

BIBLIOTECA GIURIDICA
raccolta da Guido Alpa e Paolo Zatti

Silvio Riondato

COMPETENZA PENALE DELLA COMUNITÀ EUROPEA

Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza

Attualità **17**



CAPITOLO QUARTO

LA COMPETENZA LEGISLATIVO-PENALE SECONDO LA COSTITUZIONE COMUNITARIA

SOMMARIO. La questione sulla competenza legislativa penale dal dato testuale al diritto c.d. non scritto. La competenza comunitaria in tema di diritti fondamentali intesa come conferma dell'esistenza di competenze comunitarie penali; dagli obblighi di penalizzazione imposti agli Stati membri agli obblighi di penalizzazione imposti alla Comunità; potestà punitiva comunitaria e codice penale comunitario? - 2. L'impiego dei diritti fondamentali in funzione negativa dell'attribuzione di competenze penali. L'opinione sull'esistenza e la rilevanza del principio comunitario *nullum crimen nulla poena sine lege* rispetto a norme attributive di competenza penale: legittimità-determinatezza e legittimità-demotrazionalità: esclusione di competenze penali comunitarie in considerazione del *deficit* democratico comunitario. - 3. (segue) Rilevati critici. 3.1. Insufficienza del modello comparativo alla fondazione della rilevanza di un *nullum crimen sine lege* comunitario rispetto ad attribuzioni di competenza penale: caratteri della delega di poteri punitivi dal Consiglio alla Commissione secondo il Trattato CE (il caso RFT/Commissione: CGCE, 27 febbraio 1992, 240/90); caratteri di attribuzioni di competenze penali alla Comunità da parte degli Stati; inesistenza di un principio di legittimità-determinatezza delle attribuzioni di competenza penale alla comunità europea. 3.2. Insufficienza del richiamo all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (principio di irretroattività della norma penale; *nullum crimen sine iure*); l'art. 7 rinvia al diritto nazionale o internazionale; inesistenza di una riserva di legge penale parlamentare; l'art. 7 presuppone la potestà punitiva; l'art. 7 non richiede un'immediata legittimazione democratica del diritto penale; la recezione del principio di irretroattività della norma penale da parte della giurisprudenza comunitaria; sufficienza della complessiva legittimazione democratica del diritto penale: la Convenzione europea come base di legittimazione di competenze penali comunitarie? - 4. L'inesistenza di riserve di sovranità penale statale secondo certe decisioni della Corte di Giustizia. 4.1. Il caso N.M. / Commissione e Consiglio (CGCE, 17 ottobre 1984, 83-84/84).

4.2. Il caso Casati (CGCE, 11 novembre 1983, 203/80). 4.3. Il caso Coran (CGCE, 2 febbraio 1989, 186/87). 4.4. Il caso Drexel (CGCE, 25 febbraio 1988, 299/86). 4.5. Il caso RFT/Commissione (CGCE, 27 febbraio 1992, 240/90). 4.6. Il caso del Progetto di Convenzione ALEA (CGCE, 14 novembre 1978, Del. 1/78). - 5. Prime note sulla non chiusura del diritto comunitario rispetto a competenze penali e prospettive di ulteriore indagine: la giurisprudenza pratica come destinataria della pretesa orientativa della giurisprudenza penale teorica. - 6. Esistenza, dimensione e ruolo del valore di democrazia in ambito comunitario; la tesi dell'avvenuto conferimento di competenze penali: irrilevanza negativa del *deficit* democratico; complessiva legittimazione democratica; consenso popolare al diritto penale comunitario? apertura ad ulteriori soluzioni. 6.1. Principio di equilibrio istituzionale e forza espansiva del principio democratico comunitario in decisioni della Corte di Giustizia: incremento dei poteri parlamentari. 6.2. Parlamento europeo e competenze penali comunitarie; legittimazione parlamentare europea di tali competenze: il consenso del Parlamento europeo come requisito di legittimazione democratica della legge penale comunitaria. 6.3. Indicazioni per una cornice ragionevole di competenze legislative penali-criminali comunitarie. 7. Rapporti tra competenze penali comunitarie e competenze penali dell'Unione europea: il Titolo VI TUE; la tesi che propugna l'inclusione di competenze penali dell'Unione e l'esclusione di competenze penali della Comunità; critiche; le azioni comuni e le relative misure di applicazione; potestà punitiva dell'Unione? la riserva di competenze penali comunitarie; l'illegitimità della Proposta di Convenzione per la tutela penale degli interessi finanziari comunitari.

Nel corso dell'esposizione che precede sono emerse poliedriche manifestazioni dell'esistenza di una "concezione del diritto penale" da parte della Comunità. Questa concezione si agita in un quadro affermativo di un interesse comunitario alla penalizzazione, implicante pure una pretesa punitiva comunitaria assieme alla considerazione della pena quale strumento di garanzia dell'efficacia e portata del diritto comunitario.

Dalla riflessione sulla nutrita serie di interferenze del diritto comunitario sul diritto penale nazionale, concretizzate anche tramite le pronunzie della Corte di giustizia, specie quelle emesse in via pregiudiziale, sembra scaturire l'avviso che l'idea della non-rinuncia alla sovranità penale statale abbia ormai raggiunto il suo punto critico, nel senso che il tema della sovranità penale irrinunciata, nella sua intonazione

radicale, è diventato un'illusione almeno rispetto al confronto col diritto formatosi sui *casus* comunitari ⁽¹⁾.

Il problema, se si guarda al *casus law*, per taluno sarebbe, ormai, soltanto quello dell'estensione del sistema comunitario penale, compreso il settore criminale; per quest'ultimo, nel complesso, le regole della Comunità sarebbero «precondizioni» imposte al diritto nazionale, se non ancora un sistema comunitario di diritto criminale; l'emanazione di regole in campo criminale resterebbe una competenza degli Stati membri, una competenza che non esclude competenze penali criminali comunitarie ⁽²⁾.

Si sostiene, inoltre, che, quanto al legislatore comunitario, rimarrebbe soltanto il fatto che regolamenti o direttive da sé non avrebbero mai imposto una sanzione penale ⁽³⁾. Ma, per vero, anche sotto questo profilo, dalla pretesa comunitaria di espansione in ambito penale affiora la rivendicazione di un potere normativo-punitivo che già si presenta in modo originale riflettendosi su casi concreti e sembra tendere, per ora, ad appalesarsi nell'esperienza giuridica penale transnazionale prevalentemente in quelle forme dette «ibride» ⁽⁴⁾ che sgorgano dalla coniugazione normativa di legge comunitaria e legge statale (internazionalistica), cioè le «ipotesi complesse» che già abbiamo avuto modo di menzionare ⁽⁵⁾.

La competenza penale comunitaria, almeno sul piano dei fatti, pare qualcosa di più concreto di un «utopia politica» ⁽⁶⁾; non una «chimera» senz'altro ⁽⁷⁾, nonostante che attualmente un compiuto, forte

⁽¹⁾ SEVENSTER, *Criminal law and EC Law*, 30 s.

⁽²⁾ SEVENSTER, *Criminal law and EC Law*, 42: «The issue of rules of criminal law and criminal procedure remains a competence of the Member States». Interpretiamo la frase, dato il contesto, nel senso (come minimo) che non si tratterebbe di una competenza statale esclusiva.

⁽³⁾ SEVENSTER, *Criminal law and EC Law*, 43.

⁽⁴⁾ DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, 29 ss.; FRANCE, *The Influence*, 338.

⁽⁵⁾ Capitoletto terzo, par. 6.2.1.

⁽⁶⁾ Così, invece, ma a suo tempo, BUTICOLA, *Alcune osservazioni*, in AA. VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, 216. Di recente, ritiene utopica la prospettiva di una potestà penale comunitaria WEGEND, *Streitrecht durch internationale Verordnungen*, 774.

⁽⁷⁾ Così, invece, MEZZETTI, *La tutela penale*, 4.

esercizio di competenze penali comunitarie appaia, comunque, innanzi tutto oltre che, volendo, politicamente prematuro⁽⁷⁾.

Sul piano del diritto, certa dottrina penale continua, ma talvolta, ad affermare che il diritto di punire, inteso come primo attributo della sovranità dello Stato, non è compreso nel trasferimento di competenza⁽⁸⁾. Il senso di questa notazione sfuma già nel momento in cui si riconosce un'influenza del diritto comunitario, nella duplice prospettiva di inibizione (libertà comunitarie) e di stimolo (obblighi di penalizzazione) sul diritto penale nazionale, tale da circoscrivere la sovranità dello Stato⁽⁹⁾. Inizia a delinearsi una dimensione di disponibilità dello strumento penale in capo ad ente diverso dallo Stato, di cui semmai si tratterebbe soltanto di precisare la misura.

Quanto alla misura, è chiaro che la pretesa riserva di competenza penale statale ancor di più si affievolirebbe se si accogliesse l'idea secondo cui, malgrado il diritto penale sia «un tema che non rientra in quanto tale nella sfera di competenza della Comunità»⁽¹⁰⁾, tuttavia

⁽⁷⁾ Cfr. VERVAELE, *Competences en matière de sanctions*, 946.

⁽⁸⁾ DELMAS-MARTY, *Dal codice penale*, 85.

⁽⁹⁾ DELMAS-MARTY, *Dal codice penale*, 86 ss. Cfr., inoltre, DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, 55 ss., peraltro con la precisazione che competenze penali non risultano conferite dal Trattato di Roma, dall'Atto unico europeo e dal Trattato di Maastricht; l'iscrizione del diritto di punire nello spazio europeo risultando «au fil de la jurisprudence».

⁽¹⁰⁾ DELMAS-MARTY, *Dal codice penale*, 85-86 (cors. nostro). L'A., peraltro (e così pure LAVALLE, *L'application du titre VI*, 46), mostra di non cogliere appieno l'ambiguità della dichiarazione della Commissione delle Comunità europee alla quale testualmente si richiama — quella che apre la trattazione proprio del «Diritto penale» nel Capitolo IV, sezione 2, lettera E del *8e rapport général sur l'activité des Communautés européennes*, maggio 1974, 87 (*Ordnung Relazione generale sull'attività delle Comunità europee* — 1974, Bruxelles — Lussemburgo, 1975, 90, § 145: «Questa materia di per sé non rientra nelle competenze della Comunità, ma in quelle di ciascuno Stato membro», corsivo nostro. Quanto testi evidenziato risulta omesso nella citazione fatta da GRASSO G., *Comunità europee*, 11).

Questa ambiguità emerge, del resto, già dal rilievo che nella stessa Relazione (§§ 145-147) vi è una considerazione dell'azione comunitaria in diritto penale sotto vari profili (armonizzazione, convenzione su principi applicativi, cooperazione in materia di repressione delle infrazioni, convenzione sulla responsabilità penale dei funzionari della Comunità), nell'ambito del Capitolo intitolato «Funzionamento del Mercato comune» e della sezione dedicata alla «Ricalizzazione di un mercato interno».

l'esistenza di un «elemento di collegamento» sarebbe sufficiente a far sì che una «questione» penale sia «trattata dal diritto comunitario»⁽¹¹⁾. Si è già illustrato come si siano affermati in diritto comunitario criteri di ripartizione della competenza per i quali, nonostante un certo settore non rientri di per sé espressamente nella competenza comunitaria, tuttavia ci possono essere aspetti correlati ad esso che non sono estranei ai settori, alle «politiche» di interesse comunitario e perciò la Comunità se ne occupa a buon diritto, pur oggi alle condizioni dettate dal principio di sussidiarietà. Le potenzialità significanti di alcuni dati testuali hanno maturato la consapevolezza che non mancano sostegni, nel trattato, a conferma dell'ipotesi interpretativa che esista no attribuzioni alla comunità di competenze normative-sanzionatorie di vario genere e tipo, financo penali.

Su questa base, qualora non fossero rinvenibili particolari criteri di valutazione negativi o comunque restrittivi da impiegare nell'indagine sull'esistenza di un fondamento di competenze penali comunitarie, l'indagine stessa potrebbe ben avviarsi verso conclusioni affermative.

Proprio in base ai criteri finora illustrati, e in ragione soprattutto dell'interesse comunitario alla penalizzazione riconosciuto dalla sentenza sul *maus greco*, a certa dottrina gius-comunitarista è sembrato breve il passo dalla richiesta attivazione degli Stati da parte della Comunità all'inserimento delle non ottenute previsioni sanzionatorie tramite normativa comunitaria derivata e nei campi di competenza (*Annekompentenz*)⁽¹²⁾. Non servirebbero, del resto, sulle stesse premesse,

⁽¹¹⁾ DELMAS-MARTY, *Dal codice penale*, 86, con riferimento a CGCE, 17 ottobre 1984, N.M. / Commissione, 83/84 e 84/84, in *Raccolla*, 1984, 371 (caso in cui mancava ogni collegamento. Su questa pronuncia v. *infra*, Capitolo quarto, par. 4.1).

⁽¹²⁾ BLECKMANN, *Die Übertragung*, 111. Cfr. BIANCARIELLI, *L'ordine giuridico comunitario*, 261, il quale deduce dalla decisione sul «maus greco» e da quella in causa *Agostendam Balb* (cfr. nota 40 Capitolo secondo) «l'esistenza di un pouvoir de sanction comunitaire». Cfr. pure GRASSO, *L'incidenza*, 81, con riferimento all'armonizzazione delle previsioni sanzionatorie nazionali in tema di tutela degli interessi delle Comunità, nel quadro di una politica criminale comune europea. V., inoltre, quanto alla possibilità di armonizzazione in campo penale, le conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs nella menzionata causa decisa da CGCE, 27 ottobre 1992, 240/90 RFT / Commissione, in *Raccolla*, 1992, 5408.

molto intense mediazioni interpretative né appelli all'aspetto dinamico del diritto comunitario ⁽¹⁴⁾ per riconoscere che, quanto meno, la Comunità sarebbe in grado di far leva sulle disposizioni dei trattati che testualmente ammettono «misure necessarie», per esempio l'art. 40 T.C.E. o sulle altre già menzionate, che perciò apparirebbero idonee a ricomprendere interventi penali comunitari.

Su basi di questo tipo nascono leggi penali federali negli Stati Uniti d'America: infatti, oltre alle ipotesi in cui la Costituzione menziona una potestà penale federale, sono valorizzate indicazioni costituzionali di contenuto generico, come la «commerce clause» e la clausola «necessary and proper», di cui all'art. 1, sez. 8 ⁽¹⁵⁾.

Allo stesso modo emergerebbe dunque, in buona sostanza, la possibilità di ravvisare competenze normativo-penali comunitarie e in particolare penali-criminali con riferimento alle ipotesi che rappresenterebbero la massima espressione di una potestà punitiva comunitaria: la creazione comunitaria del binomio illecito-sanzione punitiva, o nella forma delle sanzioni c.d. indipendenti, o in quella delle sanzioni non indipendenti, tramite regolamento ⁽¹⁶⁾, tramite cioè lo strumento più incisivo del potere legislativo, e in ipotesi legislativo-penale, comunitario.

Il problema che ora si pone, come già si è anticipato, di fronte a queste aperture testuali a competenze penali sovranazionali consiste nel reperimento di ulteriori dati capaci di orientare l'interpretazione in senso restrittivo-negativo, mentre al contempo resta aperta la via della ricerca di conferme della creazione di tali competenze.

In materia di sanzioni amministrative, la decisione sul «mais greco» è stata subito invocata dai servizi della Commissione nel senso dell'ammortizzazione in materia doganale (v. al riguardo, FORNARI, *Lineamenti di una riforma degli illeciti e delle sanzioni doganali*, 79).

⁽¹⁴⁾ Sul quale la leva PACHE, *Zur Sanktionskompetenz der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, 179 s.

⁽¹⁵⁾ V., per tutti, i contributi di BRUCELEY, VAN ALSTINE e BAREEV alla *Second Annual Lawyers Convention of the Federalist Society: The Constitution and Federal Criminal Law*, 1737 ss., 1752 (anche per indicazioni riguardo alla possibilità di inquadrare le previsioni espresse di potestà penale tramite schemi diversi da quello concernente l'attribuzione di competenza federale); BASSICOLA, *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*, 10 ss.

⁽¹⁶⁾ Secondo la distinzione già menzionata nel Capitolo primo, par. 1.1.

1. È giunto il momento di considerare talune specifiche conseguenze del ruolo che il «rispetto del diritto» (art. 164 T.C.E.) può giocare nella soluzione della questione che ci occupa, secondo le linee di sviluppo del diritto comunitario finora indicate.

Si è già rilevato che i diritti fondamentali, in quanto principi generali del diritto comunitario, sono in grado di costituire un punto di forza di un'argomentazione tesa a confermare l'esistenza di competenze penali comunitarie, qualora siano assunti nella loro dimensione c.d. oggettiva, come sistema di principi-valori che informano l'ordinamento, oltre (prima dell'originaria concezione che li intende come soggetti di difesa secondo modelli strettamente liberali. Si apre la via dell'associazione di quei valori ad ogni azione dell'autorità in funzione di direttiva ed impulso, fino alla trasformazione di doveri negativi in doveri positivi, mentre i beni ed interessi individuali entrano nel fuoco dell'azione dispositiva dell'autorità).

Ne potrebbe conseguire, anzitutto, come prima ipotesi, che la considerazione dei diritti fondamentali si innesti sull'apprezzamento delle previsioni di competenza normativo-sanzionatoria di cui si è detto in precedenza. La tutela di quei diritti darebbe contenuto e limite a tali competenze intese come competenze penali, mentre il contenuto della sanzione potrebbe consistere in limitazioni dei diritti medesimi.

Ma l'ipotesi più emblematica delle conseguenze della considerazione dei diritti fondamentali in ambito comunitario, consiste nella affermata possibilità di giungere sino a fondare la stessa potestà punitiva comunitaria tramite la considerazione oggettiva dei diritti fondamentali, cioè tramite il riconoscimento di doveri di tutela, anche penale, in capo alla Comunità. È stato, infatti, rilevato che l'ormai nota decisione sul «mais greco» apre il campo non solo all'obbligo di produrre norme penali imposto agli Stati, ma anche all'obbligo di penalizzazione direttamente concernente la Comunità ⁽¹⁷⁾.

Obblighi di tutela anche penale, che sul piano europeo hanno così avuto occasione di proporsi all'attenzione della dottrina in ambito comunitario ⁽¹⁸⁾, già parrebbero esser stati recepiti dalla giurisprudenza.

⁽¹⁷⁾ BLECKMANN, *Die Überlagerung*, 112. V. quanto riferito nel Capitolo secondo, par. 2. riguardo alle conseguenze della decisione «mais greco» e di quella in causa Zwartveld.

⁽¹⁸⁾ Oltre a BLECKMANN, *Die Überlagerung*, 112, v. RENGELING, *Grandes décisions*, 206 ss.

za rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁽¹⁹⁾ - convezione di cui già si è rilevata l'importanza quale base di ispirazione

(19) Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 marzo 1985, X e Y / Paesi Bassi, in *Publications*, Serie A, vol. 91, 1985. La decisione concernente un caso di violenza sessuale su persona affetta da vizio mentale, per cui la legislazione olandese non prevedeva alcuna possibilità di valida denuncia all'autorità (né da parte della vittima né da parte di un rappresentante), sicché ne risultava del tutto impedita la repressione del fatto che pur era previsto come reato. La Corte ha, tra l'altro rilevato: che dall'art. 8 CEDU possono derivare «positive obligations inherent in an effective respect for private or family life», che questi obblighi «may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves»; che «the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient», che «This is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions, indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated». Riguardo alle conseguenti misure adottate dal Governo olandese (possibilità di denuncia penale da parte del rappresentante legale della vittima per le cause civili, se la vittima è portatrice di un vizio mentale) v. la Risoluzione del Comitato dei Ministri DH (89) 3 del 18 gennaio 1989, e relativo Allegato, in *Rev. int. diritti dell'uomo*, 1990, 153.

Cfr. pure, nella più ampia cornice dell'affermazione che le norme della Convenzione impongono l'azione dello Stato per la garanzia di effettività dei diritti, con la conseguente responsabilità dello Stato medesimo, Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 agosto 1981, Young - James - Webster / Regno Unito, in *Rev. dir. internazionale*, 1982, 64 (v. anche, ivi, 65, la *plaidoirie* pronunciata davanti alla Corte da SERDUTI quale delegato della Commissione europea dei diritti dell'uomo); Id., 13 maggio 1980, Artico, in *Publications*, Serie A, vol. 37, 1980, Id., 9 ottobre 1979, Airey, ivi, Serie A, vol. 32, 1979; Id., 17 ottobre 1986, Kees, ivi, Serie A, vol. 106, 1987.

In letteratura, per specifiche considerazioni dell'ambito penale in riferimento alla posizione della Corte europea, e in specie alla causa X e Y / Paesi Bassi appena citata, v. oltre alla recente disamina offerta da BENGOTTER-JUNG (*Toujours à l'Européen Criminal Jurisprudence*, 241 ss.), le significative anticipazioni di BAROT, II, *Per una protezione più efficace dei diritti e delle libertà fondamentali: la tutela delle offese provenienti da persone private*, 395 ss. Inoltre, criticamente, CLASSEY, *Die Ableitung von schutzpflichtigen Verfassungsschutz aus Freiheitsrechten - ein Vergleich von deutschem und französischem Verfassungsschutz sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 29; DIGNON, *La Convention européenne et les droits de l'homme de plus démenti*, 716. V. pure DELMAS-MARTY, *Rapport Introductif*, 32, la quale, sempre con riferimento alla menzionata sentenza X e Y contro Paesi Bassi, rileva: «Mais le système n'aboutit pas seulement à neutraliser le droit de punir des

per la determinazione della rilevanza dei diritti fondamentali nel diritto comunitario⁽²⁰⁾. E, come è noto, sul piano nazionale si sono manifestate tendenze, sia in dottrina che in giurisprudenza, a riconoscere obblighi costituzionali di penalizzazione sulla base di doveri costituzionali di tutela imposti al legislatore⁽²¹⁾.

È comprensibile, quindi, date le premesse, che la stessa dottrina comunitarista dianzi citata ritenga, in definitiva, autorizzata la creazione di un codice penale comunitario⁽²²⁾.

In certa dottrina penale, per vero, è dato di riscontrare un tentativo di affermare ripartizioni ritenute tali da mantenere intatta l'essenza della sovranità penale statale e, peraltro, al contempo aprire il campo

Etats. Il est aussi incitation à punir. Conception peut-être plus discutable car elle manifeste une véritable ingérence positive. Il est vrai que la symétrie n'est qu'apparente car aucune instance européenne ne peut se substituer aux Etats pour créer une incrimination pénale». Per l'inquadramento della stessa decisione in una prospettiva di armonizzazione e avvicinamento dei sistemi penali, secondo una tendenza evolutiva nell'interpretazione della CEDU, v. BERKARD, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, 100.

(20) Capitoletto terzo, par. 2.

(21) Sul punto si tornerà nel Capitoletto quinto, par. 4.

(22) BLECKMANN, *Die Oberbegriffung*, 107 s., 113. V. pure DE FRANCESCO, *Le sanzioni nel diritto comunitario*, 410. E cfr. HANDOLL, *Protection of the Community's Interest*, 105.

Può notarsi, anche in vista di riflessi su quanto si dirà più avanti, che nella esposta concezione favorevole all'esistenza di una potestà punitiva comunitaria risulta radicalmente mutata nel modo di proporsi un'aspirazione pur tradizionale della dottrina penalistica - quella di un codice penale comune europeo. Questo codice, anziché condizione per il riconoscimento di una futura potestà punitiva sovranazionale europea (V., per tutti, BERTHOI, *Sull'unificazione del diritto penale europeo*, 13 ss.; ENSCHEDÉ, *Des uniformes européens Strafgesetze*, e, più di recente, sullo stato delle valutazioni intorno ad un codice-tipo, WIEGEND, *Strafgesetze durch internationale Vereinbarungen*, 783), diventa oggetto di un'esigenza scaturiente dalla considerazione dell'esistenza di una siffatta potestà. Del resto, l'idea del codice mantiene un profilo debole, dal momento che i principi penali comunitari, anziché emergere nella forma codicistica sulla base di proposte elaborate anche tramite un decisivo contributo preparatorio della scienza penalistica in vista di una convenzione europea che recepisca il codice comune, già si affermano ad opera e nelle forme della giurisprudenza comunitaria costituendo parti generali "viventi" del diritto penale sovranazionale e quindi anche di quello nazionale (v. quanto rilevato nel Capitoletto terzo, par. 5.1.).

ad una legislazione penale comunitaria⁽²²⁾.

Per un verso, è stata sostenuta l'esclusione di ogni legislazione comunitaria sulla materia penale — materia intesa come comprensiva della struttura generale della responsabilità penale, tipologia di sanzioni, ecc., insomma la parte generale; per l'altro verso, è stata inclusa nella sfera comunitaria la legislazione in materia c.d. non penale — attingente, cioè, norme sanzionatorie penali ritenute complementari, accessorie, integrative —. A quest'ultima apparterebbe il campo dell'economia, quello cioè che interesserebbe il presidio dell'osservanza dei precetti comunitari e in cui il diritto penale svolgerebbe ed esaurirebbe il suo compito nei limiti della normativa di competenza della comunità, essendo «più un accessorio regolamentare, che un mezzo decisivo di direzione politica complessiva».

La distinzione dovrebbe riflettere una separazione, all'interno del diritto penale, e in funzione di ripartizione tra lo Stato e la Comunità, rispettivamente di contenuti etico-politici da contenuti economici, di rapporti individuo-autorità da rapporti individuo-beni (da proteggere), di orientamenti alla fedeltà e disciplina da orientamenti all'offesa, di strumentalità all'organizzazione politica da strumentalità all'organizzazione economica⁽²³⁾.

⁽²²⁾ SCUDIA, *Diritto penale comunitario*, in *Appendice*, 1222 s. (v. anche ID., *Diritto penale comunitario*, in *Digesto*). Questo A., nella consapevolezza dell'emergere di un diritto penale comunitario, e allo scopo di porre in luce che, in fondo, «un fattore ideale e ideologico quale la sovranità» non vi sarebbe affatto di ostacolo, anche a prescindere dall'avvenuta attenuazione della sua rigidità per l'instaurarsi di rapporti di collaborazione internazionale nel campo della politica criminale, sostiene che tale diritto non toccherebbe il cuore della potestà punitiva, non costituirebbe un pregiudizio dell'essenza della sovranità statale nell'accezione positivista (che comprenderebbe: posizione di supremazia dello Stato sui soggetti esistenti all'interno dell'ordinamento statale; potere dello Stato di condizionare l'esistenza giuridica di tali soggetti e il loro modo di essere e di agire; potere di incidere sui singoli aspetti della personalità individuale).

⁽²³⁾ SCUDIA, *Diritto penale comunitario*, 1222 s., il quale richiama analoghe distinzioni utilizzate con riferimento al problema della potestà penale delle Regioni italiane, in funzione di legittimazione di una tale potestà. Questa è stata negata già da Corte cost., 26 giugno 1956, n. 6, in *Giur. cost.*, 1956, 588, con nota di VASSAL-LE, 103 ss.). Il problema della potestà punitiva delle Regioni apre una prospettiva pluralistica che, per ciò solo, è simile a quella connessa, sempre dal punto di vista

Tuttavia, in quanto esclude un pregiudizio dell'«essenza» della sovranità statale, la proposta in esame non pare oggi più in grado di coincidere con la portata del diritto comunitario. Le coppie concettuali affermate ai fini ripartitori sono in complesso fondate sulla pretesa di separazione di quanto atterrebbe all'economico⁽²⁴⁾, che non è riuscita a trovare affermazione, oltre che nel diritto comunitario⁽²⁵⁾, nello sviluppo dei campi di interesse del diritto penale dell'economia.

È ormai chiara, infatti, quanto meno la possibilità che la considerazione di beni e rapporti di vita «economica», e quindi la regola che li riguarda, comporti la considerazione di beni e rapporti «non economici» («personali»). Si rendono evidenti e rilevanti nessi che legano gli uni e gli altri, e assume importanza decisiva, tra l'altro, la determinazione del verso di nessi di strumentalità⁽²⁶⁾.

In questa situazione, non risulta nemmeno più proponibile, ai fini di una ripartizione del dominio penale tra Stati e Comunità, una distinzione sufficientemente netta e dotata di sufficiente operatività, rispettivamente tra un nucleo duro del diritto penale (*Kernstrafrecht*, *real crimes*), comprendente le lesioni socialmente più rilevanti, e diritto penale accessorio (*Nebenstrafrecht*, *quasi crimes*), comprendente aggressioni ad una sfera meramente convenzionale⁽²⁷⁾.

