo restando i limiti davvero molto stretti in cui è ammissibile lo scrutinio delle leggi penali di favore (G. Insolera, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, 2003, p. 52 s.).

10. La Corte “buona”

Nelle pagine che precedono il rapporto tra Europa e materia penale è stato tratteggiato nella prospettiva sovranazionale, ossia prendendo in considerazione il diritto

dell'UE. Ma vi è un altro importante profilo di natura convenzionale cui occorre accennare: il riferimento è alla copiosa giurisprudenza della Corte Edu.

Qui il piano sembrerebbe ribaltarsi. La natura personalistica della Cedu fa sì che la sua incidenza interessi soprattutto lo statuto penalistico di parte generale. Non solo: la formulazione della Cedu come catalogo di principi assiologici, condiziona anche il metodo di produzione del diritto, che risulta casistico e finalizzato a distillare soluzioni fondate sul bilanciamento dei principi di volta in volta presi in considerazione (C. Bernasconi, *La metafora del bilanciamento nel diritto penale. Ai confini della legalità*, Napoli, 2019, p. 57 s. e p. 85 s.). Mentre la logica della fattispecie è quella di offrire al giudice l'esito di una ponderazione degli interessi già risolto in astratto dall'autorità legittimata a produrla, la tecnica del bilanciamento vede protagonista assoluto il giudice (la Corte Edu), cui viene demandato il compito di trovare, di volta in volta, il punto di equilibrio ottimale tra valori tendenzialmente divergenti.

Per dirla con estrema semplificazione: nell'attuazione della Cedu, il paradigma di *civil law*, ancora presente nel diritto penale di derivazione sovranazionale, cede il passo al paradigma tipico del *common law*, nonostante esso sia estraneo alla gran parte dei paesi che aderiscono alla *Convenzione*. Ne consegue in ogni caso un diritto ondivago, assai lontano dal costituire un seppure embrionale statuto di parte generale. La qual cosa spiega l'atteggiamento di sorvegliata prudenza della nostra Corte costituzionale nei confronti del diritto Cedu.

Sul piano dei contenuti, non deve fuorviare l'attuale prevalenza di una giurisprudenza penale garantistica e la conseguente impressione che a Strasburgo abbia sede la "Corte buona", in quanto giudice dei principi. In certa misura la natura "favorevole" del diritto convenzionale è a sua volta "favorita" dalla sua ragion d'essere: la piena ed effettiva affermazione dei diritti fondamentali della persona, sui quali il diritto penale impatta, per definizione, in negativo. Questo spiega l'approccio volto al tendenziale contrasto degli eccessi di rigorismo punitivo nei quali può incorrere la macchina repressiva nazionale.

Con riguardo alla nostra legislazione, le pronunce da ricordare sarebbero molte. In questa sede è possibile solo un cenno a quelle più note anche per i settori di incidenza e il dibattito che hanno suscitato. Sul versante strettamente sostanziale, rivestono particolare importanza gli interventi in materia di ragionevole prevedibilità del diritto e, segnatamente, di irretroattività dell'interpretazione giurisprudenziale *in malam partem*, quando non è ancora sufficientemente stabilizzata (si pensi, a titolo esem-

plificativo, alla controversa figura del concorso esterno nel reato di associazione mafiosa, elaborata dal diritto vivente, su cui: Corte Edu, sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia). Per non dire delle letture garantistiche concernenti il sistema sanzionatorio. Qui il raggio di azione della Corte spazia dai principi generali (qual è quello del *ne bis in idem* tra sanzione penale e sanzione amministrativa: Corte Edu, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia) alla natura preventiva e repressiva di specifici istituti, come la pena pecuniaria di importo particolarmente elevato (Corte Edu, sez. II, 27 settembre 2011, Menarini c. Italia). Con riferimento al pianeta “carcere” non possono trascurarsi poi le censure mosse alla situazione di sovraffollamento dei nostri istituti penitenziari, quale condizione di deprivazione fattuale dei diritti sanciti dalla Convenzione nei confronti della persona (Corte Edu, sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia). Sul piano della funzione rieducativa della pena, la Corte Edu ha censurato da ultimo l’ergastolo ostativo (Corte Edu, sez. I, 13 giugno 2019, Viola c. Italia). Quanto al processo penale, anche per i suoi nessi con il contrastato dibattito sulla disciplina della prescrizione, è sufficiente menzionare la copiosa giurisprudenza, che qui è superfluo richiamare, sulla durata ragionevole del processo, quale garanzia soggettiva, che costituisce per l’ordinamento interno un’obbligazione di risultato.