Il punto cruciale resta, dunque, quello dell'attribuzione di competenza penale. Ritorniamo, quindi, alle deduzioni da cui emergerebbe la possibilità di ravvisare competenze normativo-penali comunitarie e in particolare penali-criminali. Su queste ipotesi e sul loro positivo fondamento si incardmano i problemi principali che il diritto comunitario induce a sollevare rispetto al nostro tema. Si tratta di problemi

nazionale, al problema della potestà punitiva comunitaria, e ne condivide i principali temi, in particolare quelli legati al ruolo rappresentativo del Parlamento statale, all'inderogabilità dei principi costituzionali supremi (v. Capitolo quinto).

⁽²⁴⁾ Nel senso della separazione della sfera economica pare orientata anche l'indagine di JOHANNES, *Das Strafrecht im Bereich der europäischen Gemeinschaften*, 66. Cfr. pure, di recente, BORRICAND, *Vers l'Europe pénale*, 109, 115.

⁽²⁵⁾ V. *supra*, Capitolo terzo, par. 5.

⁽²⁶⁾ Cfr., volendo, BIONDARO, *Comuni*, ID., *Rischio consentito*, oltre all'ampia indagine di PATRONO, *Diritto penale dell'impresa, passim*. Ulteriori sviluppi, *infra*, Capitolo quinto, par. 4.

⁽²⁷⁾ Sulla distinzione, assunta in ambito comunitario, TULKENS, *La fraude*, 216.

accumunabili sotto l'insegna della questione concernente il valore assegnabile al principio di legalità penale secondo il diritto comunitario e nei confronti delle norme attributive di competenza (in ipotesi) penale. Sono coinvolti, soprattutto, due particolari aspetti, peraltro connessi, della legalità penale, radicati in molta parte dei diritti nazionali di ispirazione continentale: la legalità-determinatezza (*nullum crimen sine lege scripta et stricta*) e la legalità-democrazia (legalità parlamentare, riserva di legge parlamentare), che vengono posti al confronto con la norma che, in ipotesi, attribuirebbe competenza penale alla Comunità. Si affacciano, così, esigenze che, se trovassero accoglimento nell'ordinamento comunitario, sarebbero in grado di paralizzare alquanto le pretese di espansione comunitaria in ambito penale, e in particolare la rivendicazione di competenze penali positive.

2. Dai principi generali del diritto comunitario, e in particolare dai diritti fondamentali, non sgorgano soltanto dai suscettibili di essere assunti in una prospettiva di conferma dell'esistenza di un potere punitivo comunitario. I diritti fondamentali sono, al contrario, più di frequente utilizzati in senso contrario, secondo la prospettiva liberale⁽²⁹⁾. La dottrina penalistica tende a negare alla Comunità quanto meno competenze penali criminali, tramite la ricostruzione sul piano comunitario del principio del *nullum crimen*, nelle sue varie estensioni.

Contro affermazioni di esistenza di competenze penali-criminali comunitarie da esercitarsi tramite regolamenti, l'opinione dominante nella letteratura penalistica⁽³⁰⁾ pone una argomentata obiezione, rite-

⁽²⁹⁾ Capitolo terzo, par. 5.1.

⁽³⁰⁾ Sul punto, di recente, SIEBER, *Unificatione*, 976 ss.; PATRONO, *Diritto penale dell'imprea*, 149; GRASSO G., *Comunità europee*, 55 ss., 63 ss. (v. tuttavia, sulla posizione di questo A., quanto si rileverà *infra*, nota 33); TILKENS, *La fraude*, 218 ss.; JESCHKE, *Einleitung*, n. marg. 107; BOGENSENBERGER, *Strafrecht in der Gemeinschaft*, 102; FERRÉ OLIVE, *Derecho penal y competencias de las Comunidades europeas*, 815. V., inoltre, DANNECKER, *Strafrecht*, 26, 40; MEZZETTI, *La tutela penale*, 216; BIANCARIELLO, *Le principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale*, 131 s.; OEHLE, *Fragen zum Strafrecht*, 1404; Id., *Der europäische Binnenmarkt*, 561; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, 11; PEDRAZZI, L'in-

nuta insuperabile⁽³¹⁾, che è in sintesi la seguente: tra i principi del diritto che assieme al trattato costituiscono il diritto comunitario e che si

fluenza, 613; SCHUBB, *Diritto penale comunitario*, 1229; BRUNN, *Der strafrechtliche Schutz*, 90 s.; OLMI, *La sanction des infractions au droit communautaire*, in AA.VV., *Droit communautaire et droit pénal*, 170; BUCOLA, *Alcune osservazioni*, 216; PABST, *Der strafrechtliche Schutz*, 179; OPRLEMAN, *Europarecht*, 223; TESKE, *Die Sanction*, 271 s.; HEITZER, *Punitivae Sanctionen*.

⁽³¹⁾ Degno soltanto di menzione è l'argomento c.d. storico, che viene opposto al riconoscimento dell'attribuzione di una potestà punitiva alla CEE: un sistema penale sovranazionale era stato concepito in *delitto* nel Trattato di Parigi del 1952, istitutivo della Comunità europea di difesa, concluso tra i sei Stati della CEECA (trattato che il Parlamento francese nel 1954 si è rifiutato di ratificare), altrettanto sarebbe stato fatto per le Comunità europee, se fosse esistita l'intenzione di dotarle di poteri penali (v., al riguardo, per tutti, JESCHKE, *Die Strafgesetze*, 496 ss.; GRASSO, *Comunità europee*, 42 ss.). Questa conclusione, tuttavia, presuppone e non dimostra l'esistenza di una norma secondo cui trasferimenti di competenza penale dovrebbero realizzarsi esclusivamente secondo le indicate modalità.

Va segnalato, inoltre, che in letteratura viene prospettato l'ostacolo costituito dal principio di uguaglianza. Esso acquisterebbe fondamento nella nozione per cui una potestà punitiva sovranazionale troverebbe «la barriera della assoluta non omogeneità sociale, politica ed economica dei Paesi membri», sicché tale potestà provocherebbe ulteriori disuguaglianze: si rivelerebbe, infatti, come priva di senso «una comune risposta punitiva rispetto alla violazione di interessi che trovano, nella coscienza sociale, nel sistema economico e politico dei singoli Paesi membri, diverse, a volte opposte valutazioni» (PATRONO, *Diritto penale dell'imprea*, 150 s.).

Per vero, genera perplessità la generalizzazione che sta a fondamento di questa obiezione, assieme alla ritenuta «assolutezza» della disomogeneità. Essa, anche nella sua radicalità, è piuttosto incongrua, soprattutto rispetto alla stessa ragion d'essere del diritto comunitario, che pur in certi limiti non si contesta. Va notato, in primo luogo, che il problema dell'«uguaglianza» non può che attenerne ad uno specifico contenuto di un dato (eventuale) intervento normativo penale e non già all'azione normativa-penale comunicata genericamente intesa. In secondo luogo, detto problema si pone prima di tutto quando il compito di reprimere penalmente infrazioni del diritto comunitario sia affidato agli Stati e risulti da questi svolto in modo tale da non assicurare omogeneità di disciplina, per ciò che vi è di comune, nell'ambito europeo (SCHUBB, *Diritto penale comunitario*, 228; GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale*, 188; TESAURO, *La sanction*, 480 s.) — come regolarmente accade (v. Capitolo terzo, par. 7). La competenza penale comunitaria si propone come strumento di soluzione di disuguaglianze; l'obiettivo dell'azione comunitaria sta nella composizione di conflitti anche tramite l'uniformazione giuridica, ragioni per cui la competenza penale comunitaria viene in discussione

conformano, tra l'altro, secondo le tradizioni costituzionali comuni e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, vi è quello secondo cui il diritto penale sgorga esclusivamente da norme scritte, tassative, determinate e direttamente approvate con leggi di un parlamento democratico.

Sotto questo profilo, l'argomento delle diversità (in una parola) «culturali» non riesce ad affermarsi in una dimensione assolutizzante, quasi come una «eccezione» dell'argomento della sovranità, anche a prescindere dalla stessa difficoltà di ricostruire il diritto penale nazionale come espressione della cultura nazionale e di assegnare una forza di resistenza all'unificazione in dimensione europea, maggiore di quella riconoscibile ad altri settori giuridici (cfr., con riferimento al tema dell'identità nazionale e culturale, intesa come ostacolo alla configurazione di modelli penali comuni, i rilievi critici di WIEGAND, *Streiflicht durch internationale Verhältnisse*, 785). Può notarsi, inoltre, che voci autorevoli non riconoscono l'esistenza dei presupposti culturali per una operazione di fondazione del diritto penale europeo (PAGLIARO, *Diritto penale e cultura europea*, 147; ID., *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*), anche evidenziando, nella più ampia prospettiva dell'«internazionalizzazione» del diritto penale, che si è raggiunto un alto grado di identità dei valori fondamentali negli ordinamenti penali nazionali (VASSALLI, *Prospettive per una corte internazionale penale*, Cfr. BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsbeschränkung*, il quale avanza la pretesa di individuare la base comune per l'edificazione di un diritto penale europeo nella lingua corrente comune. Criticamente, sul punto, v. LESCH, *Täterschaft*, 112 s.).

D'altro canto, in linea generale, nulla si oppone al fatto che le sanzioni nazionali siano non del tutto uniformi, in quanto concepite in base alle esigenze di un gruppo sociale determinato secondo la relativa «scala di valori»: quel che importa, invece, è che le differenze non siano tali da compromettere il buon funzionamento del sistema comunitario (in questo senso TESAURIO, *La sanzione*, 509, il quale richiama CGCE, 21 settembre 1983, 205-215/82, *Milchkontor*, in *Raccolla*, 1983, punto 24 in motiv.). Così pure margini di tolleranza si pongono in ordine al diverso atteggiarsi di sanzioni di fonte comunitaria nel momento in cui dovessero coniugarsi con i principi e le regole generali dei vari ordinamenti nazionali (il problema è attuale in relazione alle norme di parte generale applicabili in tema di illecito penale amministrativo comunitario — sanzioni c.d. non indipendenti. Sul punto v. VOGEL, *Bertrag zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften*).

namente rappresentativo, il che è espressione del diritto fondamentalmente di libertà; il principio in questione vive in ambito comunitario, recepito in via di c.d. comparazione avalorativa sulla base del richiamo del cenato diritto c.d. non scritto (art. 164 T.C.E.), così come risultano recepiti i diritti fondamentali: «nullum crimen nulla poena sine lege parlamentaria»⁽¹⁷⁾; ma non si rinvergono attribuzioni di competenza comunitaria che siano conformi a questo principio, perché l'impianto comunitario è caratterizzato da un *deficit* democratico, la funzione legislativa essendo attribuita ad organi, come il Consiglio e la Commissione, non democraticamente eletti; pertanto non è dato di ricostruire le competenze comunitarie in senso inclusivo di competenze penali-criminali.

Dalla constatazione di un *deficit* democratico comunitario sgorga, dunque, le resistenze alla creazione di nuovo diritto penale tramite la fonte comunitaria: le istituzioni comunitarie non rifletterebero il principio di legalità-democrazia, quindi reati e pene criminali non potrebbero legittimamente essere creati in sede sovranazionale, e tanto meno la Comunità potrebbe incidere sulla sanzione penale nazionale. Insomma, non vi sarebbe stata alcuna limitazione degli Stati membri in punto di sovranità penale-criminale.

Non parrebbero in grado di temperare la resistenza della dottrina penalistica neppure le nuove procedure decisionali implicanti una partecipazione del Parlamento europeo con sostanziale diritto di veto⁽¹⁸⁾ (c.d. codicisione legislativa⁽¹⁹⁾), prevista accanto alle procedure di pa-

⁽¹⁷⁾ Per l'espressione, VOGEL, *Die Kompetenz*, 183.

⁽¹⁸⁾ Modeste aperture in tal senso in DELMAS-MARTY, *La répression*, 587. Cfr., inoltre GRASSO (*Comunità europee*, 82; ID., *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*), secondo il quale le esigenze di formazione di legalità penale sarebbero soddisfatte a sufficienza se si affidasse la funzione legislativa congiuntamente ad un Parlamento democraticamente eletto ed a un Consiglio formato dai rappresentanti degli Stati membri eletti dai rispettivi Governi. L'A. pare implicitamente ritenere insoddisfatte queste condizioni nell'assetto attuale dei Trattati.

⁽¹⁹⁾ Come previsto dall'art. 189B T.C.E. Sono, in particolare, interessati i seguenti settori di cui allo stesso trattato: libera circolazione delle persone (art. 49); diritto di stabilimento (art. 54 par. 2, 56 par. 2, 57); ravvicinamento delle legislazioni nell'ambito della realizzazione del mercato interno (art. 100A par. 1, 100B par. 1); istruzione (art. 126 par. 4 primo trattino); cultura (art. 128 par. 5 primo trattino).

re conforme⁽³²⁾ e cooperazione⁽³³⁾, oltre a quelle di semplice informazione e consultazione⁽³⁴⁾. Del resto, l'impegno dei parlamenti nazionali si rivelerebbe imprescindibile, in base all'assegnazione della massima forza espansiva al principio democratico, nonostante il Parlamento europeo fosse, in ipotesi, titolare di pieni poteri legislativi. Si potrebbe, infatti, sostenere che un Parlamento europeo, pur se dotato di un alto grado di rappresentatività e di tali poteri, non sarebbe comunque in grado di far fronte adeguatamente a certe perdite di democrazia che deriverebbero dal solco aperto tra governanti e governati

trattino); sanità pubblica (art. 129 par. 4 primo trattino); protezione dei consumatori (art. 129 A par. 2); reti trans-europee (art. 129 D co. 1); ricerca e sviluppo tecnologico (art. 130 par. 1); ambiente (art. 130 S par. 3).

Per l'impiego dell'espressione «editto di veto» v. STREINZ, *Die demokratische Legitimation*, 222. Sulla nuova procedura di codificazione v., inoltre, RAWORTH, *A Third Step Forward: Maastricht and the Democratisation*. Ulteriori notazioni sulla rilevanza della procedura ex art. 189B T.C.E. saranno svolte *infra*, par. 6.2.

(32) Sempre nel T.C.E., il potere conforme è richiesto, tra l'altro, per l'adozione di atti legislativi intesi a facilitare l'esercizio dei diritti di circolazione soggetto (art. 8A, par. 2), o concernenti i fondi strutturali e quelli di coesione (art. 130 D), l'elezione del Parlamento europeo (art. 138 par. 3), attribuzioni della Banca centrale europea (art. 105, par. 6), oppure certi accordi internazionali (art. 228 par. 3).

(33) Sono interessati, tra l'altro, i seguenti settori contemplati dal T.C.E., secondo la procedura fissata dall'art. 189C stesso trattato: trasporti (art. 75, par. 1); definizioni necessarie ai fini del divieto di accesso privilegiato alle istituzioni finanziarie (art. 104 par. 2); definizioni necessarie ai fini del divieto di concedere facilitazioni creditizie a istituzioni o organi comunitari, ovvero garanzie per amministrazioni statali e enti pubblici (art. 104B); Fondo sociale europeo (art. 125); formazione professionale (art. 127 par. 4); reti trans-europee (art. 129 D co. 3); ricerca (art. 130 C co. 2); ambiente (art. 130 S par. 1); cooperazione allo sviluppo (art. 130 W par. 1).

(34) Il Parlamento è informato e consultato su principali aspetti dell'attività nei nuovi settori contemplati dal titolo V e VI T.U.E. È consultato, inoltre, sulle proposte di misure da adottare in tutte le nuove competenze della Comunità europea non riguardate da procedure di parere conforme, codificazione o cooperazione (diritti di voto dei cittadini: art. 8 B par. 1 e 2; completamento dei diritti dei cittadini: art. 8E; visti per i cittadini dei paesi terzi: art. 100C; talune disposizioni dello statuto del Sistema europeo delle banche centrali: art. 106 par. 6; sistema dei tassi di cambio dell'ecu: art. 109; industria: art. 130), e su competenze già esistenti per le quali, prima di Maastricht, non era prevista la consultazione (concorrenza: art. 94; ravvicinamento delle legislazioni: art. 100).

per effetto dell'incremento dimensionale della struttura organizzativa realizzato nel passaggio dal sistema statale a quello comunitario⁽³⁵⁾.

Allo stesso ostacolo del *deficit* democratico fa riferimento anche la dottrina, tuttora minoritaria, secondo cui la competenza penale-criminale negativa non sarebbe attribuita: così come una norma comunitaria non potrebbe porre un precetto penale, allo stesso modo non avrebbe la forza di annientare un precetto penale formulato tramite la legge di uno Stato membro⁽³⁶⁾.

Nella preclusione incorrerebbe, secondo l'opinione più diffusa, soltanto la normativa di fonte regolamentare che costituisca esercizio di competenza penale positiva, avente un effetto diretto ed immediato sulla legislazione penale degli Stati membri, mentre sarebbe ammessa l'eventualità che tramite direttive, anche dettagliate, o norme regolamentari, sia imposto agli Stati un certo assetto dell'ambito penale. Si ritiene, infatti, che questi ultimi strumenti siano comunque impiegabili senza che perciò vi sia contrasto con il principio del *nullum crimen*, abbinato che le disposizioni comunitarie, per quanto dettagliate, abbisognano dell'intervento del parlamento nazionale. Quest'ultimo, dal punto di vista nazionale, potrebbe anche rifiutarsi di recepire – irrilevante rimanendo che ciò provochi l'apertura di una procedura di in-

(35) V., al riguardo, gli argomenti addotti in generale, rispetto al Trattato di Maastricht, nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale tedesco (12 ottobre 1993, in *EuZW*, 1993, 667. Traduzione italiana in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 173).

Può qui notarsi, anche per profili che emergeranno in seguito, che la dottrina penalistica in complesso finora non ha manifestato dubbi (e nemmeno posto la questione) sulla legittimazione democratica del Parlamento europeo così come attualmente questa istituzione è disciplinata, e in particolare sull'identità del Parlamento europeo, sotto il profilo della rappresentatività, ad essere (futuro) destinatario di competenze legislativo-penal. La questione generale si è posta, tuttavia, in studi di diritto costituzionale e di diritto comunitario. V., per un primo esame, e convincenti conclusioni affermative, in generale CLASSEN, *Europäische Integration*, 2466 ss.; e, da un punto di vista penalistico, GROMMERT, *Die Verpfändung des deutschen Strafgesetzbuchs zum Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften*, 138 ss. (ivi considerazioni critiche sulla sentenza sopra citata. Per ulteriori indicazioni riguardo a questa decisione v. Capitolo quinto, nota 42).

(36) PATRONO, *Diritto penale dell'impresa*, 166.

frazione nei confronti dello Stato membro - ⁽⁴¹⁾. Si obietta, tuttavia, d'altra parte, che sostanzialmente permarebbe il *deficit* democratico, passando attraverso un «*deficit* valutativo» dei parlamenti nazionali ⁽⁴²⁾.

Una seconda preclusione a competenze penali comunitarie proviene da un'opinione di minoranza secondo cui dovrebbero considerarsi interdette non solo competenze penali criminali, ma anche competenze penali amministrative ⁽⁴³⁾. Nella cornice democratica le esigenze della legalità non sarebbero soddisfatte dalla semplice riserva di legge parlamentare ma postulerebbero, inoltre, requisiti di determinatezza della norma autorizzativa della disposizione penale. Sanzioni punitive

⁽⁴¹⁾ GRASSO G., *Comunità europea*, 192 ss., il quale comprende nel potere comunitario anche la disposizione sulla sanzione; ID., *La tutela penale degli interessi finanziari delle comunità europee*, 389 ss.; SIEBER, *L'unificazione*, 979, che lascia aperto il problema del grado di dettaglio della *Sanktionsnormen*; TIEDEMANN, *Diritto comunitario*, 217 ss., il quale, sulla scia di JOHANNES (Das *Strafrecht im Bereich der europäischen Gemeinschaften*, 108), nega accesso alle prescrizioni dettagliate in direttiva quanto alla sanzione, ma, sempre riguardo alla sanzione, manifesta aperture sulla possibilità di utilizzare regolamenti in funzione direttiva.

Sull'ammissibilità della direttiva v., inoltre, BERKAUD, «*Principi di diritto e diritto penale europeo*», 163 ss.; SCHUBA, *Diritto penale comunitario*, 1229; PUDALSKI, *Il razionalismo delle legislazioni penali nell'ambito della comunità economica europea*, 463 ss.

Contro direttive di contenuto penalistico v. OEHLEK (Fragen zum *Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft*), il quale, sulla base del principio del *nullum crimen*, riconosce alla Comunità soltanto la competenza a prescrivere genericamente agli Stati di adottare sanzioni in un certo ambito di tutela (opinione ribadita in *Der europäische Binnenmarkt und sein wirtschaftsrechtlicher Schutz*, 565 s.).

Sull'impossibilità di estensione in ambito penale, e in *malum partem*, dell'indirizzo generale assunto dalla giurisprudenza comunitaria in tema di disposizioni dettagliate di direttive esecutive, v. Capitolo terzo, par. 6.3.

⁽⁴²⁾ PATRONO, *Diritto penale dell'impresa*, 154. Cfr. TIEDEMANN, *Diritto comunitario*, 154: «...la competenza direttiva non è in ogni caso identica, formalmente, alla autorizzazione a creare diritto» (censivo nostro).

⁽⁴³⁾ SIEBER, *Unificazione*, 978 ss.; VOGEL, *Die Kompetenz*, 183 s. Cfr. pure OEHLEK, *L'importanza del diritto penale economico nella nuova Europa*, 34, e MEZ-ZEITZ, *La tutela penale degli interessi finanziari*, 214 ss., 225 ss. Per l'orientamento prevalente, che limita l'ostacolo al settore penale-criminale v. GRASSO, *Comunità europee*, 84 ss.; TIEDEMANN, *Diritto comunitario*, 220.

rientrerebbero nella competenza comunitaria solo là dove espressamente previste, vale a dire soltanto in base all'art. 87, par. 2, del TCE (ammende e pene di mora). Questa disposizione esprimerebbe inequivocamente il consenso degli Stati, quindi dei Parlamenti nazionali, a certe competenze penali comunitarie.

3. Riguardo alle obiezioni illustrate, è anzitutto opportuno notare l'accettazione, da parte della dottrina penalistica, di scendere al confronto sul piano del diritto c.d. non scritto su di una questione così importante come l'esistenza di una potestà punitiva della Comunità europea. La ragione è che le disposizioni del Trattato deporrebbero piuttosto chiaramente in senso affermativo ⁽⁴⁴⁾.

Perciò si va alla ricerca di ulteriori valori in grado di comprimere la pretesa testuale, richiamando ideali dell'Illuminismo giuridico ⁽⁴⁵⁾; il

⁽⁴⁴⁾ SIEBER, *Unificazione europea*, 976; GRASSO, *Comunità Europee*, 62. Sul punto v. quanto riferito nel Capitolo secondo, par. 4.

⁽⁴⁵⁾ Questi ideali proprii in Italia, nella Repubblica di Venezia e in Lombardia, ebbero la prima più limpida formulazione da parte di generali precursori (su tale sviluppo storico cfr. COZZA, *Politica e diritto nei tentativi di riforma del diritto penale veneto nel Settecento*, 373, 389, 403; CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*). Tra tutti, il libro di Beccaria (*Dei delitti e delle pene*) si presentò come il manifesto di tutto l'Illuminismo giuridico, che poneva sotto accusa l'intera tradizione del diritto comune con argomentazioni - come si è ben notato (CAVANNA, *La codificazione*, 18) - scaturite da un «cambio puramente penalistico» (cfr., per tutti, DENTRA G., *Attualità del pensiero penale di Cesare Beccaria*, 76). All'epoca, la generale tendenza legislativa continentale-europea verso un sistema codificato ha raggiunto le prime positive soluzioni, pur nella diversità delle matrici politiche e culturali, proprio a partire dai rami penale e processuale penale del diritto, con netto anticipo rispetto alle codificazioni civili (cod. pen. austriaco 1787; cod. pen. francese 1791) (CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, 152, 193; CAVANNA, *La codificazione*, 20). Ma solo con l'affermarsi delle moderne Costituzioni statali, il principio democratico, del resto incarnato negli stessi ideali illuministici, si è meglio realizzato, ancorato alla sovranità popolare, connotando pervasivamente l'afflato legislativo nello Stato costituzionale, appunto, democratico e di diritto (Cfr. FIORELLI, *Costituzione Stato di diritto*, 325). Sul collegamento tra Stato di diritto e principio di divisione dei poteri, da una parte, e principio di legalità dall'altra parte, v. anzitutto, in generale, CARASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, 121 ss., 148 ss., 161, 191 ss., e, in riferimento all'ambito penalistico, con riguardo al generale significato storico-degomatico assunto dal

principio di stretta legalità democratica sarebbe il principio assiologico risolutore, in senso negativo.

Ora, il punto decisivo in discussione concerne la possibilità di reperire nel diritto comunitario la regola negativo-esclusiva affermata dalla dottrina penalistica. Talune difficoltà emergono, anzitutto, sia rispetto al procedimento comparatistico, sia nel confronto con le indicazioni provenienti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

3.1. Sul versante del procedimento comparativo invocato dai sostenitori della soluzione radicalmente negativa si riflette un'immagine del diritto penale formulata in base a preferenze che in genere si radicano in tradizioni penalistiche legate a taluni diritti nazionali. Si affermano modelli caratterizzati dal monopolio del legislatore democratico-parlamentare sul diritto penale, con conseguenti, stringenti limiti ad eventuali deleghe di poteri normativo-penalì all'Esecutivo ed esclusione, comunque, della giurisprudenza.

Questi modelli, tuttavia, se possono riconoscersi, quanto meno a grandi linee, nei sistemi di alcuni degli Stati membri, in altri non trovano sicuri riscontri o non li trovano affatto. Tra i primi possono ricordarsi i sistemi di Italia, Germania e Spagna, mentre tra i secondi già va annoverato l'ordinamento francese, laddove funzioni legislativo-penalì (c.d. «amministrative») sono ampiamente assegnabili all'Esecutivo⁽⁴⁾. Quei modelli, inoltre, risultano slegati dal portato delle esperienze pe-

principio di legalità, GIASSO P.G., *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, 2, 9 ss., 12, 29), per mezzo dall'incontro della concezione dello Stato di diritto nella forma «pura» e di quella, ulteriore, dello Stato sociale di diritto (per tutti, VILLANI, *Stato sociale di diritto. Decifrazione di una formula*, 55; TREVES, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, 1591 ss.; PAGALLO, *Ambiguità dello stato sociale*).

(4) V., tra gli altri, CONTI-MAISTRE DE CHAMPEON, *Droit pénal général*, 76 ss.; e, con riferimento al nuovo codice penale francese, SALVAGNI, *Droit pénal général*, 22 s. Sulla considerazione delle autorità amministrative indipendenti di stampo francese, e con riferimento all'armonizzazione di sanzioni penali, viene rilevato da THIEDEMANN (*Diritto comunitario e diritto penale*, 218) che di fronte alla crisi del parlamentarismo nazionale la riserva di legge potrebbe essere sostituita da istanze amministrative ampiamente indipendenti.

nalistiche di sistemi di *common law*⁽⁵⁾. I diritti d'oltremanica ancora vedono il Parlamento come coprotagonista della vicenda normativa penale, accanto alla giurisprudenza⁽⁶⁾, e conoscono ampie forme di delegazione all'Esecutivo⁽⁷⁾.

Sicuri automatismi nella traslazione di principi penali nazionali sul piano comunitario non sono in grado di affermarsi sulla base della «comunanza»; non lo sarebbero neppure se si volesse ammettere la ri-

(5) Come rileva THIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, 218. Per un primo approccio a questi sistemi v. HUBER, *Landesherrsch und Parlamenten*, 479; VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*, 10, 17 ss.; CADOPPI, *Dalla judge-made law al criminal code*; CADOPPI - MCCALL SMITH, *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*.

(6) Peraltro, non si può disconoscere la tendenza alla «statutorizzazione» se non anche proprio alla codificazione, come nel diritto inglese, ma più per esigenze di certezza collegiate (spintosi ingenuamente) alla *lex scripta* che di legittimazione democratica (Cfr. DENNIS, *A criminal Code for England*, 352 ss., L'A., peraltro, non riporta casi di divergenza tra Parlamento, o opinione pubblica, e giudici. V., inoltre, CADOPPI, *Dalla judge-made law al criminal code*, 923 ss.).

Sulla persistenza del potere creativo giudiziale in relazione a nuove offese, nel diritto inglese, v. CARU, *Criminal Law*, 13, il quale peraltro evidenzia che «in a democratic society the creation of new offences should be done by the legislature» (v. anche ivi, 9 s., sul notevole ruolo determinante del *common law* nella fissazione del *punishment*).

Nel diritto inglese, l'autorità del Parlamento non è ritenuta un derivato del *common law*, mentre quest'ultimo conferisce alle corti poteri normativi non derivati dalla legislazione (KARZ, *Practical Reason and Norms*, 130). Su questo presupposto si può ben apprezzare sotto il profilo penalistico che il principio per cui la legge parlamentare ha preminenza sui precedenti giudiziali e il giudice non la può sindacare in base al diritto c.d. non scritto, è un principio di diritto non scritto (v., riguardo a questo principio, e per ulteriori notazioni riguardo alla possibilità di dissaplicazione di leggi e precedenti che siano tra loro in insanabile contraddizione, GÖNDHUT, *Das englische Strafrecht*, 177).

(7) Il Parlamento britannico non incontra limiti al suo potere di delegare ampiamente e generalmente l'Esecutivo. Basti dire che l'«European Communities Act» del 1972 contiene un'autorizzazione a che l'Esecutivo assolve, tramite regolamenti, gli obblighi derivanti dal diritto comunitario; su questa base l'Esecutivo crea fattispecie penali colpite con pena privata della libertà personale. Cfr. JONES, *Administrative Law*, 71; criticamente WALKER, *The english legal system*, 95 s. Sull'ampiezza delle deleghe Parlamento-Esecutivo in ambito penale v., inoltre, CARU, *Criminal law*, 11 ss.; LOEWENSTEIN, *Staatsrecht und Staatspraxis von Großbritannien*, 354 s.; WADDE, *Administrative law*, 847.

levanza di una comunanza non già piena bensì limitata ad un numero significativo di diritti nazionali. Ciò può apprezzarsi con riferimento all'esigenza di rinvenire un principio di legalità-determinatezza da applicare alla norma attributiva di competenza penale. L'esigenza sostenute lo scopo di riconoscere soltanto attribuzioni penali che siano espresse come tali, per le quali sarebbe, quindi, riconoscibile senza incertezze la volontà degli Stati membri (dei parlamenti nazionali) rivolta alla creazione di competenze penali comunitarie. Il diritto comunitario ha già sviluppato alcune indicazioni significative in senso negativo sulle quali è opportuno soffermarsi.

Preliminarmente si consideri che certa dottrina comunitarista, — in sede di elencazione delle disposizioni da cui si trarrebbe il principio delle competenze espresse, enumerate, nominate, limitate — assimila il valore normativo degli art. 4 e 189 T.C.E. a quello dell'art. 145 dello stesso Trattato (v. anche art. 155) ⁽⁹⁾, per la parte in cui quest'ultimo articolo fissa la regola di legalità dell'azione normativa esecutiva delegata alla Commissione da parte del Consiglio. Si pretende di desumere dall'art. 145 cit. una nozione di delega da impiegarsi agli effetti del trattato, e si affermano in particolare requisiti di accuratezza descrittiva e necessità di interpretazione letterale. A questa nozione si vuole che lo stesso trattato corrisponda, dato che il trattato conterrebbe «poteri d'azione delegati» ⁽¹⁰⁾ dagli Stati alla Comunità.

Non pare, tuttavia, che l'art. 145 consenta di andar oltre l'affermazione del discrimine per cui le «scelte politiche essenziali» spettano al Consiglio e tutto il resto alla Commissione, salva l'eventuale specificazione di date modalità di esercizio delle competenze conferite alla Commissione stessa, nel qual caso le modalità stesse devono risponde-

⁽⁹⁾ Sull'implicazione di questi riferimenti testuali v., per tutti, SCHWITZER-HUMMER, *Europarecht*, 75.

⁽¹⁰⁾ Cfr. MEXICOZZI, *European Community Law*, 44, L'A., dopo aver riportato gli art. 3 e 189 T.C.E. e dedotto che la Comunità «has only enumerated powers» rileva: «In practice, the Community has not shown itself to be constrained by having only delegated powers of action. In other words, the Community has not read the cited provisions literally. Instead, the Community has interpreted such provisions as qualified by Articles 235 e 236, and particularly by broad use in Community law of the theory of implied powers. The Court of Justice's cooperation in this interpretation has been decisive».

re a principi e norme prefissati. Proprio in materia di sanzioni punitive un così ampio regolamento di confini è stato recepito dalla Corte di giustizia ⁽¹¹⁾. La Corte ha, infatti, affermato che, secondo quanto prevedono gli art. 145 e 155 T.C.E., il Consiglio, dopo aver fissato in un regolamento le disposizioni essenziali della materia disciplinata, cioè quelle che traducono gli orientamenti fondamentali della politica comunitaria, ben può delegare anche in termini meramente generali la Commissione a stabilire sanzioni in materia tramite un regolamento esecutivo delegato, senza necessità neppure di una abilitazione che espressamente e pur genericamente concerna sanzioni — nella specie, la Commissione aveva creato sanzioni (penali - amministrative contro frodi nel settore agrario) ⁽¹²⁾.

Secondo la Corte, la delega riguardo alle sanzioni non concerne elementi «essenziali» ⁽¹³⁾, e il Consiglio non è tenuto a precisare elementi essenziali del delegato potere generale di stabilire le modalità di applicazione delle regole essenziali.

Certa dottrina penalistica rivolta a ricercare un principio di legalità-determinatezza riferibile specificamente alle attribuzioni di competenza punitiva alla Comunità, rileva che nella decisione appena menzionata non è stata recepita (è stata rifiutata) la proposta di applicazione di un siffatto principio nell'ambito del diritto primario comunitario, cioè nei confronti del Trattato CE ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ CGCE, 27 dicembre 1992, 240/90, RFT/Commissione, 30 ss. (cit. nota 22 del capitolo primo).

⁽¹²⁾ Cfr., inoltre, CGCE, 17 dicembre 1970, 25/70, Einfuhr- und Vorratssätze für Getreide und Futtermittel/Köster, in *Raccolla*, 1970, 1161. In letteratura, di recente, LENAERTS, *Regulating the regulatory process: delegation of powers in the European Community*, 23; HUMMER, *sub art. 155 n. marg. 50*, in GRABITZ-HUE, *Commentar*, (con ult. ind. giur.).

⁽¹³⁾ CGCE, 27 dicembre 1992, 240/90, cit. (Capitolo primo, nota 22), punti 41 s. in motivazione.

⁽¹⁴⁾ Sul punto, esattamente, VERVAELE, *Compétences en matière de sanctions*, 947 ss.; e, criticamente rispetto alla decisione in esame, in quanto questa ammette una delega generica, GRASSO, *Recenti sviluppi*, 751.

⁽¹⁵⁾ VOGLI, *Die Kompetenz*, 182. Cfr. pure SPANOWSKY, *Wettbewerbsvertrags-Dogmatik*, 329; APPEL, *Kompetenzen*, 189.

Già abbiamo notato che nella stessa decisione la Corte ha negato che l'unica previsione in cui sono espressamente menzionate ammende e penalità di mora,

La stessa dottrina ha ritenuto, peraltro, di poter superare diversamente l'ostacolo. Così, questa teorica, pur ammettendo che se il trattato potesse essere riguardato come un testo costituzionale, nessuno pretenderebbe particolare precisione definitoria riguardo ad enunciati che attribuiscono potestà normativa-punitiva⁽⁷⁾, tuttavia ha negato al trattato tale carattere costituzionale, sulla base della non originarietà delle competenze comunitarie (competenze derivate, delegate); e su questo presupposto ha affermato, in via di «eventuale Rechtsvergleichung», cioè per il fatto dell'esistenza in molti (ma non tutti) i diritti nazionali del principio di legalità-determinatezza della delega di poteri in campo penale, che, in mancanza di espressioni e determinate attribuzioni, la Comunità sarebbe priva di poteri punitivi.

Vi è, però, tra le altre, una notevole incongruenza nella tesi in esame, già in logica interna⁽⁸⁾. Questa tesi, invero, non rende conto del valore superiore – in definitiva, costituzionale – che implicitamente attribuisce alla regola tratta dall'esito della comparazione, né spiega la ragione per cui riserva un valore inferiore – non costituzionale – alle disposizioni del trattato che deporrebbero in senso contrario.

L'art. 87 T.C.E. sia la sola ipotesi di attribuzione di potere normativo-punitivo alla Comunità (Capitolo secondo, par. 4.2). Esigenza di determinatezza sono state negate dalla Corte di Giustizia anche in relazione alla norma che impone agli Stati provvedimenti coercitivi (v. la decisione "maie greco" e quella del 10 luglio 1990, 217/88, di cui si è detto nel Capitolo secondo, par. 2. Ulteriori indicazioni *infra*, par. 3.2, nota 76).

⁽⁷⁾ VOGEL, *Die Kompetenz*, 182 s.

⁽⁸⁾ Oltre a quanto si dirà di seguito nel testo, può notarsi che il VOGEL, se da un lato sostiene che la Comunità, diversamente dallo Stato, non gode di una competenza normativa originaria nel senso di una «Allzuständigkeit», dall'altro lato tuttavia riconosce che il moderno Stato di diritto abbisogna di attribuzioni di poteri (*Die Kompetenz*, 180, nota 74. E v. già ZWIEGER, *Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 604). Non perciò, tuttavia, il VOGEL nega che attribuzioni allo Stato di competenza penale possano essere formulate in modo indeterminato. Pertanto, e a parte pure quanto già si è rilevato nel Capitolo secondo circa il valore costituzionale del Trattato C.E. le su questa base v. le critiche che alla tesi del VOGEL, sono mosse da parte di APPEL, *Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft*, 184 ss.; questo valore non dovrebbe risultare incompatibile con la tesi delle competenze derivate, dal momento che le stesse attribuzioni allo Stato devono ritenersi derivate. Ne dovrebbe conseguire l'irrilievanza del criterio della derivazione delle competenze ai fini dell'apprezzamento della necessità o no di determinatezza rispetto alle attribuzioni di competenza punitiva.

La teorica in esame finisce, in buona sostanza, per ravvisare dati prevalenti rispetto a quelli offerti dal Trattato, in forza di una pretesa «comunanza», comunque non piena⁽⁹⁾, di certi principi ad ordinamenti di Stati membri. Così, viene implicitamente negata la preferenza al principio davvero comune che anche l'altrettanto comune giurisprudenza desume dagli artt. 145 e 155 cit.: deleghe di competenza, pur concernenti sanzioni punitive, non richiedono particolare accuratezza descrittiva. Questo principio, invero, si manifesta come frutto dell'intesa tra Stati aventi regolamentazioni non uniformi proprio riguardo alle tecniche di formulazione della norma di delegazione di poteri normativo-punitivi.

Inoltre, la stessa teorica manca di considerare l'eventualità che i principi di diritto «comuni» di derivazione comparatistica, ex art. 164 T.C.E., trovino collocazione di pari grado, e non già ad un livello gerarchico superiore, rispetto a quelli, almeno altrettanto comuni – e di certo più chiaramente tali –, desumibili da altre disposizioni del Trattato. Una siffatta parità gerarchica implica che, in caso di conflitto, la preferenza accordata al principio di derivazione comparatistica piuttosto che a quello del trattato, o viceversa, debba trovare adeguata giustificazione. Ma difficile appare enucleare criteri che indirizzino univocamente il problema in esame verso una soluzione di ispirazione strettamente legalitaria, e che possa dirsi comune.

D'altro canto, se si accetta il criterio della «soluzione migliore per la Comunità» riguardo alla formulazione dei principi comunitari, mantenendo l'esigenza funzionale che lo contraddistingue⁽¹⁰⁾, allora si imporrebbe di render ragione del minor valore riconosciuto ad una soluzione rispetto ad un'altra, in forza di una compiuta ricognizione del punto di vista comunitario. E ciò tanto più è a dirsi qualora si riconosca, inoltre, un peso a principi che assecondino tendenze di sviluppo già manifestatesi nel diritto comunitario⁽¹¹⁾.

⁽⁷⁾ Come riconosce lo stesso VOGEL, *Die Kompetenz*, 183. Sul punto v., inoltre, BORTI, *La Suisse face au droit (pénal) européen des affaires*, 232 s., in prospettiva critica rispetto alla giurisprudenza comunitaria, in base a certi orientamenti formati in ambito nazionale.

⁽⁸⁾ Come è emerso nei due precedenti capitoli.

⁽⁹⁾ Il VOGEL, in altro, più recente scritto (*Weg zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*) si richiama al criterio della solu-

Su questi presupposti acquisterebbe anche credito l'ipotesi per cui, dato il valore interpretativo che la stessa dottrina in esame assegna alla cernata giurisprudenza comunitaria, il problema decisivo suscitato dal diritto comunitario riguardo alla questione se valga o no un requisito di attribuzione espressa rispetto a competenze penali sarebbe quello di stabilire se l'attribuzione di tali competenze riguardi o no una scelta politica essenziale degli Stati.

Tuttavia, di fronte a questa alternativa, la stessa esigenza di determinazione si rivela piuttosto compromessa *ab origine*. Infatti, già ai fini della decisione sulla rilevanza della menzionata esigenza sono implicite valutazioni insistenti su ciò che costituisce scelta politica degli Stati e sulla scelta stessa assieme ai parametri di riconoscimento della relativa essenzialità, tutte valutazioni per le quali non risulta l'esistenza di riscontri in rigorosi e predefiniti criteri legali ⁽⁹⁾.

3.2. Taluno insiste, invocando l'art. 7, par. 1, CEDU ⁽¹⁰⁾, sulla cir-

zione migliore dal punto di vista comunitario, evidenziazione l'aspetto funzionale. Con riferimento al problema della formazione di una parte generale europea di diritto penale, l'A. giunge, tra l'altro, a ritenere che potrebbero assumere le vesti di principi europei comuni anche dati provenienti da alcuni, pochi ordinamenti evoluti, in cui si sia già manifestata una tendenza di sviluppo «europawertig und sich in das Gemeinschaftsrecht einfügend». In questa prospettiva, l'A. finisce con l'assegnare (quanto meno) pari valore, tra i materiali destinati ad elaborazione nel processo di determinazione dei principi comunitari, e ai principi nazionali e a quelli desumibili dalle disposizioni del Trattato.

Alla luce del nuovo orientamento manifestato dal VOGEL in tema di principi comunitari, e del pari valore che assumerebbero le relative fonti di ispirazione, una meccanica trasposizione di principi valevoli in alcuni ordinamenti nazionali non sarebbe sufficiente, in logica interna, a render ragione di una soluzione in tema di esistenza di poteri punitivi comunitari.

⁽⁹⁾ Cfr., per il rilievo dell'«intrinseca «politicità» del giudizio di sufficiente determinazione, PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, 559.

⁽¹⁰⁾ Art. 7 CEDU: «1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. 2. Le présent article ne porte pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été

costanza che il *nullum crimen* è principio costituzionale comune europeo nel senso di «nullum crimen *sine lege*» — una norma che sarebbe espressione dello Stato di diritto ed oggi anche del principio democratico —, e ne deduce, inoltre, la regola secondo la quale un'attribuzione di competenza penale deve essere espressa come tale e in modo determinato quanto al contenuto ⁽¹¹⁾.

In realtà, questa lettura dell'art. 7 cit., se pur trova conferma in settori autorevoli della letteratura di lingua tedesca ⁽¹²⁾, tuttavia non è corretta. Essa è frutto almeno di un'inversione metodologica, dato che si risolve in un'interpretazione della convenzione alla luce di taluni modelli nazionali che risultano conformi ad essa — ciò che da sé non prelude a modelli diversi di risultare altrettanto conformi.

L'art. 7 CEDU mira a garantire l'irretroattività del diritto nazionale o internazionale che fissa crimine e pena. L'art. 7 considera il diritto penale nazionale o internazionale quali che siano e consente di valutare la rispondenza al principio di irretroattività, indipendentemente dal fatto che il diritto penale si fondi sulla legge ⁽¹³⁾.

Se dall'art. 7 in esame fosse desumibile un ulteriore principio comune, questo suonerebbe «nullum crimen *sine iure*» ⁽¹⁴⁾ e non sarebbe

commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées».

⁽¹¹⁾ STEIER, *Unificazione europea*, 978; ID., *Entwicklung und Ziele der Vereinigung für Europäischen Strafrecht* e V., in ID. (Hrsg.), 12. Sostanzialmente conforme GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, 14.

⁽¹²⁾ V., per esempio, di recente, JESCHKE, *Grenzüberschreitende Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht*, 364 (il quale equipara l'art. 7 CEDU all'art. 8 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789: «nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée»).

⁽¹³⁾ DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, 188, per la sottolineatura che l'art. 7 CEDU «représent le principe de non-rétroactivité, du "droit" et pas seulement de "la loi", en matière de condamnation pour "infraction", donc de droit pénal».

⁽¹⁴⁾ Puntualmente, PETROBELLO — MANTOVANI, *Convenzione Europea e principio di legalità*, 497. Cfr. PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, 199 ss.; l'A. annovera il *nullum crimen sine lege* tra «i principi comuni al diritto penale di tutti gli Stati europei», e sostiene che «le particolarità di taluni

in grado di fissare una riserva di legge in senso continentale⁽⁶⁸⁾ e tanto meno una riserva di legge parlamentare⁽⁶⁹⁾, e neppure la rilevanza esclusiva del diritto scritto⁽⁷⁰⁾. L'art. 7, per quanto pur miri alla certezza del diritto penale⁽⁷¹⁾, non riesce a far corrispondere quest'ultimo al concetto formale continentale di legge penale, cui aderisce pure l'esigenza di una specifica legittimazione democratica⁽⁷²⁾.

Del resto, l'art. 7 CEDU non è in grado di stabilire stringenti requisiti di determinatezza della norma attributiva di potestà normativa

aspetti dei diritti di *common law* e dei Paesi scandinavi sono, tutto sommato, più apparenti che reali: perché i principi in questione sono sempre rispettati, anche se con modalità tecniche autonome rispetto alla maggior parte di Europa».

⁽⁶⁸⁾ CHIVARIO, *La Convenzione europea*, 84; GREGORI, *La tutela europea dei diritti dell'uomo*, 79; BOTTKE, *Tatortschaft*, 72.

⁽⁶⁹⁾ HUCKER, *The European Community's Competence*, 267 nota 141.

⁽⁷⁰⁾ NOWAKOWSKI, *sub par.* 1, n. marg. 67, in *Wiener Kommentar KREY, Keine Strafe ohne Gesetz*, 106 ss.

⁽⁷¹⁾ A ben vedere, l'art. 7 CEDU fornisce la chiave di volta per l'applicazione del principio di irretroattività nei confronti del diritto penale giurisprudenziale, anche con riferimento ai sistemi incardinati sul principio di legalità parlamentare (di diverso avviso è LEWISCH, *Verfassung und Strafrecht*, 145 s., con ult. ind.). Il tema del divieto di retroattività riflesso su mutamenti giurisprudenziali «sfavorevoli» è stato affrontato di recente, con riferimento alla situazione della RFT, da NITTMANN, *Rückwirkungsgebot bei belästigenden Rechtsprechungswandlungen der Strafgerichte?*, 331 ss. Questo A., peraltro, sulla scia di un atteggiamento che a noi consta riguardare in genere la letteratura sia germanica che italiana sulla specifica questione, non considera eventuali riflessi dell'art. 7 CEDU.

⁽⁷²⁾ Per tutti, LEWISCH, *Verfassung und Strafrecht*, 152 ss., 327 ss.; MALLINVERNI, *La réserve de la loi dans les conventions internationales*.

Si noti, peraltro, che l'art. 7 CEDU, sul piano delle incriminazioni, non pregiudica ed anzi esalta la rilevanza delle garanzie acquisite nei vari ordinamenti interni. Resta intatto il loro valore in termini di sindacato della Corte europea dei diritti dell'uomo anche sulla coerenza interna di scelte nazionali che si discostino dall'esigenza che norme accessibili e sufficientemente determinate prevedano crimine e pena. Comunque, queste garanzie devono essere di volta in volta individuate come recepite dagli ordinamenti stessi. Tra le decisioni che testimoniano del dispiegamento di questo sindacato operato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sotto vari profili, si segnalano le seguenti: 2 agosto 1984, *Malone*, in *Publications*, Serie A, vol. 82; 26 aprile 1979, *Sunday Times*, ivi, Serie A, vol. 82; 14 ottobre 1983, *Silver*, ivi, Serie A, vol. 67; 30 marzo 1989, *Chappel*, ivi, Serie A, vol. 152; 24 aprile 1990, *Kruslin*, ivi, Serie A, vol. 176; 25 maggio 1993, *Kokkinakis*, ivi, Serie A, vol. 260.

penale, dato che soltanto presuppone l'esistenza di un potere normativo-punitivo⁽⁷³⁾ e ne regola per certi profili l'esercizio, non già l'attribuzione.

In senso contrario alle pretese della dottrina in esame gioca, d'altra parte, il riferimento ad una potestà normativa penale internazionale. Questa potestà finora non risulta che si sia affermata, a partire dalla norma che la attribuisce, secondo canoni di legalità di tipo europeo-statale-continentale⁽⁷⁴⁾. E sotto questo profilo non dovrebbe destare

⁽⁷³⁾ Cfr., con riferimento in genere alle regole costituzionali che vietano di impiegare leggi penali retroattive, CUASTRINI, *An inquiry into the theory of legal sources*, 132, 135.

⁽⁷⁴⁾ Taluno ritiene valida, in generale, almeno alla stregua di direttiva, l'affermazione che di diritto internazionale penale non si può parlare, qualora con tale denominazione si intendesse designare un corpo normativo penale unitario universalmente valido nell'ambito dello *ius gentium*; diritto sovranazionale penale sporgerebbe, invece, da Trattati che abbiano istituito Autorità e Giudici e assicurino la continuità del diritto della comunità istituita – si fa l'esempio dell'art. 28 del Protocollo sulla Corte di Giustizia della CEECA, in cui il singolo Stato membro viene obbligato a punire lo spregiuro commesso da un individuo al cospetto della stessa Corte, come punisce lo stesso fatto commesso davanti a propri giudici – (OHLER, *Internationales Strafrecht*, 4). Al riguardo è, tuttavia, necessario precisare che un punto decisivo per l'identificazione di un diritto internazionale penale del genere passa per la questione del riconoscimento del diritto internazionale penale detto non scritto – i notissimi casi dei processi di Tokyo e Norimberga ne testimoniano la rilevanza (Per considerazioni riassuntive v. JESCHKE, *Lehrbuch*, 104 ss. Cfr. inoltre FRANCIONI, *Crimini internazionali*, 464 ss. V., inoltre, le indicazioni fornite nel Capitolo primo, nota 6) –, nei cui confronti non rivestono alcun pregio considerazioni tratte dalla vigenza del principio di legalità del reato e della pena in uno o più Stati (cfr. OHLER, *Internationales Strafrecht*, 4, I° A., pur in tema di *Volksstrafrecht*, ritiene necessario precisare che l'ordinamento della RFT, in base all'art. 103, II co., della sua Legge fondamentale, non conosce le fattispecie incriminatrici del diritto penale internazionale), e fosse pure in tutti, mentre l'istanza, pure legalitaria, di codificazione dei reati c.d. *ius gentium* e istituzione stabile di organismi giurisdizionali sovranazionali, finora insoddisfatta, nonostante la recente novità procedente dall'O.N.U. – un Tribunale penale internazionale per i crimini nella ex Jugoslavia –, non pare pregiudicare in radice ed anzi alimenta l'impiego di un diritto del genere pur nel suo alquanto instabile fondamento (sulle recenti vicende del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia, auspicate dalla risoluzione 22 febbraio 1993, n. 808, del Consiglio di sicurezza dell'O.N.U., U.N. Doc. S/RES/808 – 1992, e autorizzato con la risoluzione 25 maggio 1993, n. 827; PIETRI, *Punishing Balkan War Criminals: Could the End of Yugoslavias Provide an*

metavigia l'eventualità che una competenza penale di un ente che trova origine nel diritto internazionale, come la Comunità europea (⁷¹), sia costruita secondo modelli mutuati in parte da tale diritto.

Su questi rilievi si chiarisce meglio, inoltre, che l'art. 7 CEDU non richiede un immediato fondamento democratico-parlamentare del diritto penale, ma semplicemente tace sul punto. Se a questo silenzio si volesse attribuire un significato, quest'ultimo sarebbe contrario alle attese della dottrina che proprio tramite l'art. 7 pretende di negare competenze penali comunitarie. In realtà, l'intera CEDU, e lo stesso art. 7, poggiano sul presupposto che ogni ordinamento cui si rivolgono sia, in complesso, democraticamente legittimato (v. Preambolo, con relativa dichiarazione del primato della *rule of law* (⁷²)). E la nozione di de-

moeranza nella Convenzione è piuttosto indefinita, come si può apprezzare quando si tratta di individuarne l'importanza nel giustificare limitazioni di diritti a scopo di salvaguardia della democrazia stessa (⁷³).

In via di stretta logica, se si muovesse dall'idea che l'impianto comunitario è privo di legittimazione democratica, allora non avrebbe alcun senso richiamare la Convenzione, ciò che sarebbe pregiudicato in radice dalla considerazione del carattere «autoritario» del potere comunitario. E viceversa. Ma diversa è la via segnata dalla Corte di giustizia che assume la Convenzione tra le fonti di ispirazione dei principi generali del diritto comunitario, tanto che la garanzia di irretrattività delle norme penali sancita dall'art. 7 ha trovato come tale pieno accoglimento nel diritto comunitario (⁷⁴). La via comunitaria sostiene una

Enel to Victor's Justice, 1373 ss.; GRAVERAT, *Jugoslawientribunal – Präzedenzfall trotz jugoslawischer Rechtsgrundlagen*, 433 ss.; GALLO D., *Notizia di Norimberga. Il problema della correzione penale dei crimini di guerra nel sistema previsto dalle quattro Convenzioni di Ginevra*, 455; VASSALLI, *Diritti dell'uomo e diritto internazionale penale*, 42 ss.; BERNARDINI, *Il tribunale penale internazionale per la (ex) Jugoslavia: considerazioni giuridiche*, 15 ss.; LATTANZI F., *Alcune riflessioni su un Tribunale ad hoc per la ex Jugoslavia*, ivi, 28; TRATTNER, *Von «Nürnberg zu einem Internationalen Gerichtshof zur Verfolgung der Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien*, 37 ss.; ID., *Grundlagen, Möglichkeiten und Grenzen des internationalen Tribunals zur Verfolgung der Humanitätsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien*, 825 ss.; RICOLLEWEG, *Vom Jugoslawientribunal der UNO zum allgemeinen Internationalen Strafgerichtshof*; CASSISE, *Il tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia al passo decisivo*, 12. Ancora, pertinenti rilievi in VASSALLI, *Prospettive per una corte internazionale penale*, 2 ss., e ulteriori indicazioni in DEHAESSE, *Traité de la commission des droits de l'homme*, 737 ss.). Sullo stato della legalità nel diritto internazionale penale v., per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale*, 961 ss., 967. Per analogie problematiche proposte nella RFT in relazione alla punizione di crimini commessi da «politici» e da guardie di frontiera della (ex) Repubblica democratica tedesca v. AMBROSETTI, *Le margine alle c.d. sentenze del muro di Berlino: note sul problema del «diritto ingiusto»*, 596 ss.

(⁷¹) V. Capitulo secondo, par. 1.

(⁷²) «[...] Considérant que cette Déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés;

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses Membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

Réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le

maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament;

Résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'une même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de tradition politiques, de respect de la liberté et de la prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits énoncés dans la Déclaration Universelles (...);

V., inoltre, per quanto concerne i diritti politici, l'art. 3 del Protocollo aggiuntivo del 1957 c. per correlati rilievi intorno ai limiti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul versante della pretesa ad una legittimazione democratica del diritto penale, LEWISCH, *Verfassung*, 328 ss.

(⁷³) V. i rilievi di PALAZZO – BERNARDI [Italia, in DELMAS-MARTY (a c. di), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, 185 ss.), di DELMAS-MARTY – SOULIER (Circonscrire o legittimare la Ragion di Stato, ivi, 9 ss.), e ancora della stessa DELMAS-MARTY (*Secondità delle logiche giuridiche sottese ai metodi interpretativi della Corte europea*, ivi, 358 ss.), con riferimento alla previsione, in Convenzione, delle «misure necessarie ad una società democratica», che limitano diritti umani. Vi è da chiedersi se una pochezza penale comunitaria sarebbe in grado di porsi, rispetto alla CEDU, e pur ammesso che sia scarsamente legittimata per l'aspetto di democrazia, come una misura necessaria alle stesse società democratiche che alla Convenzione hanno dato vita (considerazioni della Corte di Giustizia ispirate alla CEDU nella parte in cui questa riconosce misure necessarie ad una società democratica possono rinvenirsi nella sentenza Rutli del 28 ottobre 1975, 36/73, in *Raccolla*, 1975, 1219).