Sennonché, il diritto penale è notoriamente un’arma a doppio taglio, perché, per un verso, incide sulla libertà personale, per l’altro è lo strumento di tutela dei diritti della persona. Ciò non preclude, dunque, alla giurisprudenza Cedu di sollecitare, all’occorrenza, l’impiego del diritto penale. Come non si è mancato di rilevare, al riguardo, il sistema Cedu mostra di poter produrre esiti si segno opposto, facendo prevalere sbilanciamenti ispirati a una visione vittimocentrica del diritto penale (V. Valentini, *Case-law convenzionale, cultura dei contro limiti e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 286 s.). Stante la posizione dialettica in cui si trovano reo e vittima, optare per i diritti della vittima significa indebolire la cultura penalistica reo-centrica non solo sul piano sostanziale, ma anche su quello processuale, esposto a virate inquisitorie per ovviare al maggior rischio di vittimizzazione secondaria insito nel modello accusatorio (V. Valentini, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell’attuale giustizia penale europea*, in *Ius17*, 2011, p. 100 s.).

11. L’EPPO

Tornando al diritto sovranazionale, la novità di maggiore spessore è l’istituzione,

ad opera del Regolamento EU 2017/1939, della Procura europea (EPPO), la quale potrebbe condizionare la legalità vivente (C. Peristeridou, *The principle of legality in European criminal law*, Cambridge, 2015, p. 322 s.), ma – sia chiaro – non depone affatto per l'implicito avvento di una competenza penale sostanziale in capo al diritto dell'UE. L'EPPO costituisce, piuttosto, un'eccezione alla regola generale che affida la persecuzione dei reati, anche di quelli offensivi di interessi eurounitari, alle procure nazionali. In quanto deroga, l'innovazione non può essere estesa oltre i confini della sua espressa previsione, il cui ambito di competenza concerne, al momento, i summenzionati reati tributari previsti dalla Direttiva PIF. I procuratori che opereranno in ambito EPPO sono pur sempre magistrati nazionali, seppure diretti e coordinati da un Procuratore-capo europeo. In base alla recente legge di delegazione europea 2018, in vigore dal 2 novembre 2019, il nostro Governo dovrà adeguare il nostro ordinamento nazionale.

Orbene, l'interesse del diritto dell'UE per l'ordinamento giudiziario, in senso lato, ossia per l'organizzazione delle persone chiamate ad applicare il diritto penale, non può certo meravigliare. Il diritto penale sostanziale non è più l'artefice principale della giustizia penale: crescono di importanza, al suo fianco, il ruolo del processo e quello dei suoi attori. Il maggior peso che è venuto acquisendo lo *ius dicere* spiega pertanto l'attenzione crescente che parte della dottrina mostra per l'ordine magistratuale in genere, anche a livello europeo (*Giurisdizioni europee e sistemi nazionali*, a cura di C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti, Roma, 2018). In questa prospettiva non può nemmeno escludersi che l'odierno interesse eurounitario per la figura del pubblico ministero sia destinato ad estendersi alla giurisdizione. Nel qual caso, però, il quadro cambierebbe in modo significativo, perché un ordinamento giudiziario eurounitario, specie se incentrato sul modello del giudice facitore della norma, potrebbe consentire al diritto dell'UE di recuperare, per così dire a valle, quella forza di incidenza negatagli, a monte, dalla mancanza di una competenza penale diretta.

Senonché, *rebus sic stantibus* l'ipotesi formulata altro non è che una suggestione; come si diceva, la competenza EPPO è limitata a taluni reati tassativamente indicati. Si tratta, però, di una competenza problematica e non priva di criticità se si tiene conto delle future possibili attuazioni della Direttiva UE 2017/1371 (PIF).