(⁷⁴) Cfr. C.G.C.E. 10 luglio 1984, 63/83, Regina / Kirk, in *Raccolla*, 1984, 2689. «Il principio dell'irretroattività delle norme penali è un principio comune a tutti

concezione che aderisce alla seconda delle ipotesi poco sopra formulate, implicando che la legittimazione democratica non è estranea all'ordinamento comunitario. Sulla base della Convenzione, un diritto pe-

gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, sancito dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come un diritto fondamentale, che fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte deve garantire l'osservanza», conf. CGCE, 13 novembre 1990, 331/88, *The Queen / The Minister of Agriculture, Fisheries and Food and the Secretary of State for Health ex parte: Fedesa e altri*, ivi, 1990, 4068; CGCE, 8 ottobre 1987, 89/86, *Kolpinghuis*, ivi, 1987, 3969, secondo cui il principio di irretroattività si colloca fra i «principi giuridici generali che fanno parte del diritto comunitario».

Sul piano comunitario, rimane irrilevante, per le questioni di cui al testo, che la Corte di Giustizia abbia già avuto modo di affermare il principio costituzionale di determinatezza con riferimento alle fattispecie sanzionatorie di diritto secondario: cfr. CGCE, 25 settembre 1984, 117/83, *Karl Köhnke GmbH & Co. KG, Fleischwarenfabrik / Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, in *Raccolta*, 1984, 3291, laddove la Corte (in 11 dei motivi in diritto) afferma che «una sanzione, anche di natura non penale, può essere inflitta solo qualora abbia un fondamento giuridico chiaro ed inequivoco». Osserva, infatti, al riguardo, ed esattamente VOGEL (*Die Kompetenz*, 182, con riferimento a STUBER, *Unifikation europäer*, 978), che una cosa è che un principio di determinatezza esista, in quanto desumibile dal Trattato, e valga nei confronti di diritto secondario, ed un'altra che lo stesso principio si allermi nei confronti del Trattato stesso, come principio superiore, ed in relazione ad attribuzioni di competenza penale.

Peraltro, incidentalmente può rilevarsi che — contrariamente a quanto ritiene VOGEL (*Die Kompetenz*, 182) — la Corte di Giustizia ha, in sostanza, già ammesso l'ipotesi di applicazione del principio di determinatezza (prevedibilità della sfera di applicazione dei divieti e quindi delle sanzioni punitive) nei confronti del diritto comunitario primario, ma rispetto a fattispecie descrittive di condotte vietate come quelle di abuso di posizione dominante contemplate dall'art. 86 T.C.E. (e colpite con l'ammenda ex art. 15 n. 2 reg. n. 17/1962, emanato in base all'art. 87 T.C.E.); CGCE, 13 febbraio 1979, 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG / Commissione*, in *Raccolta*, 1979, 551 ss. (in dottrina, TIEDMANN, *Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts*, 1425). Nella specie la Corte ha respinto, scendendo nel merito, la censura di genericità e indeterminazione delle nozioni di «posizione dominante» e di «sfruttamento abusivo», sollevata con riferimento al principio del *nullum crimen* (v. il n. 4 dei motivi). Nella risoluzione della questione la Corte ha coinvolto sia il profilo della riconoscibilità oggettiva del divieto, sia il profilo della conoscibilità soggettiva, affrontando al contempo il tema della determinatezza e quello della colpevolezza (cfr. GRASSO, *Comunità europee, 98 e 109*, V. inoltre, CANNATA-ASCOLI, *Il sistema sanzionatorio comunitario*, 62,

nale comunitario potrebbe trovare allo stesso modo la sua legittimazione, una complessiva legittimazione democratica comunitaria essendo sufficiente (77).

4. Finora non è emerso che l'opinione corrente nella dottrina penalistica sia saldamente ancorata al diritto comunitario. Un'ulteriore conferma di ciò può trarsi dall'esame di talune pronunzie giurisprudenziali.

Nel diritto comunitario si è profilata la questione sui limiti posti da tale diritto alla potestà penale-criminale e penale amministrativa degli Stati membri, compreso il limite derivante da competenze sanzionatorie comunitarie. Interessa qui, in particolare, esaminare se siano rinvenibili decisioni che arrestino i poteri normativi comunitari davanti alla soglia del settore penale criminale o di quello penale-amministrativo. Di decisioni in senso contrario già si è reso conto. L'indagine sarà limitata alle pronunzie da taluno invocate a sostegno di tesi fatturici dell'assenza di poteri normativo-sanzionatori comunitari che attingano i settori anzidetti. Si avrà modo di illustrare che non è questo il significato attribuibile alla giurisprudenza comunitaria. Piuttosto, è in complesso ravvisabile nell'operato della Corte di giustizia una

per la constatazione che la Corte giudica in base a criteri non coincidenti con quelli che il principio di determinatezza implicherebbe in base a talune legislazioni nazionali).

(77) Riguardo all'esistenza di tale legittimazione, v. *infra*, par. 6.

Alla Dichiarazione comune sul rispetto dei diritti fondamentali fatta da Parlamento, Consiglio e Commissione il 5 aprile 1977 (GUCE C 103 del 27 aprile 1977, V. anche *infra*, nota 175) e alla giurisprudenza della CGCE sui diritti dell'uomo (v. Capitolo terzo, par. 2.) si è riferita la Commissione europea dei diritti dell'uomo (9 febbraio 1990, C.M. e C. contro RFT, don. 13258/87) per affermare che «il sistema giuridico delle Comunità europee non solo riconosce i diritti fondamentali ma assicura anche il controllo del loro rispetto». V. al riguardo DE SALVA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, 70, anche per opportune notazioni sulla possibilità di divergenze interpretative, rispetto alla CEDU, tra Corte di Giustizia C.E. e Corte europea dei diritti dell'uomo; TESSARO, *I diritti fondamentali*, 438; SAGGIO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, 275; DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, 238 s.

«stratégie du contournement» ⁽⁷⁹⁾ rivolta ad acquisire la determinazione della competenza comunitaria senza deflettere nell'argomentazione da quanto strettamente richiesto per la decisione del caso concreto, e soprattutto senza porre alcun limite al riconoscimento di ulteriori competenze.

4.1. L'ordinanza in causa 83-84/84 ⁽⁸⁰⁾, cui viene attribuita una certa significatività nel senso di negare in generale competenza penale al diritto comunitario ed attribuirlo a ciascun Stato membro ⁽⁸¹⁾, concerne un caso in cui un detenuto aveva chiesto alle istituzioni comunitarie - Consiglio e Commissione - un atto, fosse stata pure una mera dichiarazione, che in qualche modo potesse influire sul suo stato di detenzione per espiazione di pena in Grecia, che egli considerava contrario al diritto comunitario. Invocava i diritti dell'uomo e i principi generali del diritto comunitario e in particolare il principio di irretroattività della legge penale, sostenendo che le autorità greche non avrebbero potuto condannarlo per la sua partecipazione all'instaurazione del regime c.d. «dei colonnelli», in forza di una legge entrata in vigore dopo il fatto. Consiglio e Commissione avevano risposto che quanto richiesto esulava dalla loro competenza. La Corte ha rilevato l'irricevibilità del ricorso, per una serie di ragioni ⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁹⁾ MASSÉ, *Souveraineté pénale*, 55.

⁽⁸⁰⁾ CGCE, 17 ottobre 1984, 83-84/84, N.M./Commissione e Consiglio, in *Raccolta*, 1984, 3575.

⁽⁸¹⁾ GRASSO, *Comunità europea*, 1 (peraltro con la riserva per le molteplici influenze che l'attività normativa della Comunità realizza sui sistemi penali nazionali).

⁽⁸²⁾ È opportuno riportare ampiamente la motivazione: «[...] (3) Il ricorrente fa valere che la Commissione, in forza dell'art. 155 del trattato, ed il Consiglio, in forza dell'art. 145, erano giuridicamente tenuti ad agire contro le violazioni dei diritti fondamentali riconosciuti dal diritto comunitario commesse nei suoi confronti, ed a riconoscere l'esistenza di tali violazioni. Egli chiede che la Corte voglia

- dichiarare che i principi generali del diritto e le norme che prevedono la tutela dei diritti dell'uomo costituiscono parte integrante del diritto comunitario e prevalgono sulle disposizioni costituzionali elleniche che hanno instaurato una legge penale con effetto retroattivo, adottata nel 1974 e nel 1975 per punire atti commessi nel 1967, cosicché la detenzione del ricorrente e tutte le pene accessorie sono illegittime sotto il profilo del diritto comunitario;

Interessa notare che le ragioni della Corte non investono il problema della competenza penale comunitaria. Secondo la Corte il caso si presenta come del tutto estraneo a profili che coinvolgano interfe-

- dichiarare che la Commissione ed il Consiglio, pur essendovi tenuti, hanno ommesso di emanare nei confronti del ricorrente un atto in cui si confermi quanto sopra esposto e si constati il fatto che, violando il diritto da applicare, ed in particolare i principi giuridici generali della irretroattività della legge penale, della parità dei cittadini di fronte alla legge e della garanzia del giudice naturale, si impedisse al ricorrente di esercitare i diritti attribuitigli dal diritto comunitario.

(4) Poiché l'accertamento di una situazione giuridica, chiesto alla Corte nella prima parte delle conclusioni del ricorrente, serve a motivare la seconda parte di tali conclusioni, i ricorsi devono essere considerati principalmente come ricorsi per carenza ai sensi dell'art. 175, 1° e 3° comma, del trattato. D'altra parte, il ricorrente ha fatto riferimento all'art. 173 del trattato, per chiedere, in via subordinata, l'annullamento del rifiuto di emanare gli atti indicati in detti ricorsi.

(5) Con domande proposte ai sensi dell'art. 91, § 1, del regolamento di procedura, la Commissione ed il Consiglio hanno eccepito l'irricevibilità dei ricorsi ed hanno chiesto alla Corte di statuire su tale eccezione senza impegnare la discussione nel merito. La Commissione e il Consiglio sostengono che non sussistono i presupposti di cui all'art. 173, 2° comma, del trattato, in quanto le stesse istituzioni hanno preso definitivamente posizione; poiché non esistono decisioni, anche i ricorsi per annullamento sono, a loro avviso, irricevibili. Il Consiglio sostiene inoltre di non essere competente, in forza dei trattati, ad effettuare accertamenti come quelli richiesti dal ricorrente, ed aggiunge che il termine di impugnazione non è stato rispettato. [...]

(9) In forza dell'art. 175, 3° comma, del trattato, ogni persona fisica o giuridica può adire la Corte di giustizia per contestare ad una delle istituzioni di aver ommesso di emanare nei suoi confronti «un atto che non sia una raccomandazione o un parere».

(10) In tale contesto, è accertato, e non contestato dal ricorrente, che le istituzioni comunitarie convenute non sono competenti per porre fine, mediante un atto da esse emanato, alla detenzione di una persona o per influire direttamente, in altro modo, sulla sua situazione giuridica dal punto di vista del diritto penale nazionale. Il ricorrente non ha chiaramente definito, né nelle sue lettere del 2 dicembre 1983, né durante il presente procedimento dinanzi alla Corte, la natura dell'atto di cui chiedeva l'emanazione alle istituzioni convenute. Dalle sue conclusioni risulta tuttavia che egli chiede loro di esprimere un parere sulla situazione giuridica. Un siffatto parere non sarebbe atto a produrre, nei confronti del ricorrente, effetti giuridici che influiscano direttamente sulla sua situazione dal punto di vista del diritto penale nazionale o della detenzione di cui si lamenta. Ne consegue che non è soddisfatta la condizione posta dall'art. 175, 3° comma, del trattato e che i ricorsi per carenza sono in ogni caso irricevibili.

renze del diritto comunitario. Infatti, i principi invocati, per quanto valgano in diritto comunitario, non risultano riflessi su rapporti disciplinati dal diritto comunitario. La situazione, quindi, è esclusivamente «nazionale», non tocca in alcun modo competenze comunitarie.

Insomma, pur ammessa e non concessa la possibilità di configurare una competenza normativa comunitaria in ambito penale-criminale, non perciò solo Consiglio o Commissione hanno il potere di provvedere direttamente su un singolo e qualsivoglia stato di detenzione in espiazione di pena. Che quest'ultimo potere non sussista nel caso concreto è presupposto «non contestato» della decisione in esame; che detta competenza sia in generale da escludere in base al trattato, e che quindi sia da escludere il relativo esercizio nel senso di prevedere ipotesi in cui a Consiglio o Commissione sia dato di modificare la situazione giuridica di persone detenute, perché a tale situazione si collegano certi interessi comunitari, è questione affatto estranea al caso deciso.

Autorevole dottrina evidenzia che la decisione in esame conferma il principio secondo cui una questione, anche penale, è suscettibile di essere trattata dal diritto comunitario «solo quando esista un elemento di collegamento», sicché in mancanza di questo le istituzioni comunitarie non hanno alcun potere di modificare direttamente la disciplina giuridica di un determinato soggetto in rapporto al diritto penale nazionale che lo concerne⁽¹¹⁾. Se così è, allora la Corte ha riconosciuto la base di attribuzione di siffatto potere⁽¹²⁾.

(11) Per quanto riguarda la domanda formulata in subordine, in base all'art. 173, 2° e 3° comma, del trattato, è sufficiente constatare che il rifiuto, da parte della Commissione e del Consiglio, di esprimere un siffatto parere non può di per sé essere considerato come una decisione produttiva di effetti giuridici. Tale rifiuto non può quindi essere impugnato ai sensi dell'art. 173 del trattato. L. 39.

(12) DEUMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, 86. L'A. assume la decisione in esame, assieme ad altre tre, tra quelle significative nel senso di negare che il diritto penale entri «in quanto tale» nelle competenze comunitarie (v. al riguardo, anche *supra*, in apertura di questo Capitolo, all'altezza di nota 11). Di queste pronunzie, ancora due saranno esaminate nei paragrafi che seguono, mentre dell'ultima (CGCE, 2 febbraio 1977, 50/76, Amsterdam Bulb B.V./Produkt-schap voor Siergewassen, in Raccolta, 1977, 137), si è già detto nel Capitolo secondo, par. 2, nota 40.

(13) In effetti, già abbiamo notato che la Corte di giustizia non dubita che sia possibile ravvisare incompatibilità tra condanna penale e diritto comunitario (Capitolo terzo, par. 5.1., nota 100).

4.2. Esaminiamo, ora, la decisione nel caso Casati⁽¹⁴⁾, la quale viene indicata per confermare che alla Comunità non è stata conferita competenza a creare diritto penale-criminale⁽¹⁵⁾.

Un giudice italiano aveva chiesto alla Corte se sanzioni come quelle comminate dalla normativa italiana in materia valutaria fossero incompatibili con i principi di proporzionalità e di non discriminazione. La Corte ha ritenuto che «In via di principio, la legislazione penale e le norme di procedura penale restano di competenza degli Stati membri. Tuttavia, dalla costante giurisprudenza della Corte risulta che, anche in questo settore, il diritto comunitario pone dei limiti per quelli che concernono le misure di controllo che esso consente agli Stati membri di mantenere in vigore nell'ambito della libera circolazione delle merci e delle persone. Le misure amministrative o repressive non devono esulare dai limiti di quanto è strettamente necessario, le modalità di controllo non devono essere concepite in modo da limitare la libertà voluta dal Trattato e non è lecito comminare in proposito sanzioni talmente sproporzionate rispetto alla gravità dell'infrazione da risolversi in un ostacolo a tale libertà»⁽¹⁶⁾. Secondo la Corte, situazioni simili a quelle cui si riferisce tale giurisprudenza possono presentarsi, «nell'ambito dei movimenti di capitali e dei trasferimenti di valuta, per quanto concernono le misure di controllo mantenute in vigore dagli Stati membri in forza, ad esempio, della prima direttiva di attuazione dell'art. 67, ma unicamente in relazione ad operazioni la cui liberalizzazione sia contemplata dal diritto comunitario. I limiti stabiliti dalla suddetta giurisprudenza servono ad evitare che le libertà garantite dal diritto comunitario non siano compromesse dalle misure di controllo

(14) CGCE, 11 novembre 1983, Casati, 203/80, in *Raccolta*, 1981, 2595.

(15) VOGEL, *Die Kompetenz*, 175; GRASSO, *Comunità europea*, I, SCHUTTE, *The European Market*, 387; SIEBER, *Unificazione europea*, 976; BOULOC, *L'influence*, 104; DEUMAS-MARTY, *Dal codice penale*, 86.

Un'opinione contraria si riscontra in VERRAULT, *Compétences en matière de sanctions*, 942 ss. L'A. nota, con riferimento alla pronunzia in esame e ad altre di cui in seguito si dirà (186/87, del 1/78), che la giurisprudenza della Corte «non dà risposte definitive alla questione se le sanzioni penali da applicarsi da parte degli Stati membri possono essere prescritte nella legislazione comunitaria derivata». V., inoltre, la posizione di HAGUEAU, *Sanctions pénales*, 358 s.

(16) Punto 27 in motivazione.

che questo stesso diritto permette agli Stati membri di conservare»⁽⁸⁵⁾. La Corte, tuttavia, non ha ravvisato questa fattispecie nel caso concreto: «la liberalizzazione dell'operazione di cui trattasi non scaturisce né dalle disposizioni del Trattato né dalle direttive adottate per la loro attuazione. La giurisprudenza precitata non si applica in un caso del genere»⁽⁸⁶⁾. Pertanto ha risolto le questioni in esame nel senso che «per quanto concerne i movimenti di capitali ed i trasferimenti di valuta che gli Stati membri non sono tenuti a liberalizzare in base alle norme comunitarie, queste ultime non limitano il potere degli Stati membri di adottare misure di controllo e di imporre l'osservanza mediante sanzioni penali»⁽⁸⁷⁾.

Ora, non pare che la Corte abbia affermato che la legislazione penale in generale e secondo un principio desumibile dal Trattato è di competenza «esclusiva» degli Stati membri, nel senso che sarebbe negata alla Comunità. Un'affermazione in tal senso non trova ragioni nel contesto della motivazione, mentre semmai vi è ravvisabile un orientamento che induce a dubitare in senso contrario per le ragioni che seguono.

Le questioni proposte riguardavano «eventuali limiti imposti dal diritto comunitario alle norme penali o di procedura penale che gli Stati membri hanno adottato in settori aventi relazione con tale diritto»⁽⁸⁸⁾, e in particolare il confronto di certa normativa penale nazionale con i principi comunitari di proporzionalità e di non discriminazione, in un settore in cui si stava attuando un'ampia liberalizzazione in forza della normativa comunitaria. A questo confronto, in definitiva, la Corte non è neppure giunta, perché non ha riscontrato determinati presupposti di rilevanza: la normativa nazionale non concerneva alcunché di attinente al diritto comunitario.

Va, però, evidenziato che, nell'iter argomentativo, la Corte annovera le misure repressive nazionali assoggettate al sindacato della Corte medesima rispetto ai menzionati principi, tra le «misure di controllo» che lo stesso diritto comunitario «consente agli Stati membri di man-

tenere in vigore nell'ambito della libera circolazione delle merci e delle persone» ovvero «consente agli Stati membri di conservare». A veder bene, i rilievi della Corte riflettono la situazione giuridica come delineata dall'art. 5 n. 1 della prima direttiva di attuazione dell'art. 67 T.C.E.⁽⁸⁹⁾, in tema di movimenti di capitali: «Le disposizioni della presente direttiva non limitano il diritto degli Stati membri di verificare la natura e la realtà delle transazioni o dei trasferimenti, né di adottare le misure indispensabili per impedire infrazioni alle leggi ed ai regolamenti degli Stati stessi».

Questa base ben sostiene la premessa che «in via di principio, la legislazione penale e le norme di procedura penale restano di competenza degli Stati membri», ciò che del resto è riferibile all'intero stato della normazione comunitaria di rango secondario, che si pone negli stessi termini. Ma non perciò sono esclusi sviluppi nel senso che certe competenze penali non «restino» più agli Stati stessi.

In breve: il principio sta nella direttiva, che poi questa rifletta una statuizione di rango superiore, cioè di livello costituzionale, circa una ineludibile sorte negativa di competenze penali comunitarie, nella decisione non è detto né risulta in alcun modo desumibile.

Comunque, è certo che la Corte di giustizia non ha riconosciuto alcuna riserva di sovranità statale, alcuna competenza esclusiva statale, in ambito penale, dal momento che ha sostenuto che il diritto comunitario pone limiti al diritto penale statale⁽⁹⁰⁾. D'altra parte, nella pro-

⁽⁸⁵⁾ Il maggio 1960, GUCE 12 luglio 1960.

⁽⁸⁶⁾ ZULJEG, *Der Beitrag des Strafrechts*, 762, con riferimento sia alla decisione in causa Casati, sia a quella in causa Cowan di cui nel successivo par. 43. Peraltro l'A. cita poi entrambe le decisioni a sostegno della tesi secondo cui la competenza nel settore penale non sarebbe stata trasferita: «Wird das nationale Straf- und Straßverfahrenrecht auch von Gemeinschaftsrecht überlagert, ist doch die Zuständigkeit für diesen Bereich nicht auf die Gemeinschaft übergegangen».

Cfr., inoltre, FRACHENAU, *Sanctions pénales*, 358 s., secondo cui la decisione in esame (come quella in causa Cowan di cui poco oltre si dirà), non prova nulla, poiché concerne questioni pregiudiziali relative all'applicazione della legislazione penale nazionale a violazioni del diritto nazionale, e la sua compatibilità con l'esercizio delle libertà di diritto comunitario, la violazione del diritto comunitario da parte dei privati non essendo in questione e tanto meno la sanzione per siffatta violazione. D'altra parte, secondo l'A., non si può inferire da *obiter dicta* che la Corte ha inteso prender posizione sull'esclusività della competenza penale statale.

⁽⁸⁷⁾ Punto 28 in motivazione.

⁽⁸⁸⁾ Punto 28 in motivazione.

⁽⁸⁹⁾ Punto 29 in motivazione.

⁽⁹⁰⁾ Così le assume la Corte al punto 7 in motivazione.

spettiva della liberalizzazione, che è quella concernente il caso e considerata dalla Corte ⁽⁹⁾, ciò che interessa è che il diritto nazionale non interferisca con restrizioni, tanto più se di tipo repressivo. Ma ciò ancora nulla può significare riguardo all'ammissibilità ed estensione di una prospettiva comunitaria nel verso contrario, cioè di restrizione, repressiva. Sul punto la Corte non ha preso posizione, e non le spettava di prenderla ⁽¹⁰⁾.

4.3. Analoghe conclusioni valgono in relazione alla decisione del caso Cowan ⁽¹¹⁾, per la parte in cui la Corte, con riferimento ad una disposizione francese che limitava ai residenti e ai cittadini di un paese che avesse concluso un accordo di reciprocità l'indennizzo statale per danni cagionati da aggressioni all'incolumità fisica costituenti reato, ha osservato: «si deve ricordare che, se la legislazione penale e le norme di procedura penale, nel novero delle quali rientra la controversa disposizione nazionale, sono in linea di principio riservate alla competenza degli Stati membri, tuttavia dalla giurisprudenza costante della Corte (vedasi, fra l'altro, la sentenza 11 novembre 1981, causa 203/80, Casati, Racc. pag. 2595) risulta che il diritto comunitario pone dei limiti a tale competenza. Le norme considerate non possono infatti porre in essere discriminazioni nei confronti di soggetti cui il diritto comunitario attribuisce il diritto alla parità di trattamento né limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario» ⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Come riconosce TISAURO, *La sanction*, 507, il quale peraltro annovera la decisione in esame, come pure quella in causa Cowan (*infra*, par. 4.3), tra quelle che avrebbero escluso, sia pur «de façon incidente», «que les États membres aient en quelque sorte renoncé à l'exclusivité de la législation pénale et de la procédure pénale» (p. 505).

⁽¹⁰⁾ Pare questa la base anche dell'impostazione di SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law*, 31 ss., 39 ss., e di FRANCE, *The Influence*, 336.

⁽¹¹⁾ CGCE, 2 febbraio 1989, 186/87, in *Raccolta*, 1989, 216. Cfr., puntualmente, SEVENSTER, *Criminal Law*, 39; FRANCE, *The Influence*, 336.

La decisione in esame viene assunta a sostegno della tesi negativa di competenze penali criminali e di procedura penale criminale, da parte di SCHUTTE, *The European Market*, 387. Sulla posizione di ZULEEG, (*Der Beitrag*, 762) v. *supra*, nota 92.

⁽¹²⁾ Punto 19 in motivazione.

In questo caso, come nel precedente, non era in questione una pretesa punitiva del diritto comunitario, bensì una pretesa al trattamento uniforme anche di fronte a norme qualificate come «di procedura penale» dallo Stato membro interessato ⁽¹³⁾. È opportuno chiarire che il punto in discussione ha coinvolto il diritto (comunitario) di libertà di circolazione, e che la Corte ha ritenuto che «Allorché il diritto comunitario garantisce la libertà per le persone fisiche di recarsi in un altro stato membro, la tutela dell'integrità personale in detto Stato membro costituisce, alla stessa stregua dei cittadini e dei soggetti che vi risiedono, il corollario della libertà di circolazione. Ne discende che il principio di non discriminazione va applicato ai destinatari di servizi ai sensi del trattato quanto alla protezione contro i rischi di aggressione ed il diritto di ottenere una ripartizione pecuniaria contemplata da diritto nazionale allorché un'aggressione si sia verificata» ⁽¹⁴⁾.

In definitiva, i «limiti» alla competenza «penale» dello Stato membro si risolvono in obblighi di prestazione anche legislativa. Non vi è alcuna riserva di sovranità ⁽¹⁵⁾.

4.4. La decisione della Corte di giustizia nel caso Drexel ⁽¹⁶⁾ viene assunta a conferma della constatazione che «La Comunità europea è una comunità di diritto priva di diritto criminale. L'enforcement del diritto tramite diritto criminale, incluso l'enforcement del diritto comunitario attraverso il diritto criminale, è stato lasciato all'esclusiva competenza degli Stati membri» ⁽¹⁷⁾.

Si trattava di prendere in esame una sanzione penale italiana (multa) correlata ad un fatto di contrabbando doganale. Il giudice nazionale aveva chiesto se il regime delle infrazioni concernenti l'IVA (imposta sul valore aggiunto) all'importazione, che prevedeva sanzioni più severe di quelle contemplate per le infrazioni concernenti l'IVA sugli scambi all'interno del paese, non fosse in contrasto con l'articolo 95

⁽¹³⁾ V. la Relazione d'udienza, in *Raccolta*, 1989, 199.

⁽¹⁴⁾ Punto 17 in motivazione.

⁽¹⁵⁾ Esattamente, DE ANGELIS, *Protezione giuridica*, 716.

⁽¹⁶⁾ CGCE, 25 febbraio 1988, 299/86, Drexel, in *Raccolta*, 1988, 1228.

⁽¹⁷⁾ SCHUTTE, *The European Market of 1993*, 387.

del trattato, con la parità di trattamento e con il principio di proporzionalità. Ma il governo italiano aveva osservato in via preliminare che agli Stati membri spettava, in materia di sanzioni per le infrazioni alla loro normativa fiscale, una «competenza esclusiva», non limitata dall'art. 95 del trattato e dai principi di non discriminazione e di proporzionalità, né inficiata dall'armonizzazione in materia di IVA. Questa armonizzazione riguardava, secondo il governo italiano, solo la disciplina sostanziale contemplata dalle normative nazionali, con l'esclusione dei profili penalistici.

La Corte non ha accolto le ragioni italiane: «Sebbene la legislazione penale e il regime sanzionatorio, anche in materia fiscale, rientrino senz'altro nella competenza degli Stati membri, il diritto comunitario pone dei limiti nel caso in cui la normativa nazionale possa incidere sulla neutralità dei tributi interni rispetto agli scambi intracomunitari, voluta dall'art. 95 del trattato, nonché sul buon funzionamento del sistema comune dell'IVA istituito dalle direttive comunitarie»⁽¹⁰⁸⁾. Ed ha ritenuto che «un sistema di sanzioni non può avere per conseguenza di compromettere le libertà contemplate dal trattato. Ciò si verificerebbe se una sanzione fosse così sproporzionata alla gravità dell'infrazione da divenire un ostacolo alla libertà garantita dal diritto comunitario»⁽¹⁰⁹⁾. Di conseguenza la Corte è scesa all'esame della questione sulla proporzionalità, risolvendola «nel senso che una disciplina nazionale che sanzioni le infrazioni concernenti l'IVA all'importazione più severamente di quelle concernenti l'IVA sulle cessioni di beni all'interno del paese è incompatibile con l'art. 95 del trattato qualora detta differenza sia sproporzionata rispetto alla diversità delle due categorie di infrazioni»⁽¹¹⁰⁾.

Per ragioni di economia rinviando ai tre sotto-paragrafi precedenti per molti dei rilievi formulabili anche in relazione all'assenza di valore dell'esposta decisione per quanto attiene al tema che ci occupa. Qui si osserva, anzitutto, che la Corte, nell'affrontare – e incidentalmente – la

⁽¹⁰⁸⁾ Punto 17 in motivazione.

⁽¹⁰⁹⁾ Punto 18 in motivazione, con richiamo espresso della decisione 3 luglio 1980 (causa 157/79, *Stanislaus Pieck*, in *Raccolta*, 1980, 2171), in cui la Corte già aveva statuito allo stesso modo in tema di libera circolazione delle persone.

⁽¹¹⁰⁾ Punti 19-25 in motivazione.

questione sulla competenza penale comunitaria, non ha recepito compiutamente l'obiezione sollevata dal Governo italiano, secondo cui «gli Stati membri conservano, in materia di sanzioni per le infrazioni alla loro normativa fiscale, una competenza esclusiva»⁽¹¹¹⁾.

La Corte si è limitata, invece, a rilevare che «la legislazione penale e il regime sanzionatorio, anche in materia fiscale» rientrano «senz'altro nella competenza degli Stati membri». Il che è conforme alla normativa comunitaria secondaria coinvolta nel caso, cioè ad una situazione in cui, anche ammesso che esista competenza penale comunitaria nel settore considerato, in cui peraltro tale competenza non è stata esercitata, gli Stati mantengono le proprie e concorrenti competenze penali, legittimamente esercitandole almeno fino a che la Comunità non eserciti la sua.

Pertanto si può ritenere, come minimo, che la Corte ha evitato di impegnarsi sulla nostra questione. Ma essa non ha mancato di esercitare il suo controllo di proporzionalità sui sistemi nazionali.

Inoltre, così come non è recepita la qualificazione di esclusività delle competenze sanzionatorie nazionali, non è neppure recepita una significativa distinzione tra competenza penale positiva e competenza penale negativa, avanzata come segue nelle conclusioni dell'Avvocato generale Darmon: «Le norme comunitarie in materia fiscale non sono prive di attinenza alla libertà di circolazione delle merci o delle persone. La loro trasgressione, alla pari di quella dei provvedimenti nazionali adottati per la loro attuazione, è strettamente pertinente al diritto comunitario. Se è vero che in tale materia questo *non potrebbe stabilire in via autonoma le sanzioni da comminare*, cionondimeno esso può imporre dei limiti al potere repressivo nazionale»⁽¹¹²⁾. La preclusione

⁽¹¹¹⁾ Punto 16 in motivazione (cors. nostro). Cfr. la Relazione d'udienza (*Raccolta*, 1988, 1219): «Il governo italiano sostiene in primo luogo che, nell'attuale stato di evoluzione del diritto comunitario, la competenza degli Stati membri in materia fiscale è limitata solo sul piano della disciplina sostanziale, in particolare in forza dell'art. 95 del trattato e delle direttive di armonizzazione. Una volta rispettato questo limite, gli Stati membri hanno una competenza esclusiva per determinare le sanzioni penali e amministrative che ritengono opportune per garantire il rispetto della loro legislazione fiscale».

⁽¹¹²⁾ Conclusioni A.G. Darmon in causa 299/86, 8 dicembre 1987, in *Raccolta*, 1988, 1223 (corsivo nostro).

all'autonomia fissazione di sanzioni non compare in sentenza, nemmeno al limitato fine esplicativo impegnato dall'Avvocato Generale. La Corte si trattiene, esattamente, nell'ambito del *thema decidendum*, delle questioni che davvero rilevano, lasciando imprecudicato il tema delle competenze sanzionatorie positive.

Questa precisione della Corte diventa sempre più difficile a mantenersi, per l'espandersi delle pretese sanzionatorie comunitarie, come subito apparirà dall'esame di una più recente decisione.

4.5. Una pretesa punitiva comunitaria già a più riprese accennata è stata oggetto di una pronunzia giurisprudenziale⁽¹⁰⁷⁾ che ha segnato un notevole progresso in ordine alla questione se la competenza punitiva rimanga riservata agli Stati⁽¹⁰⁸⁾.

Alla Corte è stato chiesto di intervenire contro la previsione comunitaria di una sanzione. L'esclusione a tempo determinato da certi aiuti, da applicarsi da parte di organi nazionali (art. 13, par. 3, reg. CEE 3813/89 della Commissione; art. 6, par. 6 reg. CEE 3007/84 della Commissione). Questa sanzione è collegata alla dolosa o colposa falsa dichiarazione di elementi rilevanti al fine della concessione degli aiuti nel settore agrario. Essa è stata definita «penale» nel ricorso ex art. 173, co. 1, TCE da parte della Repubblica Federale Tedesca che invocava, perciò, l'incompetenza della Comunità⁽¹⁰⁹⁾.

La questione ha coinvolto un tipo di sanzione che si distacca dai tradizionali moduli pecuniario-patrimoniali, comportando un'interdi-

⁽¹⁰⁷⁾ C.G.C.E., 27 ottobre 1992, 240/90, RFT/Commissione (nota 22 Capitolo primo).

⁽¹⁰⁸⁾ Riguardo a giurisprudenza precedente, e sulla questione se sanzioni di natura punitiva, pur definite "amministrative", competano alla Comunità, v. l'ampio quadro offerto da VERVAE, *Compétences en matière de sanctions*, 946 ss., e, criticamente, da VOGEL, *Die Kompetenz, passim*, V., inoltre, quanto riportato nel Capitolo primo, nota 23.

⁽¹⁰⁹⁾ Altre ragioni di ricorso riguardavano la delega di poteri sanzionatori da parte del Consiglio alla Commissione. Sul punto v. *supra*, par. 3.1.

⁽¹¹⁰⁾ Punto 20 della motivazione: «Il legislatore comunitario con la previsione di esclusioni per reprimere le irregolarità commesse dagli operatori nell'ambito del regime di sovvenzione in questione, non ha valicato i limiti dei propri poteri».

zione temporanea dal (diritto all')aiuto comunitario. La Corte ha in ciò ravvisato una sanzione «amministrativa», «non penale», a doppia natura: 1) natura «repressiva»⁽¹¹⁰⁾, quindi punitiva – tale sanzione rientrerebbe tra quelle che vanno al di là dello scopo restitutorio⁽¹¹¹⁾; 2) natura special-preventiva, nel senso della neutralizzazione dell'autore, fondata cioè sul significato del fatto illecito pregresso apprezzato in termini di futura inaffidabilità, oltre che di non probità dell'autore⁽¹¹²⁾.

La Corte, dunque, ha tentato di chiudere i termini del problema proposto, negando il presupposto, che cioè si trattasse di una sanzione penale, ed ha iscritto la sanzione stessa nel novero delle sanzioni dette amministrative. La Corte di giustizia è pervenuta a dichiarare legittimo quel potere di azione normativa in campo precettivo-sanzionatorio, rinvenendone la base attributiva nella previsione di adottare le «misure necessarie» ai dati fini, di cui agli artt. 40 e 43 T.C.E.

La finalità preventiva è servita ad aggirare, trasfigurandolo, il *thema decidendum* proposto dallo Stato membro ricorrente, la Repubblica Federale Tedesca, che aveva preteso, – diciamo: correndo un certo rischio di sortire il risultato opposto⁽¹¹³⁾ –, di ottenere per via giurisprudenziale l'affermazione che alla Comunità non sono attribuite competenze penali. Il che non è avvenuto: questo è il dato significativo, una dichiarazione di irrilevanza del tema proposto, la cui motivazione ha aggravato quel rischio, oltre che aprire nuove strade alle finalità della sanzione comunitaria.

Non si vorrebbe, peraltro, credere che la Corte sia incorsa nell'equivoco di ritenere che l'ammissione di una certa sanzione qualificata come penale implichi di per sé che ogni altra sanzione allo stesso modo qualificata sia da ammettere. Dottrina autorevole, per vero, si preoccupa del fatto che, una volta che la Corte abbia ammesso compe-

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. i punti 25, 28, 29 in motivazione. Il riconoscimento della natura punitiva della sanzione, da parte della Corte, è ben indicato da GRASSO, *Recenti sviluppi*, 749. *Contra*, ma immotivatamente VAN OUTRYVE (*La fraude*, 212), nel senso che la C.G.C.E. avrebbe riconosciuto alla Commissione un potere di imporre «non des sanctions punitives, mais bien des sanctions réparatoires».

⁽¹¹¹⁾ Punto 26 in motivazione.

⁽¹¹²⁾ V. al riguardo, taluni rilievi di TIEDERMANN, *Äußerung*, 48.

tenze sanzionatorie punitive di qualche genere, siano di conseguenza ammesse persino norme penali-criminali⁽¹¹⁴⁾. Se si considera che unica condizione di ammissibilità richiesta è, per la Corte, la necessità della sanzione per la realizzazione degli scopi della politica agricola comune, secondo il disposto degli art. 40 e 43 cit., rievrebbe assumere in prospettiva critica proprio questa unicità di condizione, ma quest'ultima costituisce, a ben vedere, una premessa per cui la prima deduzione risulterebbe corretta. Tuttavia, penale significa tutt'altra cosa, secondo la Corte, sicché non solo la definizione resta in negativo, ancorata al caso, ma anche e soprattutto non si svela se quanto vi rientra ricada in qualche misura nella competenza comunitaria.

Chiari è, però, che, "truffe di etichette" così palesi servono solo ad alimentare illusioni, come ben coglie chi riconosce che in sostanza la Corte non condivide la tesi secondo cui, in nome della garanzia condensata nel principio del *nullum crimen nulla poena sine lege parlamentaria*, il contenuto di sanzioni di provenienza comunitaria non può superare la dimensione civilistica, cioè deve limitarsi a spoliazioni di quanto indebitamente ottenuto tramite l'illecito, senza acquisire connotazioni repressive⁽¹¹⁵⁾.

La fuga dal "nome" penale serve a mascherare che quel principio la Corte non lo ha recepito e si è ritirata soltanto dal negarlo espressamente: se la base normativa-attributiva di competenze sanzionatorie del genere indicato e nel considerato settore agricolo è da ravvisarsi negli art. 40 e 43 T.C.E. e alla sola condizione di necessità, ciò significa che in quest'ambito il principio penalistico di legalità-democrazia, come pure quello di legalità-determinatezza, anche se fossero da annoverarsi tra quei principi generali del diritto comunitario di cui pure, ma assieme al trattato, la Corte è chiamata ad assicurare l'osservanza, non hanno sufficiente forza negativa.

Così è per l'esclusione da sovvenzioni: testa di ponte o *rara avis*?

⁽¹¹⁴⁾ OEHLEK, *L'importanza*, 32, sulla base di due decisioni e delle relative richieste dell'Avvocato generale: CGCE, 17 dicembre 1970, 11/70, Internationale Handelsgesellschaft GmbH / Einfuhr- und Vorratshilfe für Getreide und Futtermittel, in *Raccolla*, 1970, 1130; CGCE, 2 febbraio 1977, 50/76, Amsterdam Bulb B.V. / Produktschap voor Suikerwaaier, in, 1977, 137.

⁽¹¹⁵⁾ VOGLI, *Die Kompetenz*, 186. Cfr. pure MEZZETTI, *La tutela penale*, 3.

Rimane, invero, il dubbio se siano allo stesso modo legittimate, altresì, sanzioni di natura penale quali che siano e, in particolare, sanzioni penali-criminali. La Corte in nessun modo ha affermato, come invece taluno ritiene, che la competenza in materia penale rimane riservata agli Stati⁽¹¹⁶⁾.

Inoltre, si pongono interrogativi circa l'ampiezza che, passo dopo passo, potrebbero assumere limitazioni di diritti in funzione special-preventivo-sanzionatoria; tanto più che, nel caso deciso, la Corte ha in definitiva ravvisato, quale tramite fra il fatto illecito e la conseguenza negativa, una presunzione sia di futura inaffidabilità intesa come probabilità che l'autore commetta ulteriori illeciti ai danni della comunità, sia di non-probabilità dell'autore stesso⁽¹¹⁷⁾.

Questo giudizio di inaffidabilità e non probabilità, così implicato dalla Corte secondo meccanismi presuntivi, non si discosta sostanzialmente da quella «condanna morale» che secondo la Repubblica Federale Tedesca farebbe dell'esclusione una sanzione penale. Tale condanna, secondo le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, costituirebbe il discrimine tra il penale e l'amministrativo in diritto comunitario, e se-gnerebbe la linea di ripartizione tra quanto spetta rispettivamente agli Stati membri e alla Comunità⁽¹¹⁸⁾.

La Corte è di contrario avviso. Pertanto, se il più sicuro elemento discriminante fra sanzione criminale e sanzione amministrativa fosse il «difetto di stigmatizzazione» correlato a quest'ultima⁽¹¹⁹⁾, tale difetto

⁽¹¹⁶⁾ MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, 212.

⁽¹¹⁷⁾ Punto 26 in motivazione. Cfr. MEZZETTI, *La tutela penale*, 222, il quale esattamente nota l'altiorare di questo «concetto inedito», che esprime un «chiaro profilo concesso alla personalità dell'agente».

⁽¹¹⁸⁾ V. i punti 11 e 20 delle conclusioni dell'A.G. Jacobs.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, 1027; HARDING, *European Community investigations and sanctions*, 7.

Sulla stigmatizzazione, da intendersi come espressione della imprescindibile dimensione "personalistica" della sanzione criminale, v., per recenti riaffermazioni, connotate prevalentemente in senso soggettivistico, PEDRAZZI, *Diritto penale*, 69; PALAZZO, *Legge penale*, 339. Cfr. MARINUCCI - DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, 364 (la pena deve essere concepita come strumento non già di stigmatizzazione e mera riaffermazione di valori, bensì di tutela preventiva di beni giuridici, da utilizzare come ultima ratio).

non si riscontrerebbe in sanzioni, come l'esclusione da sovvenzioni, che la Corte di giustizia qualifica sì «amministrativa», «non penale», ma riconosce rivolte a sanare una non-probità dell'autore della violazione.

Non rassicura affatto, quindi, la circostanza che la Corte abbia negato natura penale all'esclusione da sovvenzioni.

Quanto alla finalità special-preventiva, essa è stata valorizzata dalla Corte senza nemmeno negare la funzione «repressiva». L'importanza di ciò non è sminuita dall'assenza di una nomenclatura penalistica. La decisione in esame, per fondare l'effetto neutralizzante della sanzione, e soprattutto per negare con ciò che si tratti di una sanzione «penale», muove dalla constatazione che l'applicazione di una sanzione a un operatore economico presuppone che, prima, questi «si sia visto riconoscere un diritto». La Corte ne deduce che questo diritto, in quanto si riferisce a un regime di aiuti comunitari alimentato con fondi pubblici e fondato su di un'idea di solidarietà, «deve essere subordinato alla condizione che il beneficiario presenti tutte le garanzie di probità e affidabilità».

Tuttavia, non siamo in presenza di una mera decadenza del beneficio pregresso. La sanzione, come pure la Corte riconosce, è prevista in funzione della lotta alle irregolarità e a scopi repressivi, sicché opera anzitutto in quanto è comminata (minacciata) in via generale, secondo lo scopo di prevenzione generale ⁽¹²⁰⁾, in un regime di diritto pubblico in nessun modo assimilabile ad una situazione contrattuale di rilievo meramente privatistico ⁽¹²¹⁾. La sanzione rileva, dunque, ancor prima che l'interessato «si sia visto riconoscere il diritto», cioè quando non sussiste ancora alcun qualificato, specifico rapporto tra lui e la Comunità. Questo rapporto non è in grado di rappresentare la chiave di una definizione come non-penale della sanzione in esame.

Sotto questi profili non pare atteggiarsi all'esclusione futura e temporanea da benefici nemmeno la definizione, avanzata da autorevole dottrina ⁽¹²²⁾, secondo il modello «paradisciplinare». Tale sanzione

⁽¹²⁰⁾ Cfr., per la distinzione tra i vari momenti di considerazione della norma in relazione allo scopo della pena, ZUCCALÀ, *Della mediazione*, 404 s.

⁽¹²¹⁾ SCHOCKWELER, *La repression des infractions*, 12.

⁽¹²²⁾ PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, 1042, con riferimento al reg. CEE n. 1164/89.

presupporrebbe «un rapporto continuativo e rilevante fra destinatario del precetto e specifico ambito regolamentato di azione» ⁽¹²³⁾, una sorta di supremazia speciale.

A prescindere dall'equivocità del termine definitorio impiegato, che peraltro in parte è giustificabile in relazione all'esigenza di cogliere l'affermarsi di concezioni «nuove» di «sanzione amministrativa» ⁽¹²⁴⁾, va rilevato che nella regolamentazione non risulta assunto alcun qualificato, specifico rapporto preesistente alla condotta illecita, tanto meno continuativo, né con l'Autorità né rispetto ad uno specifico ambito regolativo. Anzi, la previsione attiene, in parte precettiva, proprio alle condizioni di instaurazione di siffatti rapporti. In parte sanzionatoria, prelude futuri rapporti del genere, così determinando un contenuto affittivo che comporta scopi di prevenzione sia generale che speciale (neutralizzazione), stando alla ricostruzione della Corte di giustizia ma anche a consolidate concezioni dottrinarie ⁽¹²⁵⁾.

La sanzione si potrebbe definire, allo stesso modo, come misura «parapenale» ⁽¹²⁶⁾, sul presupposto di negare, seguendo la Corte, l'impegno senz'altro della qualificazione «penale». E sarebbe misura parapenale «unica» ⁽¹²⁷⁾, dato che assomma in sé finalità repressivo-rettributive e neutralizzanti.

Resta, dunque, inspiegato, perché mai non sia da definirsi «pena-

⁽¹²³⁾ Secondo PALIERO, *La sanzione*, 1042, «l'attività, che la esercita, l'autorità amministrativa indipendente che la controlla compongono qui un perfetto "sistema chiuso" in senso luhmanniano, al cui interno una parte dell'arsenale sanzionatorio assume natura inevitabilmente, seppur peculiarmente, disciplinare».

⁽¹²⁴⁾ Questa è la prospettiva in cui muove PALIERO, *La sanzione*, 1042; cfr. pure ID., *L'autunno del patto*, 1248.

⁽¹²⁵⁾ PALAZZO, *Pene accessorie e sanzioni interdittive*, 246; ID., *Le interdizioni*, 190 ss.; DE FRANCESCO G.V., *Le nuove pene interdittive*, 421; PISA, *Le pene accessorie*, 15 ss.; LAURIZIA, *Le pene accessorie*, 172 ss.

L'affinità esistente, sotto il profilo affittivo, tra la sanzione comunitaria dell'esclusione futura da una sovvenzione e la pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione prevista dal codice penale italiano (art. 32 *quater*), è rilevata da MEZZETTI, *La tutela penale*, 227.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. FIORELLA, *Reato*, 814.

⁽¹²⁷⁾ Sulla nozione di misura unica v. ZUCCALÀ, *Della mediazione*, 417; MOLAU, *Il problema dell'unificazione*, 56 ss.

lec», e fosse pure «penale-amministrativa»⁽²⁸⁾, una sanzione che 1) dal punto di vista comunitario incide su beni fondamentali in quanto attiene allo svolgimento dell'iniziativa economica privata in condizioni di pari opportunità di fronte alle prestazioni comunitarie; 2) è inflitta in funzione repressiva oltre che neutralizzante; 3) riguarda colpevoli fatti di frode grave; 4) implica una valutazione di non probità dell'autore. Una conclusione in senso penalistico pare pacifica alla stregua di qualsiasi criterio si segua tra quelli, innumerevoli, che sono stati nel tempo proposti e che, più che noti, non son qui da elencare⁽²⁹⁾.

Un efficace sintesi delle perplessità suscitate dalla pronunzia in commento viene dal diffuso riscontro⁽³⁰⁾ che la Corte di giustizia ha espresso una tesi in netta contrapposizione rispetto a quella recepita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte europea, per il riconoscimento della natura penale di una misura negativa, ha soprattutto valorizzato gli scopi di prevenzione e repressione⁽³¹⁾.

Forse, la Corte di Giustizia ha ritenuto, pur senza esprimerlo, di fissare il discrimine tra penale e amministrativo nella restrizione della libertà personale, che caratterizzerebbe il primo e non il secondo. Se pur questa supposizione corrispondesse al vero, come a noi pare di poter ritenere in via provvisoria e pur presuntiva – in mancanza di dati inequivoci –, tuttavia ancora non sarebbe dato di sapere della sorte, secondo la Corte, di una competenza penale comunitaria così intesa.

⁽²⁸⁾ La Corte sembra ignorare questa categoria (TIEDEMANN, *Anmerkung*, 51), limitandosi a distinguere tra sanzioni penali e misure amministrative.

⁽²⁹⁾ Per prime indicazioni: PALERMO, in PALERMO-TRAVI, *La sanzione*, 9 ss., 21 ss.; CADOPPI, *Il reato omittivo proprio*, vol. I, 480 ss.

⁽³⁰⁾ V., tra gli altri, VOGEL, *Die Kompetenz*, 178 s.

⁽³¹⁾ Cfr., in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 febbraio 1984, Öztürk, in *Publications*, Série A, vol. 85, e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 con nota di PALERMO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei Diritti dell'Uomo, V., ampiamente, con riferimenti: BERNARDI, "Principi di diritto", 131 ss.; VERMEULEN, *Fundamental Rights*, 67 s.; DELMAS-MARTY, "Pour un droit commun", 145 ss. Nella giurisprudenza della stessa Corte europea si segnalano, inoltre, le decisioni rese nelle cause Engel e aa. (8 giugno 1976, in *Publications*, Série A, vol. 22), Weber (22 maggio 1990, ivi, Série A, vol. 177), e Demicoli/Malta (27 agosto 1991, ivi, Série A, vol. 210).

4.6. Una esclusione, da parte della Corte di giustizia, di competenze penali dal campo di interesse comunitario è stata costatata con riferimento alla Deliberazione del 14 novembre 1978, resa in forza dell'art. 103, co. 3, T. EURATOM⁽³²⁾.

La decisione trae origine dalla questione se il Belgio (e gli altri Stati membri) possa adattare, in assenza di partecipazione della Comunità, alla Convenzione dell'Agenzia internazionale per l'energia atomica sulla protezione di materie, installazioni e trasporti nucleari, convenzione in fase di progetto. Il Progetto di Convenzione contiene, tra l'altro, norme che prevedono l'obbligo degli Stati di prendere le misure penali necessarie in relazione a certe infrazioni come p.es. il furto di materia nucleare, l'attentato ad installazioni di protezione etc. (art. 6) – inoltre, è disciplinato l'arresto dell'indiziato di reità, l'estradizione e altri istituti processuali (art. 7-11).

La Corte, investita anche di altre questioni connesse, statuisce: 1) che la partecipazione degli Stati membri a detta Convenzione è compatibile col T. EURATOM a condizione che la Comunità in quanto tale, e per l'ambito relativo alla sua competenza, ne sia parte allo stesso titolo che gli Stati; 2) che l'esecuzione degli impegni convenzionali sarà assicurata, per la parte della Comunità, nel quadro del sistema istituzionale stabilito dal T. EURATOM, in conformità alla ripartizione di competenze tra Comunità e Stati membri.

Riguardo ai citati articoli di immediata rilevanza penalistica, la Corte rileva, dopo aver notato la loro estraneità all'oggetto di contestazione, che gli stessi trattano materie evidentemente di competenza degli Stati⁽³³⁾. Di queste materie, precisa più oltre la Corte, si occuperanno in sede esecutiva gli Stati, una volta che la Convenzione sia in vigore⁽³⁴⁾. Così, anche per la materia penale contenuta nella Convenzione si attua l'esigenza di coerenza tra l'azione internazionale della Comunità e la ripartizione di competenze e poteri nell'ambito interno⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ CGCE, 14 novembre 1978, Deliberazione 1/78, in *Raccoglie*, 1978, 2151, in part. punti 32 e 36.

⁽³³⁾ Punto 32 della motivazione.

⁽³⁴⁾ Punto 36 della motivazione.

⁽³⁵⁾ Punto 36 della motivazione.

Da questa decisione la dottrina desume che la cooperazione internazionale in materia criminale nelle aree in cui la Comunità ha poteri normativi, è estranea alla competenza della Comunità⁽¹³⁶⁾, insomma che gli Stati non hanno rinunciato all'esclusività della legislazione penale compresa la procedura⁽¹³⁷⁾.

Tuttavia, qualche obiezione potrebbe utilmente proporsi, anche senza impegnare apprezzamenti che coinvolgano dati giurisprudenziali più recenti come p. es. il riconoscimento di un interesse comunitario alla penalizzazione (decisione "mais preco")⁽¹³⁸⁾, per cui almeno ad obblighi convenzionali, pur rivolti verso attività da compiersi negli e da parte degli Stati, la Comunità non potrebbe ritenersi estranea *tout court*.

È opportuno rilevare, in primo luogo, che la Corte ha deciso sulla base del T. EURATOM. Una generalizzazione delle conclusioni all'intero piano comunitario richiederebbe almeno una dimostrazione dell'assenza di differenze tra l'impianto sovranazionale EURATOM e gli altri (CEE e CEECA). Si noti, a questo riguardo, che già la natura di trattato-legge del T. EURATOM, a differenza di quello concernente la Comunità europea che è un trattato-quadro⁽¹³⁹⁾, e la specificità del settore cui si riferisce, certamente rendono più disagevole ricercarvi il fondamento di potestà concernenti sanzioni ulteriori rispetto a quelle previste cui si riconosce natura non penale⁽¹⁴⁰⁾. Non può darsi, dunque, che la Corte abbia escluso qualsiasi potere comunitario di iniziativa in materia di polizia, disposizioni penali *etc.*⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹³⁶⁾ SCHUTTE, *The European Market of 1993*, 400, il quale, peraltro, aggiunge: «This is not to say that no form of international co-operation in the area of public law can be governed by Community law. In particular, in the area of administrative assistance between national authorities of Member States charged with the administrative application of legislation relevant to the Community, a number of Regulations and Directives have been enacted».

⁽¹³⁷⁾ VAN DUTRIVE, *La fédération communautaire*, 211; TESAURO, *La sanction*, 505 (il quale, peraltro, evidenzia il carattere incidentale della soluzione fornita dalla CGCE sul punto che ci occupa).

⁽¹³⁸⁾ V. *supra*, Capitoletto secondo, par. 2.

⁽¹³⁹⁾ BALLARINO, *Lineamenti*, 67, 46.

⁽¹⁴⁰⁾ Cf. GRASSO G., *Comunità europea*, 86.

⁽¹⁴¹⁾ Come esattamente rileva VERVAELE, *Compétences en matière de sanctions*, 943 nota 43, in adesione a TRUYENMANS, *La sanction des infractions au droit communautaire*, 54.

In secondo luogo, non va trascurato che nella decisione in esame la Corte non si limita a rilevare che la parte penalistica del Progetto non è oggetto di discussione e che tocca materie che rientrano — ma, si badi, secondo il Progetto — nella competenza degli Stati. La Corte aggiunge, infatti, riflessioni secondo cui le sanzioni non costituiscono in se stesse un elemento necessario del sistema di protezione fisica approntato nel Progetto, benché concorrano a rinforzarlo, sicché non appartengono al «centro di gravità» della Convenzione, ovvero a ciò che «interessa direttamente» il campo di applicazione del T. EURATOM e insomma a quanto esprime una stretto-collegamento tra le competenze della Comunità e quelle degli Stati membri⁽¹⁴²⁾.

Sotto tali profili, la Corte pare più segnalare la possibilità di implicazioni comunitarie in materia, sia pur indirettamente rilevanti, che non escluderle, mentre assume però criteri di distinzione tra ciò che è da ritenersi essenziale agli effetti della stipulazione della Convenzione da parte della Comunità, e ciò che non lo è. In buona sostanza, i rilievi della Corte significano che per il Trattato non vi è una necessità di coinvolgere la Comunità nello specifico ambito penalistico progettato, sicché gli obblighi di penalizzazione *etc.* possono (non già: devono) ben rimanere sul versante di quanto spetta agli Stati.