Come noto, infatti, la competenza per materia degli organi giudiziari è definita tradizionalmente mediante criteri formali, chiamati a operare prima che il processo affronti il merito. Si fa riferimento cioè alle figure di reato, che vengono indicate nominativamente o per classi (variamente definite in ragione della misura della sanzione

o di talune note strutturali del fatto tipico, come l'evento o l'elemento soggettivo, ovvero ancora in base alla loro collocazione "topografica"). Ebbene, la competenza dell'EPPO è individuata in base all'entità dell'offesa in concreto e alla titolarità dell'interesse: deve trattarsi di interessi finanziari dell'Unione europea particolarmente rilevanti. Il criterio della competenza è, dunque, almeno in parte sostanziale, ossia legato a una caratteristica del fatto storico. La competenza dipenderà, pertanto, da come l'accusa sarà formulata nel capo di imputazione, con margini di verifica ridotti almeno nelle fasi iniziali del procedimento.

12. Guardando al futuro, senza dimenticare il presente

La dottrina europeista più sensibile al garantismo penale, storicamente condensatosi nelle codificazioni e nelle costituzioni nazionali, non ha mancato di proporre il rafforzamento anche a livello sovranazionale. Il riferimento è al "Manifesto per una politica criminale europea" del 2009 (in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1262, su cui L. Foffani, in *Criminalia*, 2010, p. 657 s.): un documento molto importante, null'altro, però, che una testimonianza di alta cultura penalistica, proveniente da un gruppo di studiosi, intesa ad arginare il predominio del pensiero unilateralmente securitario (C. Prittwitz, *Lissabon als Chance zur kriminalpolitischen Neubesinnung. Das Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik*, in K. Ambos (Hg.), *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, Göttingen, 2011, p. 29 s.).

Tuttora, la politica criminale promossa dall'UE ha a cuore l'allineamento delle legislazioni lungo lo standard di tutela più elevato, trascurando di promuoverne un simmetrico adeguamento ai migliori livelli nazionali di garanzia. Si tratta di un'occasione mancata: più che mai oggi, il diritto dell'UE dovrebbe arginare le derive populistiche nazionali che impazzano anche nelle più avanzate democrazie. Obiettivo, questo, che richiede l'elaborazione di uno statuto penalistico sovraordinato, di impronta personalista, che funga da limite insuperabile della politica criminale fondata sulla prevenzione generale, al fine di evitare che "il diritto europeo riduca il diritto penale ad un 'meccanismo di rafforzamento' del diritto europeo e degli scopi europei per specifici settori" (H. Satzger, *Le carenze della politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1280).

D'altro canto, per non rimanere lettera morta, l'ossigenazione garantistica del diritto penale di derivazione unionista deve poter contare su una maggiore centralità del Parlamento europeo. Solo l'Europa dei popoli, direttamente rappresentata nella

sede per antonomasia della democrazia, può contenere le spinte disgregatrici (L. Bini Smaghi, *La tentazione di andarsene*, Bologna, 2017, p. 169 s.) e vincere la sfida populistica, rafforzata, invece, dall'aura di elitismo che promana dalle tecnoburocrazie radicate nelle istituzioni europee. Il populismo è per sua natura antiestablishment (N. Urbinati, *Io, il popolo*, Bologna, 2020, p. 109 s.). Il diritto dell'UE non può ignorare le radici di questa pericolosa degenerazione delle nostre democrazie, talvolta associata a spinte indipendentiste interne sulle quali l'Unione europea non ha titolo per intervenire direttamente (D. Fromage, *Le rôle de l'Union européenne face aux mouvements indépendantistes européens*, in *RTDEur*, 2019, p. 9 s.).

Per quanto paradossale possa apparire la riserva di legge europea, da un lato, e lo statuto sovranazionale delle garanzie penalistiche, dall'altro, possono validamente contribuire a contenere una prevenzione generale di marca intergovernativa, polarizzata su sicurezza e mercato. Il cittadino europeo non è solamente un consumatore di beni e servizi; è titolare dei diritti di libertà su cui impatta la pena. Anche i valori della persona colpiti dalla pena vanno messi al centro del processo di integrazione normativa, perché contribuiscono a delineare l'identità europea, specie se l'Europa futura avrà un'organizzazione di tipo federale, come tale distinta e autonoma dagli ordinamenti nazionali.