Pare che tutte queste precisazioni che la Corte di Giustizia si premura di esprimere riguardo ai temi penalistici toccati dal Progetto (nonostante questi temi non siano oggetto di contestazione in causa) impediscano di ritenere che la Corte stessa abbia inteso ribadire il dominio esclusivo degli Stati membri in materia penale, dominio che pur viene affermato negli argomenti svolti dinanzi alla Corte da parte della Commissione e del Servizio giuridico del Consiglio⁽¹⁴³⁾. Anzi, la Corte pare ricercare ragioni diverse e non riconducibili a quest'ultima per la legittimazione di un riparto di competenze del tutto contingente, mentre intravede la possibilità di competenze penali comunitarie.

⁽¹⁴²⁾ Punto 32 della motivazione.

⁽¹⁴³⁾ Vedine il resoconto nella stessa motivazione della Deliberazione in esame, pp. 2159 e 2162.

5. Proprio sulle sue basi il diritto comunitario non è risultato finora in grado di sostenere la soluzione interpretativa rigidamente esclusiva delle competenze penali in esame. La pretesa di chiudere le porte del diritto comunitario al diritto penale non è riuscita a trovare solidi agganci sul piano degli argomenti addotti dalla dottrina e tanto meno su quello della giurisprudenza pratica: l'esistenza di competenze penali amministrative ormai è riconosciuta secondo letture che non reciprocano le obiezioni sollevate da una parte della dottrina penalistica; chiaramente si manifesta l'inesistenza di una riserva esclusiva di sovranità penale a favore degli Stati, compresa la riserva di competenze di tipo positivo, anche penali criminali; emergono dati a conforto dell'ipotesi, che del resto è quella avversata dall'opinione penalistica dominante, secondo cui competenze penali criminali positive sarebbero in grado di radicarsi nel tessuto sovranazionale allo stesso modo di quelle penali-amministrative.

Si è sperimentato che lo studio del diritto comunitario dal punto di vista penalistico porta inevitabilmente ad incontrare i maggiori paradossi del c.d. passaggio dalla modernità alla postmodernità⁽¹⁴⁾, di cui la Comunità europea pare rappresentare un significativo momento: contrapposizione tra diritto dello Stato e alternative giuridiche al diritto dello Stato, tra diritto sovranazionale e diritto "locale" (statale, regionale), tra mantenimento, delega e cessione della sovranità statale⁽¹⁵⁾. Si affaccia la necessità di nuove concezioni di diritto, stato, comunità, nazione, e conseguenti nuove prove per la scienza giuridica⁽¹⁶⁾.

La legalità penale, caposaldo radicato della dottrina penale continentale, viene da questi ultimi intesa secondo i tradizionali canoni costituzionali dello stato di diritto e dello stato democratico, come legalità stretta e strettamente consustanziata alla nozione statale-continentale di legge parlamentare-democratica; il diritto comunitario riflette, invece, un «diritto» *tout court* che, proponendosi con validità univer-

sale, vorrebbe, tra l'altro, comprendere i diritti dell'uomo, ma è in grado di tentare di coglierli soltanto nella particolarità della pratica giuridica⁽¹⁷⁾.

Certo, quest'ultimo è un terreno anche troppo fertile affinché nel diritto comunitario si fronteggino da un lato istanze critico-negative rispetto al diritto penale (incompetenza, non penalizzazione, depenalizzazione) e dall'altro lato istanze di penalizzazione. E in effetti le pretese legalitarie si misurano su questo terreno e vi cercano affermazione, proponendosi come imprescindibili secondo modelli di realizzazione ritenuti conformi a quelli adottati in taluni Stati. Ma la posizione assunta dalla scienza penalistica rischia di risolversi in contraddizione, dato che la pretesa di inserire nell'orbita comunitaria il modello legalitario in funzione negativa di competenze penali dovrebbe coniugarsi con la pur riconosciuta elasticità dell'impianto di diritto «comune» destinato a sorreggere siffatta pretesa. Già ancorarsi al terreno della comparazione dei valori giuridici nazionali allo scopo di rinvenire la regola concorrente una potestà punitiva comunitaria implica venimento a quelle esigenze formali e sostanziali che veicolano al contempo l'idea di certezza e garanzia nel loro significato tradizionale, implica cioè accettare una conformazione del complesso giuridico comunitario non orientata strettamente *rechtsstaatlich* in senso legalistico⁽¹⁸⁾.

Così, sul piano della legalità costituzionale comunitaria emergono, tramite il riferimento al diritto e quindi ai diritti fondamentali, esiti della frattura tra legalità e legittimità⁽¹⁹⁾. Si chiarisce che la categoria della legge è intrisa di valori che si direbbero metagiuridici in una concezione in cui essa fosse ritenuta il modo di essere concreto del diritto⁽²⁰⁾, riflettendo i caratteri attribuiti al diritto e alla regola di diritto. E tuttavia, proprio perciò, essa si rivela categoria storicamente determinata secondo concezioni del diritto la cui esistenza deve essere di-

⁽¹⁴⁾ Cfr. ARNAUD, *Some challenges to law through postmodern thought*, 29 ss.; VIOLA, *Autonomia e ordine nel diritto*, 457; D'AGOSTINO, *La giustizia tra moderno e post-moderno*, 1289 ss. In campo penalistico, FIANDACA - MUSCO, *Penalità di legittimazione, passim*.

⁽¹⁵⁾ TIZZANO, *Introduzione*, in ID., *Codice*, XXX.

⁽¹⁶⁾ Cfr., rispettivamente, tra gli altri, MAC CORMACK, *Sovereignty*, 281; e le conclusioni di PREUB, *Entwicklungsproblemen der Rechtswissenschaft*.

⁽¹⁷⁾ Capitolo secondo, par. 2.

⁽¹⁸⁾ La limitazione del concetto di Stato di diritto soltanto a quello Stato che risponde alle esigenze di democrazia e di certezza del diritto è frutto di pregiudizio giustizialistico (cfr. KILSEN, *Reine Rechtslehre*, 314 s., 320).

⁽¹⁹⁾ V. Capitolo terzo, par. 6.

⁽²⁰⁾ Cfr., per tutti, ZAGREBELSKY, *Sistema costituzionale delle fonti del diritto*, 153 s.

volta in volta riscontrata, comprese le indicazioni sui soggetti cui deve spettare la sovranità.

Legalità come problema, dunque, e non come dogma: calato sul diritto comunitario, l'anelito alla codificazione costituzionale penale secondo modelli di derivazione illuministica non riesce a riprodursi contro l'odierno diritto comune sotto le stesse istanze di fondo dei tempi dell'illuminismo e secondo i canoni sviluppati nel diritto penale detto classico, quando il diritto previgente costituiva il portato di modelli giuridici ritenuti culturalmente e politicamente esauriti; oggi, invece, il diritto comune si presenta attraverso un'istituzione che tende a proporsi come foriera di un contributo decisivo per garantire il progresso non solo economico o almeno il non-regresso, mentre, come si è detto⁽¹¹⁾, pretende la gestione dello strumento penale anche allo scopo di prevenire l'espandersi di fattori disorsivi di una equilibrata crescita dell'apparato comunitario.

La questione risiede, allora, nello stabilire se i principi e le conseguenti regole invocati dalla dottrina penalistica siano da intendersi come formulabili (in tutto o in parte) soltanto in una dimensione «trascedente il sistema», siano validi cioè solo in ambito dottrinale, fuori dal diritto positivo in esame rispetto al quale, invece, regole e principi stessi siano proponibili piuttosto in funzione di critica politica e intellettuale, sempre che trovino adeguata giustificazione, che non quale espediente per trasformare in giuste norme ritenute ingiuste⁽¹²⁾. I modelli proposti dall'esperienza giuridica comunitaria non coincidono con quelli propri della tradizionale concezione penalistica di intonazione statal-monista legalitaria, che fissa la secca alternativa secondo cui una potestà punitiva sovranazionale o è corredata fin dal principio di un diritto penale sostanziale e processuale, e di garanzia costituzionale, oppure ci si deve accontentare per un periodo di transizione dell'uso (esclusivo e riservato) dei diritti nazionali⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Capitolo terzo, par. 7.

⁽¹²⁾ Su questi punti, per tutti, PULITANO, *Quale scienza del diritto penale?*, 1223, 1229.

⁽¹³⁾ JECHEZK, *Die Strafgesetze*, 497. L'atteggiamento di sfiducia che caratterizza il consolidato approccio della dottrina penale a un diritto penale europeo è derivato dagli ostacoli in cui si è imbattuta la stessa dottrina nell'inserirsi nei circuiti del diritto europeo: mancanza di adeguate istituzioni e di adeguata rappresentanza.

Ferma restando la libertà della scienza penalistica di riflettere, anche in una prospettiva autoreferenziale, sul diritto che la stessa scienza

zione e proposizione del ruolo delle istituzioni nello sviluppo del diritto. Certo, la scienza penalistica non ha mancato di esprimere ideali europeistici — ora basati solo accennare a sensi assunti da esperienze comparistiche e da quelle formatesi sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e su progettazioni di convenzioni internazionali da parte del Consiglio d'Europa —, però non ha trovato terreno fertile l'idea che istituzioni europee munite di poteri normativi, solo progettate o già nate o perfino molto sviluppate che fossero, potessero vanare una competenza penale positiva, a dispetto di quella degli Stati. Sono ampiamente prevalsi orientamenti di intonazione marcatamente prescrittivo-negativa, o di ispirazione giusnaturalista o di ispirazione giuspositivista, ivi compresi i debitori più o meno consapevoli di conati sincretistici rappresentati dalle Carte costituzionali continentali, tutti rivolti a negare che a tali istituzioni il diritto che le riguardava potesse attribuire una siffatta competenza. Nel primo filone spicca l'avversione di Giuseppe Bettiol (*Il diritto penale della nuova Europa*, 849 ss.) per l'idea che la liberazione dal dogma statalista, nella prospettiva della creazione di un diritto penale europeo, potesse realizzarsi all'interno di una «composizione puramente empirico-parassologica o naturalistica», da lui ritenuta estranea alla tradizione europea e quindi inidonea a servire «da piattaforma per un comune pensiero europeo» e incompatibile rispetto all'adesione ad una dato complesso di valori morali di libertà e democrazia insieme, rispettabilmente esercitati. Questa adesione avrebbe dovuto rappresentare il «minimo comune denominatore per una unione federativa di nazioni», tale da «sbarrare la strada al totalitarismo che pervene le coscienze e determina così al male le coscienze degli uomini» (risp. 849 s. e 857). L'Europa era intesa come «espressione più tipica della più alta forma di civilizzazione umana», geograficamente ristretta a Francia, Germania occidentale ed Italia. Il mondo anglosassone veniva espulso («civilmente») per «isolamento culturale», e così pure il pensiero di Nuvoione che individuava linee comuni tra i vari mondi giuridici ponendo il problema, anziché il dogma, delle fonti del diritto penale (*Il momento penale*, 280, 279). Ne scaturiva un diritto penale fondato su valori morali che «dove trovare la sua sublimazione nel diritto costituzionale che pone le fondamentali garanzie di libertà dei cittadini togliendo la materia al capriccio di occasionali maggioranze parlamentari e fissa i cardini di ogni futura legislazione morale e democratica», le Costituzioni di quei Paesi.

Nel secondo filone può annoverarsi l'orientamento di Franco Bricola (*Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, 216 s.) che individuava l'ostacolo ad una attribuzione di potere punitivo alle Comunità europee nella riserva assoluta di legge statale in campo penale, sancita dalle Costituzioni di vari Stati membri, ostacolo superabile soltanto tramite una legge costituzionale che rendesse esecutivo un trattato contenente l'attribuzione di tale potere alle Comunità. Qui il dogma legalistico, pietrificato nella sovranità statale, impediva di costruire vie di sviluppo del diritto penale comunitario.

crea, pare ingiustificato che questa libertà si risolva in una cieca universalizzazione di tale diritto ⁽¹⁵⁴⁾. Preferibile è la via della mediazione pratica tra due dimensioni, quella descrittiva e quella prescrittiva, della scienza giuridica penalistica, che sono ben distinguibili pur nei limiti del possibile ⁽¹⁵⁵⁾: prevalentemente descrittiva quella della scienza rivolta all'individuazione del proprio oggetto, per cui si pone l'esigenza di sgombrare il campo da pregiudiziali limiti scaturienti da un dover essere del diritto; prevalentemente prescrittiva quella, sia della scienza rivolta alla sistemazione del diritto (dogmatica), sia e più intensamente della scienza rivolta a stabilire le leggi che dovrebbero governare con tenuto e forma delle norme penali («impostazione legislativa» ⁽¹⁵⁶⁾).

Ciò non significa rinunciare alla libertà anche di critica della scienza penalistica, compresa anzitutto la critica del suo oggetto ⁽¹⁵⁷⁾. Non può, tuttavia, rimanere troppo sullo sfondo il problema dell'oggetto della scienza del diritto penale, quando si riscontra che l'accesso a campi di indagine relativamente nuovi, come quello del diritto comunitario, pone sempre più in crisi stabilità e contenuto dei pretesi luoghi comuni penalistici ⁽¹⁵⁸⁾, e che ormai la dottrina penale teorizza il crollo dell'illusione prescrittiva della scienza penalistica e tende al recupero di un rapporto comunicativo tra dottrina penale e giurisprudenza o quanto meno di un'attenzione con uno studio più approfondito di quest'ultima da parte della prima ⁽¹⁵⁹⁾. La "scoperta" dell'impegno da parte della giurisprudenza continentale di criteri di *case law* porta ad affermare l'esigenza di una dogmatica «flessibile» e dello studio della prassi ⁽¹⁶⁰⁾, o ancora meglio la ricostruzione del diritto a par-

tire da ciascun caso, la problematicità del caso essendo il punto di partenza ⁽¹⁶¹⁾. Così, il diritto che si forma sul caso assume grande importanza come oggetto della scienza penalistica, anche se non necessariamente come oggetto esclusivo.

Tanto più ciò è da dirsi rispetto al diritto comunitario che evolve secondo modelli che presentano anche somiglianze con quelli di *common law*, e quindi palesemente suscita un problema di fonti. Divenrebbe, peraltro, irrilevante *de iure condito* lamentarsi che il sistema sovranazionale è carente in protezione della legalità quando esprime competenze penali, e che considerazioni di opportunità sorreggono le argomentazioni ⁽¹⁶²⁾, se risultasse chiaramente che sono già i testi fondamentali, approvati dai parlamenti, ad esprimersi in termini genetici, a porre il diritto accanto al trattato e a valorizzare l'orientamento di scopo.

D'altra parte, sotto i profili *de iure condendo*, se pur non è dubitabile la dignità della funzione critico-prescrittiva adempita tramite tentativi di costruzione accademica di leggi penali europee da proporre a un futuro legislatore internazionale o comunitario ⁽¹⁶³⁾, tuttavia la prognosi di effettività può lasciar adito a conclusioni negative qualora una approfondita discussione sulle pietre angolari del diritto penale europeo si svolga sui presupposti della dottrina penale e senza considerare quelli del diritto positivo comune, anche penale, esistente, includere quelli del diritto positivo comune, ed è in grado di affermarsi genere il diritto che storicamente si afferma ed è in grado di affermarsi nei suoi vari fattori, componenti e modi, e tra l'altro, oltre alla giurisprudenza pratica, i trattati comunitari e il diritto derivato.

Questi tentativi rischiano di rimanere infelici quando non si coniugano con un'esigenza della dottrina penale di proporsi come giurisprudenza penale teorica e di dotarsi quindi di strumenti, di tecniche adeguate a far fronte al declino della legge (la crisi della legislazione

⁽¹⁵⁴⁾ Esemplare, per questo tipo di operazioni, riguardo al tema che ci riguarda, HIRSCH, *Diskussionbeitrag*, in SIEBER (Hrsg.), *Europäische Einigung*, 121 s.
⁽¹⁵⁵⁾ Utili chiarimenti riguardo alla problematica scaturiente dall'affermazione di precise prescrittive della scienza giuridica possono trovarsi in BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, 235 ss.
⁽¹⁵⁶⁾ NUVOLOONE, *Natura e storia della scienza del diritto penale*, 275.
⁽¹⁵⁷⁾ NUVOLOONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, 394.

⁽¹⁵⁸⁾ BAVATTA, *Contro il metodo*, 42 ss. Riguardo all'imprevedibilità di porre ad oggetto della scienza anche gli oggetti ritenuti indegni, quando si tratti di norme positive, v. PULITANO, *Quale scienza del diritto penale?*, 1229.

⁽¹⁵⁹⁾ FIANDACA, *Concezioni e modelli*, 22 ss.

⁽¹⁶⁰⁾ Sul punto, oltre a quanto esposto nel Capitolo terzo, par. 3, basti ricordare le recenti riflessioni di VOLK, *Diritto penale ed economia*.

⁽¹⁶¹⁾ In questo senso DE FRIEDRICH DIAS, nel contributo al Convegno di Bologna in memoria di Franco Bricola (18-20 maggio 1995) (Auti in corso di pubblicazione). Cfr. ID., *Resultate und Probleme*.

⁽¹⁶²⁾ LABAYLE, *L'application du Titre VI*, 40 nt. 15.

⁽¹⁶³⁾ V., l'opera collettanea (curata da SCHÖNEKANN) *Bausteine des Europäischen Strafrechts*. Cfr., inoltre, quella (curata da SIEBER), *Europäische Einigung und Europäischer Strafrecht*.

non equivale a crisi del pensiero giuridico⁽¹⁵⁴⁾. Si tratta di un'esigenza in larga parte ancora estranea al patrimonio culturale della dottrina penale, legato questo come risulta ad una sorta di patto di «alleanza della scienza con la legislazione»⁽¹⁵⁵⁾. Alleanza, peraltro, concepita unilateralmente e in uno spirito di dominio che il preteso partner, il c.d. legislatore, ha in buona sostanza costantemente ricusato, e la stessa pubblica opinione non mostra di recepire⁽¹⁵⁶⁾, mentre la giurisprudenza penale pratica non viene colta e tanto meno vengono raccolte le istanze normative degli individui e dei gruppi sociali. Dal punto di vista di queste ultime e dei giudici la dottrina rischia costantemente di rimanere in complesso il produttore di «una teoria per la teoria»⁽¹⁵⁷⁾, data la sua inadeguatezza, e di non fornire, nonostante lo voglia, contributi al miglioramento del diritto suscettibili di assumere più immediata rilevanza.

In genere la dottrina penale, quando non rifiuta persino lo studio della cultura giuridica espressa a livello giurisprudenziale, quanto meno lo degrada in dignità rispetto a ricerche di autonomia elaborazione teorica, perchè imputa alla giurisprudenza ritardi culturali specie in tema di rispetto del principio di legalità – questo è il consueto rimprovero⁽¹⁵⁸⁾ –, o comunque intende evitare l'irrompere di critici di politica

⁽¹⁵⁴⁾ Come rileva CALVI (*Typo criminologico*, 463).

⁽¹⁵⁵⁾ Per l'espressione, e ulteriori pertinenti rilievi, GIULIANI A., *L'applicazione della legge*, 47.

⁽¹⁵⁶⁾ FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione*, 62 s.; MUSCO, *Diritto penale e politica*.

⁽¹⁵⁷⁾ Per l'espressione, ALESSIO, *Le rationnel comme rationnable*, 29.

⁽¹⁵⁸⁾ Come costata FIANDACA, *Concezioni e modelli*, 23, anche in relazione al disagio manifestato dalla dottrina nel seminario «L'e dissenso tra dottrina e giurisprudenza nel diritto penale» (a c. di STILE). Cfr. HIRSCH, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht* 19 ss. (e più di recente, per informazioni delle ragioni della legalità penale, RUCCIO, *Note sull'interpretazione della legge*; NAUCKE, *Die Ausbildung der strafrechtlichen Gesichtsbilder*, 503; *Von Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot*). Per valori pertinenti rilievi v. CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, 484 ss.

Nella situazione in cui si trova l'apprezzamento dei valori costituzionali, non pare risolutiva la proposta formulata da CONTENTO (*Il contributo della riflessione sulla giurisprudenziale alla riforma del codice penale*, 64 ss.) al fine di ricomporre la divergenza tra dottrina e giurisprudenza sull'interpretazione dei principi costituzionali in materia penalistica. Secondo questo A., servirebbe una normazio-

criminale, difficilmente controllabili, nella risoluzione dei casi e tenta perciò di mantenere viva l'autonomia di una dogmatica che avrebbe a sua volta il compito di mantenere vivi caratteri immutabili del diritto penale⁽¹⁵⁹⁾. Si afferma, così, un oggetto indipendente dal diritto che

ne penale «per principi» – nella parte generale di un nuovo codice – sul tipo di quella dettata in tema di contratto nel diritto civile, assieme ad un affievolimento del divieto di analogia. CONTENTO muove dalla premessa che il dato costituzionale fornisce principi «pacifici» sulle scelte di valore fondamentali. Ma ciò, se pur potesse dirsi riguardo alla dottrina, viene smentito dalla stessa, rilevata divergenza tra dottrina e giurisprudenza. Anche in dottrina, del resto, forse per alcuni nuclei valori fondamentali si manifesta un alto grado di consenso, ma quando si tratta di precisarne il contenuto e realizzarli regna il dissenso. Normazione per principi e affievolimento del divieto di analogia, nel senso dato da CONTENTO, di certo consentirebbero al giudice un maggiore, se possibile, margine di manovra per il rinvenimento del c.d. diritto giurisprudenziale, ponendo però alla scienza penalistica, a parte tutto, ancor più serie difficoltà di assumere atteggiamenti prescrittivi nei confronti del parlamento e della giurisprudenza.

⁽¹⁵⁹⁾ Di recente, questo orientamento pare sostenuto da DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 104 ss. L'A. tenta di sfuggire a quella che ritiene l'«ansidra» di una «spura dissoluzione del diritto (penale) nella politica (criminale)» (p. 106), operando tramite l'ancoramento alla «struttura» – vale a dire alla dogmatica, avente «primaria funzione di conoscenza» –, quale «pietra angolare» del sistema, la cui peculiarità consisterebbe nel non peggarsi «a tutti gli scopi», e di non fare del reato un «recipiente indefinito» in cui «vengono minati di casi, di fatti, in cerca di qualche struttura dove essere collocati» (p. 105). Si eviterebbe, così, che le ragioni finalistiche che vorrebbero risolvere quei casi portino all'«esplosione del sistema» – non più capace di «tenere insieme» la quantità di tutti i possibili punti di vista cui si intende dare ingresso», cosicché sarebbe preservata l'autonomia della dogmatica dalle finalità di politica criminale, appunto «perché le strutture non si piegano a tutti gli scopi» (ivi). Tuttavia, l'autore ritiene anche «improprio» che l'autonomia dogmatica dell'identità strutturale di categorie come tipicità, antigiuridicità e colpevolezza sia guadagnata al prezzo di un «isolamento rispetto a molteplici funzioni o criteri di scopo» (p. 106). Non siamo in grado, però, di cogliere come l'A. possa affermare che prima di individuare gli scopi degli istituti è necessario individuare la struttura degli istituti stessi (p. 102 s.), non è chiaro cioè come questa struttura possa esistere senza determinazioni di senso: inverso, l'A. non prescinde da attribuzioni di scopi e funzioni (p. 106 s.). Parebbe affiorare, qui, il rischio di far riflettere la dogmatica su se stessa fuori da ogni aggancio con la vita del diritto, e di non consistere adeguatamente (ma v. p. 96) che il sistema e la dogmatica, l'unità e la coerenza, esistono (se esistono) solo nella mente dell'interprete (BOBBIO, *Formalismo giuridico e formalismo etico*, 149), e che il problema della dogmatica diventa proprio l'alto grado di manipola-

pur vale sul piano nazionale o sovranazionale⁽¹²⁾, quindi una funzione di conservazione di dati modelli.

In questa dimensione, la giurisprudenza penale anche sovranazionale ormai rischia di sfuggire alla capacità di comunicazione ma ancor prima di comprensione da parte della dottrina penalistica, come è già emerso e più oltre si avrà ancora modo di sperimentare. Sfugge, insomma, ciò che sarebbe prodromico ad ogni tentativo di assumere una funzione di orientamento credibile, mentre la prassi va esprimendo le basi per il riconoscimento di attribuzioni di competenza penale comunitaria alquanto lontane dai valori sottesi ai modelli invocati dalla dottrina.

Prefertibile è prendere atto che i giudici partecipano alla produzione del diritto anche penale, e in veste qualificata. Restituire, quindi, ai giudici la relativa responsabilità che spesso essi rifiutano qualificandosi a torto come meri applicatori della legge. Orientare le funzioni della dottrina anche sul giudice e sugli strumenti che questi impiega. I modelli classici, ammessi pure che restino a fondare validamente una funzione critica, non perciò solo riescono ad essere rimessi in circolazione altrove nel traffico giuridico, fino a che non si assumano i valori sottesi al c.d. garantismo penale in strutture idonee a realizzarsi⁽¹³⁾.

zione dei documenti normativi allo scopo di completare e «eccezzionalizzare» il diritto vigente (GUASTINI, *Dogmatica giuridica*, 28), quando non l'estranietà totale al diritto vigente, in una autonoma dimensione prescrittiva. Questa manipolazione si rivolge ad evitare quell'esplosione sopra detta e lamentata dal DONINI, e che però, appunto, è soltanto esplosione del sistema e non esplosione del diritto. I sistemi continuano a esplodere, mentre il diritto penale continua a risolvere ogni "miriade di casi" in nome di obiettivi di politica criminale più o meno fondati, calibrati e dichiarati.

La considerazione del "caso" implica l'affacciarsi di una «meditata» nozione di dogmatica, il cui senso risiede non già nel fissare ciò che comunque è stabile, ma nel rendere possibile una distanza critica dall'oggetto senza tuttavia venir meno alla tolleranza nei confronti dell'incertezza (LUTTMANN, *Sistema giuridico*, 45 ss.). Di qui l'esigenza di una applicazione cauta delle soluzioni ritenute generali, condivise e scientificamente controllate, ai casi non ancora considerati (V., in una prospettiva compiutamente pluralistica, BERLIN, *Political ideas*, 104).

(12) Cfr. HIRSCH, *Gibt es ein national unabhngige Strafrechtswissenschaft?*, 45.

(13) Sul garantismo V., per tutto, FERRAGOLI, *Diritto e ragione*.

Nella direzione indicata nel testo potrebbe avviato NORDI, *Principio di legalit e processo penale*, 650 ss. Peraltro l'A. non si pone il problema del diritto e del-

Torniamo alla questione principale. La pretesa di impiegare i diritti fondamentali di libert e democrazia radicalmente "contro" il Trattato istitutivo in punto di competenze penali positive, se pu inserirsi come elemento critico riguardo alla capacit che tali diritti hanno, nella dimensione comunitaria, di sostituirsi a quelli costituzionali nazionali - sempre che si dimostri che questi ultimi conducono a conclusioni diverse da quelle comportate dai primi -, non  per in grado quanto meno di esaurire le potenzialit del diritto positivo comunitario; comunque, non ha recato convincenti basi per consentire alla Corte di giustizia un corrispondente sindacato. Siffatta pretesa contribuisce, piuttosto, a far emergere problemi di contemperamento, che ben possono affacciarsi in una dimensione in cui si affermi l'esigenza di trovare la soluzione pi soddisfacente in termini di verit, giustizia e sicurezza giuridica in un quadro, se e per quanto possibile, di rispecchiamento nel diritto positivo dei valori sottesi a principi e regole che solo

la legittimit, in cui rimane inquadrata anche la legge penale con le relative istituzioni, e quindi egli non riesce a spiegarsi in termini giuridici la diffusa esigenza di legittimazione del diritto penale anche fuori e perfino contro quella di provenienza parlamentare. Perci offre una diagnosi che non ci pare corrispondere al diritto vivente, nel momento in cui rievoca che alla supremazia della legge si sostituisce il potere (arbitrario) del magistrato (651) con conseguenti atteggiamenti di «indipendenza dalla legge» (652), e che ci sarebbe confermato dal fatto che la Corte costituzionale italiana ha posto ostacoli costituzionali alla legge di procedura penale, favorendo una supremazia punitiva del magistrato.

Resta, nondimeno, vero che si pongono problemi di democraticit della fonte del diritto penale, ma... giudici compresi. Problemi, dunque, che si pongono sul versante del c.d. reclutamento dei giudici (primi e viti rievati in CORSALE, *Il giurista tra norma e senso comune*, 140). Un'indagine comparatistica  offerta da GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, con ult. ind. V., inoltre, PIZZORISIO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, 63 ss.; GUASTINI, *sub art. 101, in Commentario della Costituzione*; BOCINETTI, *Considerazioni sul potere giudiziario*. Proprio nel momento in cui un parlamento si rivela sostanzialmente non rappresentativo, come  stato nel caso italiano, si pone pi intensamente il problema della legittimazione democratica di tutte le fonti del diritto penale (i giudici, qualora non si riconoscano una sufficiente legittimazione democratica per via istituzionale, finiscono con l'appoggiare l'interpretazione della legge anche sull' "opinione pubblica", non senza molteplici condizionamenti disorsivi). Il tema, riguardo ai giudici, deve qui rimanere soltanto accennato, e peraltro si pone *de iure condito* in termini analoghi a quelli che si vanno esponendo nel testo (riguardo alla Corte costituzionale italiana v. *infra*, Capitolo quinto, par 4.2).

in ambito dottrinale riescono ad acquisire validità, in modo tale che il diritto possa effettivamente sostenere una siffatta soluzione.

La considerazione della giurisprudenza pratica, superando chiusure del giuridico in moduli legalistici, siano essi di ispirazione naturalistica o razionalistica, sollecita a ricercare ulteriori, nuove vie di ricollazione della dottrina all'interno del processo di giuridificazione, tali da consentire l'avvio di processi di convergenza normativa. Una via, tra le altre, si apre, quella della scoperta delle tendenze che affiorino dall'affermazione concreta, non solo giudiziale, di principi che oltrepassano l'insieme di regole in genere accettate, e prosegue col farne premesse di elaborazioni dell'esperienza giuridica intesa e considerata in tutti i suoi molteplici flussi.

È su questa via che si tenterà di illustrare come, oggi, il punto di partenza per la lettura del diritto penale comunitario non deve necessariamente essere un giudizio negativo secondo cui il meccanismo fondato sul primato del diritto comunitario e sulla giurisdizione interpretativa della Corte di giustizia mal si adatta al garantismo inteso come esigenza irrinunciabile in materia penale; come, inoltre, non deve necessariamente affermarsi l'idea che, oggi, carenze di garanzia sarebbero superabili solo al prezzo di profonde trasformazioni istituzionali, di un vero e proprio salto di qualità nella costruzione europea⁽¹⁷⁾.

Finora la pertinenza del valore di democrazia al diritto comunitario sotto il profilo penalistico non è riuscita ad emergere secondo l'obiettivo di riscontrare regole informate a quel valore che siano identiche a quelle proprie di certi Stati membri. È dato che questo obiettivo è stato coniugato con l'esclusione *a priori* di soluzioni comunitarie diversamente strutturate, l'esistenza di queste ultime non è stata neppure ipotizzata come oggetto di indagine. Il problema è rimasto confinato in una secca alternativa, competenze penali con o senza democrazia. Ma il secondo come dovrebbe risultare almeno dalla constatazione dell'impossibilità della legittimazione democratica del diritto penale dal punto di vista comunitario. Presuppone, quindi, che si sia indagato sull'esistenza di una misura in cui l'impianto comunitario riesca a concretizzare tale valore, e non già che si assuma il diritto comunitario in

modo tale che la democrazia, assieme all'ipotesi di una qualche sua ricezione sotto il profilo penalistico, si trovino esclusi da ogni considerazione.

Una pur cauta apertura in questa direzione si riscontra in una dottrina penalistica più avanzata: il problema complessivo suscitato dal preteso *deficit* democratico comunitario risulta calato in un «sistema costituzionale sovranazionale in transizione» che non consente di impegnare senz'altro criteri di paragone applicabili ad una sviluppata entità statale⁽¹⁸⁾, per tali intendendosi quelli della dimensione in cui si fisserebbe come inscindibile in concreto uno stretto, fissamente modellato rapporto democrazia-diritti fondamentali-diritto penale-legge penale parlamentare.

In tal modo, la risoluzione della questione sulla competenza penale comunitaria si profila come collegata all'esigenza della ricerca e valutazione di modelli diversi di organizzazione, piuttosto che a quella di riscontrare canoni tradizionali ponendo secche alternative secondo astratte tavole di valori.

Avvertito del rischio di incorrere in ingiustificati pregiudizi, rimane da percorrere la via della ricognizione dei dati che, nella direzione indicata, il diritto comunitario è in grado di offrire. Se è ormai chiaro che la scelta di impiegare il valore di democrazia nel senso di costruire una regola generalmente e rigidamente negativo-esclusiva di competenze penali comunitarie, come propugna la dottrina penale, fatica a riflettersi integralmente nel diritto comunitario, ciò non significa immediatamente che questo valore debba rimanere estraneo al diritto comunitario mentre si affermano competenze penali. Occorre, invece, portare un chiarimento che riguarda la pertinenza del valore di democrazia all'ambito comunitario; il ruolo che a questo principio è assegnabile in generale e con specifico riguardo al diritto penale.

Il problema si pone in una prospettiva di sviluppo del diritto comunitario. Questa è la prospettiva accolta da tutti gli orientamenti giurisprudenziali finora illustrati, che esprimono la prevalenza del peso che il principio di attuazione dell'ente comunitario, degli scopi comu-

⁽¹⁷⁾ TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, 218 e 221.

⁽¹⁸⁾ Come ha ritenuto, ma a suo tempo, PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giurisprudenziale della CEE sul diritto penale italiano*, 629.

nitari, assume nella valutazione delle attribuzioni di competenza anche penale: come, infatti, è già emerso ⁽¹⁷⁹⁾, la comprensione del diritto comunitario è legata imprescindibilmente al rilievo che i valori che lo connotano sono intesi nel senso della progressiva espansione del diritto stesso, fermo restando il limite dettato dalla regola di sussidiarietà. Ma lo sviluppo, se può riguardare il diritto penale, nondimeno può riguardare, al contempo, la democrazia.

6. Non è un dato trascurabile che il valore di democrazia risulti desumibile dai trattati comunitari, essendo ormai chiaramente indicato anche nei più recenti documenti della costruzione giuridica europea (Preambolo Atto unico europeo; Preambolo TUE; art. A co. 2, B, F co. 1 TUE) ⁽¹⁸⁰⁾. Vale, per essi, la duplice prospettiva di conseguire democrazia negli Stati e democrazia nell'Unione-Comunità europee ⁽¹⁸¹⁾.

⁽¹⁷⁹⁾ V. quanto riferito nel Capitolo terzo.

⁽¹⁸⁰⁾ V., inoltre, la Dichiarazione di Birmingham (Consiglio Europeo, 16 ottobre 1992), e la Dichiarazione interistituzionale sulla democrazia, la trasparenza e la sussidiarietà (1696^a Sessione del Consiglio Affari generali, Lussemburgo, 25-26 ottobre 1993) (sono entrambe riportate da TIZZANO *Coдекс*, 323 ss.). Con la già citata (nota 77) Dichiarazione comune del 5 aprile 1977, Parlamento, Consiglio e Commissione hanno riconosciuto rilevanza primaria alle Costituzioni degli Stati membri e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, impegnandosi a rispettare questi diritti. Con la dichiarazione sulla democrazia del 7-8 aprile 1978, i Capi di governo degli Stati membri hanno affermato che il mantenimento della democrazia rappresentativa e il rispetto dei diritti dell'uomo in ciascuno degli Stati membri sono elementi essenziali dell'appartenenza alle Comunità, e che l'applicazione dei principi della democrazia rappresentativa, del primato della legge, della giustizia sociale e quelli relativi ai diritti dell'uomo esige un regime politico garantee delle procedure necessarie all'esercizio di questi diritti (V. anche la Risoluzione del Parlamento Europeo 12 aprile 1989, «Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali», pubblicata in G.U.C.E. C/120 del 18 maggio 1989). Sulle varie concezioni della democrazia si veda, per un primo approccio, SAKOBI, *Democrazia e definizioni*, RUFFINI, *La ragione dei più*, PARETO, *Trasformazioni della democrazia*, BURDEAU, *La democrazia*, KEISEN, *La democrazia*, ID., *Emergenza e valore della democrazia*; DAET, *I problemi della democrazia pluralista*; ZOLO, *Il principio democratico*. Per una lettura realistica della democrazia, GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*; WEINBERGER, *Leitideen der Demokratie*.

⁽¹⁸¹⁾ Il deficit riguarda concretamente anche gli Stati nel momento in cui si

Non è, quindi, dubitabile che nel diritto comunitario si rifletta il principio democratico, secondo cui le istituzioni devono rispecchiare una concezione di ogni uomo «personalistica» e libertaria, spettando ad ogni uomo, coi suoi diritti e le sue libertà fondamentali, determinare i connotati del giure. Sotto questo profilo la Costituzione comunitaria non pare suscettibile di essere annoverata tra quelle Costituzioni che non presuppongono il principio democratico della sovranità popolare ⁽¹⁸²⁾ e quindi parlamentare. Sempre che sia chiaro il riferimento al popolo multinazionale ⁽¹⁸³⁾, tale anche oltre quanto sgorga dalla pluralità delle sole nazionalità statali ⁽¹⁸⁴⁾, popolo già normativamente unito nel «processo di creazione di un'Unione sempre più stretta tra i popoli» (art. A TUE).

Tutti questi sono fini esistenti, pur se non del tutto/non ancora realizzati ⁽¹⁸⁵⁾, e comunque includibili. In questa luce, lo stesso diritto comunitario pare farsi carico dell'imprescindibilità dell'acquisizione di poteri sovranazionali pienamente legittimati democraticamente sia nella loro costituzione che nella loro azione ⁽¹⁸⁶⁾, benché la prospettiva di scopo non escluda che sia implicata la non compiuta realizzazione attuale del valore – ma se pure la meta fosse «distanze» ⁽¹⁸⁷⁾, non perciò sarebbe irrilevante.

La prescrizione di siffatta acquisizione orienta verso la realizzazione anche sul piano comunitario, e per i profili penalistici, dell'«inscindibilità democratica» trova difficoltà di piena realizzazione (GREGORI, *Il problema del metodo*, 504 ss.).

⁽¹⁸²⁾ Sulle quali v., di recente, PACE, *La «naturalità» rigida delle costituzioni scritte*, 4123 s.

⁽¹⁸³⁾ V. le conclusioni finali di DE WITTE, *Sovereignty*.

⁽¹⁸⁴⁾ MAC CORMACK, *Sovereignty*, 288 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. LA PERGOLA, *Sguardo sul federalismo*, 503.

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr. CURTI GIARDINO, *Il Trattato di Maastricht*, 44 s.; BARRERA, *Rappresentanza e diritti di partecipazione*, 54 s.

⁽¹⁸⁷⁾ Per la distinzione tra obiettivi immediati (unione doganale), intermedi (unione economica) e distanti (unione politica) v. PESCATORE, *The Law of Integration*. *Emergence of a new phenomenon in international relations, based on experience of the European Communities*, 19.

diibile connessione di mezzo a fine tra diritto e democrazia»⁽¹⁸⁵⁾.

Il principio, dunque, esiste. Come si realizza, resta da vedere. Non è seriamente contestabile che la democrazia rimanga punto cruciale dell'apprezzamento del sistema comunitario, anche dopo il Trattato sull'Unione⁽¹⁸⁶⁾ che pur tende ad aumentare il tasso di democratizzazione del processo decisionale e ravvicinare la Comunità ai suoi cittadini⁽¹⁸⁷⁾. Il potere pubblico comunitario opera in base a sistemi dinamici di amministrazione collaborativa (*partnership*), invece che su base di poteri almeno tendenzialmente divisi⁽¹⁸⁸⁾, e con minor grado di legittimazione democratica. Questo potere approfitta, per ulteriormente espandersi, del regime di c.d. poliarchia socioistituzionale proprio della moderna entità statale (osmosi Stato-società)⁽¹⁸⁹⁾, cioè della frammentarietà e quindi debolezza della macchina di potere statale nella quale si inserisce associandola nella collaborazione ai propri scopi.

È anche vero, però, che la legittimità, rappresentando la fine del circolo ascendente dai fatti al valore, e il principio del ciclo discendente dai valori ai fatti, è sempre la fine della storia già fatta e il principio della storia da fare, e non diversamente dall'idea di giustizia, cui corrisponde e da cui trae elemento costante, serve di volta in volta, secondo i tempi, gli eventi e gli uomini, a giustificare il fatto compiuto e a ispirare i fatti da compiere⁽¹⁹⁰⁾. Su questo presupposto, rimane da considerare come si proponga la valutazione del preteso *deficit* democratico, e quali ne siano le conseguenze.

⁽¹⁸⁵⁾ Per questa espressione, VASSALLI, *Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto ed esperienze comparatistiche*, 6.

⁽¹⁸⁶⁾ V., in generale, VILLANI, *Il deficit democratico nelle formazioni delle norme comunitarie*, 399 ss.; PIRIS, *Dopo Maastricht, le istituzioni comunitarie sono diventate più efficaci, più democratiche, più trasparenti?*, 3 ss.; CURTI GIARDINO, *Il Trattato di Maastricht*, 44 s. Sul deficit di informazione, inoltre, CURTIN-MEJERS, *The principle of open government in Schengen and the European Union: democratic regression?*, 391 ss.

⁽¹⁸⁷⁾ PIRIS, *Dopo Maastricht*, 24. *Contra*, MURSWICK, *Maastricht and the power of constitutionalism*, 161.

⁽¹⁸⁸⁾ CASSESE S., *La Costituzione europea*.

⁽¹⁸⁹⁾ Al riguardo, FREDERI, *La giurisdizione della corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità europea*, 99.

⁽¹⁹⁰⁾ BOBBIO, *Sul principio di legittimità*, 93.

La situazione comunitaria non necessariamente merita di esser raffigurata come «vistosamente anacronismo di un sovrano che non cede il potere al parlamento»⁽¹⁹¹⁾, collocato nella tematizzazione generale dei problemi di legittimazione concorrenti le comunità europee⁽¹⁹²⁾. Può sollevarsi il dubbio se davvero, e comunque in che senso, il *deficit* democratico rappresenti un dato anacronistico. Piuttosto, come lasciano intendere i trattati, potrebbe trattarsi di un inevitabile, imprescindibile momento di sviluppo della dimensione politico-pubblicistica europea, nella ricerca di sempre nuovi equilibri da parte delle forze in campo, fuori dal ricorso alla guerra, dato che i singoli Stati non sono più in grado di proporsi come fattori esclusivi di equilibrio inteso come conseguito compromesso normativizzato⁽¹⁹³⁾.

Certo, è per questa ragione che organizzazioni internazionali si avviano ad assumere compiti ma anche caratteristiche già proprie degli Stati, pur in dimensioni e secondo modelli molto nuovi rispetto ad organizzazioni del genere, tanto da dotarsi, come è stato per le comunità europee, perfino di parlamenti⁽¹⁹⁴⁾. La consociazione tra gli Stati e il

⁽¹⁹¹⁾ La PRIGOLA, *Sguardo sul federalismo*, 507.

⁽¹⁹²⁾ Indicazioni su concezioni della democrazia affermate dal Parlamento europeo si trovano in VILLANI, *Il deficit democratico*, 600 ss.

⁽¹⁹³⁾ Per un complessivo inquadramento v., nella vasta letteratura, BELLAU-CASTIGLIONE, *The reconfiguration of politics in the new Europe: constitutionalism, democracy and identity*, 15 ss.; VON DER GROEBEN, *Legitimationsprobleme der Europäischen Gemeinschaft*; KLUTH, *Die demokratische Legitimation der Europäischen Union*.

⁽¹⁹⁴⁾ Uelle, al riguardo, la disamina offerta da FROMAVANTI, *Stato (storici)*, 708 ss., 737 ss. Cfr. pure DIAMETRA, *Elementi di diritto comunitario*, 70, il quale evidenzia come la concentrazione del potere negli Stati piuttosto che nelle Regioni e a livello europeo, blocca l'evoluzione in senso federale e democratico per l'arroco degli Stati nella difesa delle loro prerogative sovrane, rendendo all'auto-perpetrazione del potere fine a se stesso e fonte di corruzione. E v., inoltre, HABERMAS, *The european nation state - its achievements and its limits. On the past and future of sovereignty and citizenship*, 36.

⁽¹⁹⁵⁾ Come rileva CONFORITI (*Diritto internazionale*, 160), non può sfuggire la portata straordinaria della presenza di un organo come il Parlamento nelle Comunità europee, qualora queste ultime siano considerate per quello che sono, ossia delle organizzazioni internazionali, sia pur sofisticate, piuttosto che embrioni di un'entità federale: «Nessun'altra organizzazione internazionale, infatti, ha un organo composto da rappresentanti dei popoli, eletti a suffragio universale e diretto».

concretarsi e svolgersi dei rapporti tra entità statuali (nonché persone fisiche, giuridiche e quant'altro, e tra queste e gli Stati), avvengono attraverso vie di pace incardinate sul modello collaborativo, compresa la produzione di una disciplina (non più internazionale ma) sovranazionale, secondo un modello che tenderebbe a superare la statica contrapposizione contrattualistica che di per sé è inadeguata a fondare robusti meccanismi di sublimazione del momento del dissenso, meccanismi cioè idonei a impedire più efficacemente (pur sempre relativamente) lo scontro armato – la prosecuzione della politica con le armi e, oggi, il procedere, assieme, dell'economia per mezzo della guerra – o la degenerazione comunque nella guerra economica tra le nazioni. Tra queste vie ha trovato posto un Parlamento europeo.

In valutazioni complessive assume un peso la considerazione che il diritto comunitario esprime una concezione in cui il valore di democrazia si cala in un processo evolutivo. Verso un giudizio positivo sull'impianto comunitario orienta, oggi, il rafforzamento della legittimità democratica attuato dal TUE, cioè il notevole incremento dei poteri decisionali, di deliberazione e di controllo conferiti al Parlamento europeo⁽¹⁹⁵⁾, compreso il procedimento di legittimazione democratica nei confronti della Commissione⁽¹⁹⁶⁾.

Sotto questi profili il processo decisionale comunitario risulta ancora migliorabile in termini di legittimazione ma non perciò insufficientemente legittimato⁽¹⁹⁷⁾, se inteso e valutato nella sua articolazione globale – comunità e stati c.d. duplice legittimazione democratica⁽¹⁹⁸⁾ –, tenendo cioè conto della non esaustività del senso della nozione di democrazia nel contesto comunitario senza una considerazione dei vari apporti nazionali⁽¹⁹⁹⁾, dell'inquadramento in una prospet-

⁽¹⁹⁵⁾ V. *supra*, par. 2.

⁽¹⁹⁶⁾ PIRELLA, *Dopo Maastricht*, 18 ss.; CURTI GIARDINO, *Il Trattato di Maastricht*,

45.

⁽¹⁹⁷⁾ Questa è, in sostanza, una conclusione già espressa dal Parlamento europeo nella *Risoluzione* 17 giugno 1987, in GUCE, 20 luglio 1987, 71/C. V., inoltre, la *Risoluzione* 17 giugno 1988, in GUCE, 18 luglio 1988, 229/C.

⁽¹⁹⁸⁾ Su questo connubio, per tutti, CLASSEN, *Europäische Integration und demokratische Legitimation*, 238 ss.; DE WITTE, *Community law and national constitutional values*, 8.

⁽¹⁹⁹⁾ PIRELLA, *Dopo Maastricht*, 16 ss. Riguardo alla legittimazione c.d. indiretta

va di sviluppo democratico, e della sufficiente realizzazione del moderno principio dell'equilibrio fra poteri/oggetti, che in ambito comunitario sostituisce quello classico della separazione⁽²⁰⁰⁾.

In buona sostanza, prevale un giudizio complessivo di valore sull'intera rete organizzativa di Stati membri, Unione e Comunità, che conduce a ritenere, seguendo le implicazioni della «teoria della democrazia strutturata»⁽²⁰¹⁾, che tale rete è funzionalmente adeguata ad un'istituzione che non disconosce il valore di democrazia e vi tende, anche se non esclude casi in cui decisioni monocratiche controllate valgano come democratiche.

Con riferimento al menzionato ruolo centrale assunto dal diritto di formazione giurisprudenziale e in specie di quello manifestato dalla Corte di giustizia, si è rilevato che nella peculiare dimensione comunitaria l'idea del rispetto della *rule of law*, formata in relazione ai sistemi statali soprattutto continentali, secondo cui tale rispetto vi è solo ove il governo si basi su di un sistema di *checks and balances* atto a garantire i cittadini da incontrollate concentrazioni di potere in capo ad una singola autorità e, pertanto, si imperni su una adeguata separazione di poteri (e in particolare sulla soggezione del giudice alla legge), andrebbe riconsiderata sotto il profilo della ritenuta sua inscindibile connessione con l'istanza democratica. In un quadro pur lentamente

che caratterizza l'apparato europeo v. DETONISSE, *La Communauté européenne après Maastricht: vers un nouvel équilibre institutionnel?*, 8.

⁽²⁰⁰⁾ V., al riguardo, anche per profili critici, SCHWEITZER-HUMMER, *Europarecht*, 231 ss.; STREINZ, *Die demokratische Legitimation*, 222 ss. Riferimenti giurisprudenziali *infra*, par. 6.1. Inoltre, per il riconoscimento dell'esistenza di una Costituzione europea secondo un concetto di Costituzione teorico-generale comprendente come profili essenziali la tutela dei diritti fondamentali, la rappresentatività dei governanti, l'equilibrata, la separazione dei poteri, v. SPADARO, *Contributo*, 70 s. Secondo questo A., nel sistema di coordinamento sovranazionale, pur confuso e incerto, che si va delineando fra i diversi Paesi membri dell'Unione, i menzionati profili essenziali «sono presenti (o comunque custoditi)». Diversamente, LUCIANI (*La Costituzione italiana*, 561), secondo il quale il processo di integrazione europea è gestito da «organi privi di qualunque legittimazione democratica». Questa affermazione ci pare, francamente, esagerata e comunque non congruente rispetto al complesso gioco dell'integrazione europea.

⁽²⁰¹⁾ Cfr. WEINBERGER, *Politica del diritto e istituzioni*, in MAC CORMACK – WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, 321.

evolutivo nella direzione conforme al modello di democrazia parlamentare, la *rule of law* potrebbe ritenersi rispettata, già quando, atteso verso meccanismi di *checks and balances*, si realizzi soprattutto in sede processuale un controllo reciproco atto ad impedire abusi di potere, a realizzare un'adeguata tutela di tutti i soggetti dell'ordinamento e specialmente a permettere a questi di contribuire, di partecipare alla progressiva formazione giurisprudenziale del diritto⁽²⁰⁶⁾. Insomma, già nell'assetto della giurisdizione, e in definitiva nella stessa dialettica tra le giurisdizioni di matrice comunitaria e nazionale, nel «controllo reciproco», risulterebbe un segno della legittimazione, anche democratica e pluralista, del sistema⁽²⁰⁷⁾. In questa direzione contribuisce senza dubbio la stessa garanzia costituzionale del sistema giurisdizionale incardinato sulla Corte di giustizia, come intesa da quest'ultima secondo connotati di irriducibilità⁽²⁰⁸⁾.

Al diritto comunitario possono, dunque ascrivere il riconoscimento del valore di democrazia e la fondazione di un processo evolutivo verso un ente europeo pienamente democratico, mentre non può negarsi una complessiva legittimazione democratica.

Per quanto già abbiamo osservato riguardo alla rilevanza di quest'ultima conclusione rispetto al valore che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo assume nella risoluzione della nostra questione, e cioè che in generale per la Convenzione il diritto penale può sgorgare da un diritto dotato di complessiva legittimazione democratica, e non

⁽²⁰⁶⁾ Sul punto, MENGOTTI, *La rule of law*, 517 ss. Sost. conf. BENGOETXEA, *The Legal Reasoning*, 103, in adesione a RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*. Con specifico riferimento all'ammissibilità di competenze penali comunitarie, l'idea del sostanziale rispetto della *rule of law* in prospettiva interpretativa squisitamente comunitaria pare sottesa, in senso affermativo di siffatte competenze, alle riflessioni di DE ANCIENS (in SIEBER (Hrsg.), *Europäische Einigung und Europäische Strafrecht*, 136 ss.).

Ultili profili di confronto, con specifico riferimento alle problematiche di sistemi penali in transizione, possono esser tratti dalle indagini sull'attuale evoluzione del diritto penale nei Paesi dell'Est europeo, contenute nel volume A.A. V.V., *Von totalitären zu rechtsstaatlichen Strafrecht, passim* (tra le altre, FLETCHER, *Searching for the Rule of Law in the Wake of Communism*, 113 ss.).

⁽²⁰⁷⁾ Cfr. SAGGIO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, 304: «rafforza il carattere democratico e pluralista del sistema».

⁽²⁰⁸⁾ V. Capitoletto terzo, nota 37.

già è soggetto ad una riserva di legge parlamentare in senso stretto⁽²⁰⁹⁾, sembrerebbe che nel diritto comunitario vi sia spazio per proccacciamenti di formazione di una legislazione penale non legati agli speciali requisiti informati all'istanza democratica che si riassumono nella ridetta riserva.

D'altro canto, rimarrebbe fermo il recepimento giuridico di un'indicazione politica che per la costruzione di un diritto penale europeo prescrive *ab initio* la decisività del principio democratico. Ma ciò che non risulterebbe confermarsi in base all'unico documento europeo che abbia preso il nome di costituzione è proprio lo spostamento della pretesa a una legislazione penale di fonte parlamentare da un piano di dover essere del diritto costituzionale europeo-comunitario, quello corrispondente alle indicazioni della teoria e dogmatica penalistica che riflettendo su se stessa ravvisa una siffatta concezione costituzionale-penale europea⁽²¹⁰⁾, al piano dell'essere di un tale diritto, che ancora a tale concezione non riuscirebbe a corrispondere.

In questa luce si confermerebbe sostanzialmente quanto in passato è stato costatato⁽²¹¹⁾: il principio giuridico comunitario rilevante per la questione che ci occupa è quello dell'integrazione europea⁽²¹²⁾ che meramente si avvia verso il trasferimento dei poteri ad un parlamento democratico. In questa dimensione, l'argomento "politico" del *deficit* democratico non occuperebbe uno spazio giuridico in funzione negativa di competenze penali.

Così negato l'ostacolo, costatato altresì che i trattati orientano verso l'esistenza di competenze penali⁽²¹³⁾ ed inoltre che nella dinamica dell'appalesarsi delle competenze comunitarie le prerogative sopranazionali delle comunità stiano in diretto rapporto di dipendenza dalla volontà politica dei diversi stati membri⁽²¹⁴⁾, ne deriverebbe la conseguenza che il vero problema è piuttosto politico che non giuridico, trattandosi di trovare in sede comunitaria il consenso degli Stati, che non si è ancora manifestato, sull'esercizio di competenze penali comunitarie.

⁽²⁰⁹⁾ V. *supra*, par. 3.2.

⁽²¹⁰⁾ V. *supra*, par. 4.

⁽²¹¹⁾ FÖRNÄSNER, *Le pouvoir répressif*, 412 s.

⁽²¹²⁾ V. Capitoletto secondo, par. 1.

⁽²¹³⁾ V. *supra*, Capitoletto secondo, par. 4.

⁽²¹⁴⁾ V. *supra*, Capitoletto secondo, par. 1.

nitarie esistenti, e non già di accertare l'attribuzione delle medesime alla Comunità⁽²⁵⁸⁾.

Potrebbe aggiungersi che l'argomento del *déficit* democratico, utilizzato in senso negativo di competenze penali comunitarie, finirebbe col rivelarsi schermo, in sé pur nobile ma privo di valore in concreto, di interessi politico-economici di minoranza, se valutato alla stregua della diffusa opinione secondo cui è ingiustificato l'atteggiamento di reticenza degli Stati ad affrontare decisamente il tema di un diritto penale comunitario⁽²⁵⁹⁾.

Del resto, all'assenza della previsione di più adeguati poteri e comunque di incisivi interventi penali comunitari taluno finisce perfino con l'attribuire la veste di causa di giudizi negativi dell'opinione pubblica europea nei confronti del Trattato di Maastricht⁽²⁶⁰⁾. Sotto questo profilo potrebbe affacciarsi, allora – ma non sono disponibili adeguate indagini, e il tema deve rimanere qui soltanto accennato⁽²⁶¹⁾ –, l'esistenza di uno scarto tra le valutazioni della «gente comune», che fornirebbero legittimazione ad un sistema punitivo di fonte comunitaria, e ragioni «tecniche» che si opporrebbero quanto meno ad interventi comunitari in campo penale-criminale⁽²⁶²⁾.

⁽²⁵⁸⁾ Ciò esalerebbe i connotati di «politicità» della questione, sulla rilevanza dei quali si veda, di recente, PAGLIARO, *Limiti all'unificazione*, 203; MAZZA L., *L'ordinamento penale*, 202.

⁽²⁵⁹⁾ Capitoletto terzo par. 7.

⁽²⁶⁰⁾ V. cenni, al riguardo, nella panoramica offerta da SALAZAR, *Prospective per una politica penale europea nel dopo Maastricht*, 330.

Riguardo alle chances di legittimazione sociale di un apparato di polizia europeo, ipotizzabili soprattutto sulla base di considerazioni di efficienza, v. DEN BOER – WALKER, *European policing after 1992*, 20 ss.

⁽²⁶¹⁾ Va, peraltro, evidenziato che in generale il processo di formazione dell'opinione pubblica riguardo all'integrazione europea risulta fortemente condizionato dall'interferenza di temi strettamente legati alla competizione politica nazionale, che spesso si risolve in gravi distorsioni o almeno lacune dell'informazione concernente le questioni europee (FRANKLIN – MARSH – McLAUREN, *Uncovering the Bottle: Popular Opposition to European Unification*, 435, anche per ult. ind.).

⁽²⁶²⁾ Per la constatazione dell'esistenza di non coincidenze tra le aspirazioni della teoria e della dogmatica penale e quelle della pubblica opinione, che determinano una crisi della funzione prescrittiva della scienza penalistica, v. di recente FRANK – MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, 62 s.

Nella prevalente dottrina comunitarista che si è occupata di recenti di profili penalistici, l'argomento del *déficit* di legalità-democrazia non risulta rilevante in senso negativo di competenze penali comunitarie⁽²⁶³⁾. La considerazione del *déficit* democratico, si sostiene, sarebbe in grado di mettere in crisi tutte le competenze comunitarie⁽²⁶⁴⁾. Il principio d'autorità tende a rivelarsi assorbente. In complesso, domina un giudizio di valore sull'intero impianto comunitario, che in genere prescinde anche da una specifica considerazione del recepimento, in certo grado, del valore di democrazia nella rete organizzativa di Stati membri e Comunità. Di nuovo, comunque, ma questa volta nel verso dell'ammissione delle competenze penali, tendono a prevalere soluzioni astratte e generalizzanti, che danno a tali competenze uno spazio comunitario non informato in modo speciale dall'istanza democratica.

Intendiamo, tuttavia, indicare che questo spazio è suscettibile di riduzione, il diritto comunitario essendo in grado di aprirsi al riconoscimento delle istanze democratiche e di concretizzarne il precipitato anche superando le generiche indicazioni tratte dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La democrazia, così come gli altri obiettivi da identificarsi nei valori al contempo principali e finali costituiti dai diritti dell'uomo, può esser posta all'interno dello strumento interpretativo in funzione del ritrovamento di una più intensa legittimazio-

Per la disamina del ruolo (non esclusivo) svolto dal consenso sociale nel processo di penalizzazione v., inoltre, PALLINO, *Consenso sociale e diritto penale*, 849 ss.; MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, 80 ss.; ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, 413 s.

⁽²⁶³⁾ V., tra gli altri, oltre a BURCKMANN, *Überlegungen*, TISSAURI, *La sanction*, 505 s. e nota 32; SCHOCKWILLER, *La répression des infractions*, 8. *Contra*, tuttavia, OBERMANN, *Europarecht*, 223.

Il problema posto dal deficit democratico talvolta non è neppure menzionato. V., per esempio, LAGUENEAU, *Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire*, 351 ss. L'A. conclude per l'esistenza di competenze penali comunitarie.

⁽²⁶⁴⁾ TISSAURI, *La sanction*, 505.

Che non si possa prescindere dalla considerazione che l'attribuzione di una rilevanza negativo-esclusiva al deficit democratico generale comunitario potrebbe espandersi in tutti i settori di competenza comunitaria è posto in luce da DIEZ-PRADO (Derecho comunitario y medidas sancionatorias, 316), il quale, tuttavia, pare propendere per l'esclusione di competenze penali-criminali.

ne democratica di una legislazione penale comunitaria fondata sulle menzionate disposizioni dei Trattati che sono in grado di sorreggerla. Vi è, infatti, la possibilità di individuare all'interno di tale diritto meccanismi di attivazione del descritto processo evolutivo in senso democratico, impieghi nel momento in cui risulti che in un certo settore i valori democratici non si realizzano in modo tale da assicurare quel sufficiente equilibrio tra i poteri che è condizione di accettabilità dell'impianto comunitario, nonostante che il quadro complessivo non meriti una valutazione negativa.

6.1. Non par dubitabile che la Corte di Giustizia delle Comunità Europee dimostri tendenze democratiche, per così dire, già tramite l'opera di ampliamento della dimensione partecipativa al suo giudizio oltre quanto la mera lettera dei trattati consentirebbe, e tanto più perché il beneficiario di questa estensione è il Parlamento europeo. La Corte, infatti, riconosce al Parlamento stesso innominati diritti di azione in giudizio, ammettendolo al ricorso per annullamento secondo le stesse regole concernenti le altre istituzioni, in nome del rispetto dell'«diritto» e dell'interesse fondamentale alla conservazione ed al rispetto dell'equilibrio istituzionale comunitario: questo equilibrio, a detta della Corte, sarebbe pregiudicato se il Parlamento europeo non potesse adire le vie giurisdizionali a difesa delle proprie prerogative⁽²¹⁴⁾.

⁽²¹⁴⁾ CGCE, 22 maggio 1990, 70/88, Parlamento europeo / Consiglio delle Comunità europee, in *Rivista*, 1990, 2073: «(22) Il rispetto dell'equilibrio istituzionale comporta che ogni istituzione eserciti le proprie competenze nel rispetto di quelle delle altre istituzioni. Esso impone altresì che possa essere sanzionata qualsiasi eventuale violazione di detta regola.

(23) La Corte, cui spetta secondo i Trattati di assicurare il rispetto del diritto nella loro interpretazione ed applicazione, deve quindi poter garantire la conservazione dell'equilibrio istituzionale e, di conseguenza, il sindacato giurisdizionale del rispetto delle prerogative del Parlamento, qualora quest'ultimo l'adisca a tal fine ricorrendo ad un mezzo di impugnazione adeguato allo scopo perseguito. [...]

(26) Il fatto che nei Trattati non vi sia una disposizione che attribuisca al Parlamento il diritto di agire con ricorso per annullamento può costituire una lacuna procedurale, ma è un elemento che non può prevalere sull'interesse fondamentale alla conservazione ed al rispetto dell'equilibrio istituzionale voluto dai Trattati istitutivi delle Comunità europee.

Un riflesso importante di questa decisione è che, tramite essa, si è ben aperta la via del riconoscimento di ulteriori poteri o prerogative al Parlamento europeo⁽²¹⁷⁾, assieme a quella del conseguente adeguamento formale del diritto «scritto»⁽²¹⁸⁾. Soprattutto rileva che la Corte si è fatta interprete dell'equilibrio istituzionale comunitario e lo ha determinato impiegando procedimenti analogici che hanno esteso al Parlamento poteri che a prima vista il trattato riservava soltanto alle altre istituzioni comunitarie⁽²¹⁹⁾.

In più occasioni la Corte non ha mancato di esprimere la sua fede nel «fondamentale principio della democrazia, secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di una assemblea rappresentativa», principio per cui la stessa Corte ha escluso interpretazioni riduttive dei poteri spettanti al Parlamento europeo nel processo di formazione del diritto comunitario; al contempo, tuttavia, la Corte ha riconosciuto che questo principio si riflette «limitatamente, sul

(217) Pertanto, il Parlamento è legittimato ad agire dinanzi alla Corte con ricorso per annullamento avverso un atto del Consiglio o della Commissione, purché il ricorso sia inteso unicamente alla tutela delle sue prerogative e si fondi soltanto su motivi dedotti dalla violazione di queste. Con questa riserva, il ricorso per annullamento proposto dal Parlamento è soggetto alle regole dei Trattati sul ricorso per annullamento delle altre istituzioni.

V., inoltre, CGCE, 27 settembre 1988, 302/87, Parlamento / Consiglio, ivi, 1988, 615. In letteratura, MENGOZZI, *La role of law*, 521 ss.; MANCINI, *Il contributo della Corte di Giustizia allo sviluppo della democrazia nella comunità*, 717 s.

(218) PASETTI BOMBARDELLA, *Le pouvoirs décisionnel et l'évolution institutionnelle de la Communauté européenne*, 322.

(219) V. il nuovo art. 173, terzo comma, T.C.E., che fissa la competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi sui ricorsi che il Parlamento europeo proponga per salvaguardare le proprie prerogative.

(200) Non si dica che, così facendo, il principio democratico non è stato considerato [HUEGER, *The European 'Competence'*, 268 nota 144, il quale evidenzia che la decisione della Corte «did strikingly not refer to the democratic principle but exclusively to the separation of powers ('institutional balance')». A parte che distributing powers among the different Community institutions?». A parte che ciò non esclude da sé che tale principio possa entrare a determinare la fissazione del punto di equilibrio istituzionale, pare chiaro che il «peso» delle istituzioni non può non dipendere dalla considerazione dei valori di cui le istituzioni stesse sono portatrici.

piano della Comunità», cioè nella configurazione di tali poteri⁽²²¹⁾.

Se, dunque, pur vi è stata una difesa "forte" del Parlamento europeo, tuttavia già il riferimento, nell'enunciazione del principio demo-

⁽²²¹⁾ CGCE, 29 ottobre 1980, 139/79, Maizena GmbH / Consiglio (l'aggravio - quote di produzione), in *Raccolla*, 1980, 3424. Negli stessi termini CGCE, 29 ottobre 1980, 138/79, SA Roquette Frères / Consiglio (l'aggravio - quote di produzione), ivi, 3360.

In entrambi i casi si trattava di decidere sulla regolarità della consultazione del Parlamento europeo da parte del Consiglio, ex art. 42, n. 2, co. 3 T. CEE. La Corte ha ritenuto che «l'osservanza di detta formalità esige che il Parlamento esprima effettivamente la propria opinione; tale esigenza non si può considerare soddisfatta da una semplice richiesta di parere da parte del Consiglio». Cfr., in dottrina, ZULEEG, *Demokratie und Wirtschaftsverwaltung in der Rechtsprechung*, 21 ss.; KAMOUNIS, *La place des règles constitutionnelles dans la hiérarchie des règles de droit et sa signification pour la sauvegarde de droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, 19, 24.

Cfr., inoltre, CGCE, 11 giugno 1991, 500/89, Commissione / Consiglio, in *Raccolla*, 1991, 2687, secondo cui lo scopo dei meccanismi di cooperazione del Parlamento europeo con gli altri organi comunitari è quello di rafforzare la partecipazione del Parlamento medesimo al processo legislativo della Comunità, e «questa partecipazione è il riflesso sul piano comunitario di un fondamentale principio di democrazia secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa».

Di rilievo, altresì, è la decisione del 16 luglio 1992 (65/90, Parlamento / Consiglio, ivi, 1992), che ha annullato il regolamento del Consiglio n. 4039/89 per la considerazione che il Consiglio aveva oneroso di consultare il Parlamento dopo aver apportato sostanziali modifiche al testo approvato dal Parlamento stesso.

V., pure, se e per quanto valga, il caso molto particolare di cui alla sentenza della CGCE del 29 settembre 1976, 54/75, de Dapper, ivi, 1976, 1381 (decisione di ricevibilità del ricorso su cui si è pronunciata nel merito CGCE 9 marzo 1977, 54/75, De Dapper, ivi, 1977, 471), laddove, in tema di trasparenza-cerchezza delle procedure elettorali per la costituzione del comitato del personale del Parlamento europeo, la Corte ha fatto riferimento al «potere di organizzazione che ogni istituzione esercita nella sfera delle sue competenze e del suo dovere di garantire ai dipendenti la possibilità di designare i loro rappresentanti in piena libertà e nel rispetto dei principi democratici» ed ha richiamato «i principi di libertà e democrazia comuni a tutti gli Stati membri in materia di diritti elettorali».

La questione della democrazia si era, altresì, presentata all'attenzione della Corte nella causa 93/78 (CGCE, 12 novembre 1978, 93/78, ivi, 1978, 2203), causa instaurata ex art. 177 T. CEE, per cui era stato chiesto se l'art. 237 T. CEE (oggi abrogato; v. ora art. O TUE) vietasse l'adesione alla Comunità di Spagna, Portogallo e Grecia, in ragione del loro regime anti-democratico. La Corte, tuttavia,

cratico comunitario, alla mera «partecipazione all'esercizio del potere», implica l'arrestarsi della realizzazione del valore di democrazia sui livelli che, come appunto la stessa Corte ha notato, risultano degradati rispetto ad eventuali aspettative nel senso della massima espansione del valore stesso.

Sotto il profilo dell'enunciazione del principio, il valore appare debole. Ma già nel 1963 la Corte aveva tra l'altro rilevato, allo scopo di affermare l'applicabilità diretta del diritto comunitario, compreso il conferimento di diritti soggettivi, e ammettere i cittadini al processo di formazione del diritto comunitario, che «i cittadini degli Stati membri della Comunità collaborano, attraverso il Parlamento europeo e il Comitato economico e sociale, alle attività della Comunità stessa»⁽²²²⁾. In buona sostanza, la Corte è sempre riuscita a trarre conseguenze forti da un principio pur apparentemente debole nel recepire il valore, impiegandolo in senso espansivo sia dei diritti dei singoli che dei poteri del Parlamento europeo, anche tramite considerazioni degli uni e degli altri accomunati nelle loro commissioni⁽²²³⁾.

Tutto ciò esprime chiaramente la meta europea normativamente assunta. Il principio democratico non è estraneo al diritto comunitario, solo che vi si manifesta con limiti, ma non perciò è preclusa una sua concretizzazione in senso riduttivo di quei limiti. Non trova riscontro l'assegnazione di una rilevanza giuridica ad un *deficit* democratico della Comunità, in senso radicalmente negativo di poteri legislativi comunitari in determinati settori⁽²²⁴⁾. In complesso, pare implicitamente ritenuta sufficiente la legittimazione «interna» esistente assieme

non ha affrontato questo punto, limitandosi a dichiarare che le condizioni giuridiche di tale adesione vanno definite dalle autorità e nell'ambito delle procedure precise e circoscritte previste dall'articolo stesso, senza che sia possibile fissarne «a priori» il contenuto per via giudiziaria e in un procedimento avviato ai sensi dell'art. 177 cit.

⁽²²²⁾ CGCE, 5 febbraio 1963, 26/62, van Gend & Loos, in *Raccolla*, 1963, 3 (il dato riferito nel testo funge da argomento, tra altri, a sostegno dell'autonomia del diritto comunitario, e in particolare dell'efficacia immediata dell'art. 12 T. CEE, in funzione attribuita ai singoli di diritti soggettivi).

⁽²²³⁾ Ciò che pare sfuggire a HUGGER, *The European Community's Competence*, 268.

⁽²²⁴⁾ HUGGER, *The European Community's Competence*, 268.

a quella proveniente in ogni modo «dall'esterno» tramite gli Stati⁽²²¹⁾. Potrebbe dirsi che nel diritto comunitario, tramite la Corte di Giustizia, si afferma una concezione (post-moderna) in cui risalta la moltiplicazione dei centri di potere, il *continuum* società-istituzioni, l'evolversi dell'idea liberale della libertà dall'autorità nell'istanza di recupero del cittadino – oggi, (anche, appunto) cittadino europeo (art. B TUE) –, dalle maglie di una rete sempre più fitta di istituzioni dotate, a vario titolo, di autorità⁽²²²⁾.

6.2. La posizione del Parlamento europeo rispetto alla questione circa l'esistenza di competenze penali comunitarie è, in complesso, di intonazione affermativa.

Come, infatti, già si è accennato, il Parlamento europeo già prima del Trattato di Maastricht ha ritenuto, occupandosi di tutela penale degli interessi finanziari comunitari, che «i trattati attribuiscono già alla Comunità europea, per le materie di sua competenza, una potestà normativa in materia penale che potrebbe essere esercitata mediante direttive (art. 100 ss. Tratt. CEE) e regolamenti (art. 235 Tratt. CEE) volti ad armonizzare la tutela penale degli interessi finanziari comunitari in seno ai diversi ordinamenti giuridici nazionali». A questa conclusione, e al conseguente invito alla Commissione «a presentare proposte per l'esercizio di tale funzione normativa penale» non è stato di impedimento il rilievo, pur contestualmente formulato ma nella prospettiva di riforma dei trattati, che «l'esercizio della funzione normativa penale nell'attuale assetto dei trattati non (è) caratterizzato da sufficienti garanzie di legalità democratica, poiché esso dovrebbe essere

⁽²²¹⁾ Può ulteriormente notarsi che assegnare una rilevanza radicalmente negativa al *deictic* democratico porterebbe la Corte a mettere in discussione anche se stessa (cfr. MANCINI, *Il contributo della Corte di Giustizia*, 719 ss., secondo cui la legittimazione della Corte è apprezzabile, finora, soltanto sul versante della tutela dei diritti fondamentali e di quelli comunque derivanti dal Trattato e dalla legislazione derivata).

⁽²²²⁾ Una situazione del genere, sia detto per inciso, si constata anche in riferimento all'ambito giuridico italiano. Cfr. SILVESTRI, *Potere dello Stato (divisione dei)*, 670 ss., 710.

demandato, come in tutti gli stati di diritto, all'istanza democraticamente eletta»⁽²²³⁾.

Così, il Parlamento europeo ha recepito, *de iure condito*, un modello penale che non corrisponde alle esigenze della dogmatica penalistica: talune competenze penali esistono, nonostante esse non siano demandate per intero al Parlamento stesso. Il principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*, nel modello regolativo rigido, è stato collocato dal Parlamento europeo fuori dal diritto comunitario. Nella prospettiva *de iure condendo*, il Parlamento europeo ha sì posto l'obiettivo del raggiungimento a breve, in via di riforma, di una adeguata legalità penale-parlamentare comunitaria, ma si è attestato sulla pretesa (soltanto) di un «potere di codificazione»⁽²²⁴⁾, peraltro estesa fino alle sanzioni «amministrative» (penalità, interessi di mora, esclusione di ulteriori finanziamenti *etc.*)⁽²²⁵⁾.

Lo stesso Parlamento, quindi, benché si sia proposto come parte imprescindibile del processo decisionale in materia penale, non ha espresso valutazioni tali da sottoporre un'esigenza di procedure strutturalmente coincidenti con (o comunque in grande misura ispirate a) quelle prescritte dalla dottrina penale dominante. Non perciò il Parlamento europeo ha escluso che, alle condizioni indicate, il principio del *nullum crimen* possa dirsi soddisfatto.

Con il Trattato di Maastricht, poteri di codificazione in certi settori sono stati acquisiti. Il Parlamento ha rafforzato la propria convinzione che competenze penali spettino alla Comunità europea e ne ha richie-

⁽²²³⁾ *Risoluzione sulla protezione giuridica degli interessi finanziari della Comunità europea* (24 ottobre 1991) e *Relazione della Commissione per il controllo di bilancio* (già menzionata in nota 219 del Capitolo terzo). Precedenti, molto meno ampie aperture possono leggersi nella *Risoluzione sulle correlazioni tra il diritto comunitario e il diritto penale* (10 febbraio 1977), in G.U.C.E., 7 marzo 1977, C 57/35, e nella relativa proposta e Relazione (rel.: P. De Keersmaecker), Parlamento europeo, Documenti di seduta, 2 febbraio 1977, 531/76 (anche in *Riv. dir. europeo*, 1977, 193). V., peraltro, per ulteriori casi in cui il Parlamento, nonché la Commissione, hanno ritenuto esistente una competenza normativa-punitiva comunitaria, quanto riferisce GRASSO, *Comunità europee*, 189 ss.

⁽²²⁴⁾ Punto 2, lett. b della *Risoluzione* del '91 cit. nella nota che precede.

⁽²²⁵⁾ Punto 8, lett. a della *Risoluzione* in commento.

sto l'esercizio⁽²²⁹⁾. Peraltro, di fatto, date le resistenze dei singoli Stati, il concreto obiettivo politico del Parlamento, sul piano dell'esercizio di competenze normative comunitarie in ambito penale criminale, consiste attualmente, in via di compromesso, nell'acquisizione di una disciplina penale tramite strumenti normativi implicanti l'intermediazione degli Stati stessi, come p. es. le direttive⁽²³⁰⁾.

Così descritta la posizione del Parlamento, veniamo ad un esame più approfondito. Punto cruciale è il ruolo che il Parlamento europeo assume tramite la sua funzione di legittimazione, che costituisce un punto di incardinamento dei valori sottesi al principio del *nullum crimen*.

L'interpretazione del *nullum crimen* non solo è diversa da quella affermata nella dottrina penale dominante, ma anche proviene da un organo democraticamente rappresentativo. All'orientamento del Parlamento europeo pare sottesa l'idea che l'interpretazione del Trattato, da parte dello stesso parlamento, in senso attributivo di competenze penali fornisce legittimazione democratica a tali competenze. Allo stesso modo il consenso del Parlamento europeo legittima l'esercizio delle competenze stesse nonostante che le procedure decisionali a prima vista prescindano da un sofferto consenso. Tanto più ciò avviene nell'ipotesi in cui siano previste procedure che rendano imprescindibile l'approvazione parlamentare.

⁽²²⁹⁾ *Rivoltazione* 11 marzo 1994 (Capitolo terzo, nota 219), in cui il Parlamento invia la Commissione a presentare proposte che concernono sia «sanzioni amministrative che esenzioni penali».

Può notarsi che, dopo il Trattato di Maastricht, certa dottrina comunitarista più sensibile alle esigenze prospettate dalla dottrina penale non ha mancato di rilevare che almeno nei settori per i quali siano previsti processi di codestensione (art. 189 b T.C.E., v. *supra*, par. 2.) si è aperta la via per il riconoscimento senza riserve di una sufficiente legittimazione democratica della legislazione comunitaria (A. PIEL, *Kompetenzen*, 186. Cfr. STRLIZ, *Die demokratische Legitimation der Europäischen Gemeinschaften*, 222, per il rilievo che, sulla scorta della riforma dei processi decisionali comunitari, deve essere relativizzata l'attribuzione secondo cui nelle materie comunitarie i Governi, tramite Consiglio e Commissione, prendono le più importanti decisioni legislative).

⁽²³⁰⁾ Sul punto, e sul contrasto di opinioni tra Parlamento e Stati membri, v. THELTO, *Sanktionen*, 216. Cfr., inoltre VERVALE, *L'applicazione del diritto comunitario*, 11.

Per contro, il disconoscimento di competenze penali comunitarie affermato da rappresentanti dei Governi degli Stati all'interno del Consiglio non poggia su di un altrettanto intensa legittimazione (231), mentre il primato del diritto comunitario, incarnato questa volta in un parlamento davvero "comune", si proporzionerebbe come criterio risolutivo di fronte ad un eventuale disaccordo tra Parlamento europeo e uno o anche tutti i Parlamenti nazionali. Il problema, allora, si sposta sui termini conflittuali già esaminati e sui correlati problemi di soluzione⁽²³²⁾.

L'opinione del Parlamento europeo è riconducibile ad una valutazione che coniuga le ragioni di urgente necessità di una normativa penale comunitaria a tutela degli interessi finanziari con quelle (altrettanto c. volendo, a maggior ragione urgenti) dello sviluppo democratico comunitario ritenuto sostenibile⁽²³³⁾. Risulta esclusa l'idea secondo cui

⁽²³¹⁾ La dottrina penale che investe la Corte di giustizia del compito di fissare il principio del *nullum crimen* in funzione negativa di competenze penali comunitarie (per tutti, STRECK, *Unificazione*, 977) trascura di considerare, mentre paradossalmente privilegia il giudizio della Corte anziché quello del Parlamento europeo, che la stessa Corte si trova di fronte, tra l'altro, oltre che all'opinione della dottrina e a quella degli Stati membri, anche a quella del Parlamento europeo.

⁽²³²⁾ Capitolo primo, par. 2, Capitolo terzo, par. 6.

⁽²³³⁾ Le ragioni del delincente atteggiamento assunto dal Parlamento europeo, che potrebbe apparire «riduttivo» della portata del *nullum crimen*, sono riconducibili ad una strategia generale di prudenza nell'avanzamento di pretese ad incrementi di potere, o comunque a previsioni realistiche sull'incremento conseguibile. Sotto questi ultimi profili, l'auto-limitazione del Parlamento europeo corrisponderebbe alla considerazione, rispetto al quadro della costruzione europea, dell'apporto del gioco democratico nazionale, apporto che non potrebbe essere svuotato tramite modifiche del sistema istituzionale della Comunità sulla falsanga di modelli statali (cfr. PARS, *Dopo Maastricht*, 17 s.), garanzia la più efficace rimanendo in definitiva il controllo che può generarsi sia su base comunitaria che sulle basi nazionali in cui pure risiede il fondamento della legittimazione comunitaria. Può, peraltro, notarsi che incrementi dei poteri decisionali del Parlamento europeo, specie se concernenti campi determinati, non necessariamente devono implicare una svalutazione (delegittimazione) dei Parlamenti nazionali, sempre che sia chiara l'esigenza di non prescindere dal confronto tra realtà della generalità e realtà particolari, con la relativa autonomia sancita anche dal principio comunitario di sussidiarietà. Puntioso, tali incrementi soltanto spostano il punto di attenzione del controllo proveniente dal versante nazionale, mentre la pur parziale co-

nell'ordinamento comunitario si attuerebbe una riduzione sostanziale della democraticità parlamentare tale da garantire uno spazio di autonomia legislativa comprensivo di una potestà punitiva spettante agli organi comunitari a prescindere dal Parlamento europeo. Al contrario, emerge che, come già segnalato, il valore di democrazia non è estraneo all'ordinamento comunitario e che se in generale dovesse ritenersi mancante una legittimazione democratica della normativa penale da intendersi come piena alla stregua di modelli ideali o anche solo di quelli concretatisi in alcuni Stati membri, nondimeno una legittimazione per via parlamentare è in grado di realizzarsi.

6.3. Vi sono due concezioni dottrinarie che si contendono il campo in tema di competenza penale comunitaria, quella penalistica e quella di parte cospicua della dottrina comunitarista, le quali manifestano un comun denominatore nel grado massimo rispettivamente di espansione in senso negativo e di riduzione in senso positivo, della capacità significativa del valore democrazia sulla questione che ci occupa.

In questa contrapposizione sembra potersi intravedere come la questione sulla democrazia sia, tra l'altro, in grado di presentarsi come contrapposizione tra l'oppressione democratica e le libertà assicurate dal "despota" illuminato (nel nostro caso il despota sarebbe la Comunità, per i suoi connotati di non-rappresentatività), quando sia in gioco l'ammissione di una normativa penale comunitaria pacificamente ritenuta necessaria. Taluno potrebbe non aver dubbi sulla scelta nel senso del despota⁽²¹¹⁾, e talaltro sostenere, nonostante tutto, il contrario, fa-

mananza della base democratica tra parlamento europeo e parlamenti nazionali è in grado di favorire la diminuzione delle occasioni di contrasto tra Stati e Comunità, se riesce a far emergere adeguatamente in tutti i consessi le rispettive ragioni.

⁽²¹¹⁾ Se non fosse — come ha osservato SCARPELLI (*Etica delle libertà*, 13 s.), — che «il guaio, con i despoti, è che non si sa mai se saranno illuminati: probabilmente non lo saranno».

Di una scelta a favore della Comunità sono un esempio almeno le tesi penalistiche sull'«indiscriminato» effetto «scriminante» del diritto comunitario, dal punto di vista del diritto nazionale (v. Caputo, quinto, par. 4).

cendo prevalere la «verità procedurale della libertà» sulla «verità contenutistica»⁽²¹²⁾; altri ancora potrebbe ritenere, più esattamente, che l'eventuale conflitto tra le due verità debba risolversi, prudenzialmente, volta per volta⁽²¹³⁾.

La configurazione dell'alternativa in poli estremizzanti non esaurisce il novero delle soluzioni possibili. La considerazione delle incongruenze, sia nell'una che nell'altra tesi, rispetto all'apprezzamento dell'*iter* di formulazione e impiego dei principi ci ha infatti indotto a dubitare non solo che la pretesa radicalmente negativa della scienza penalistica possa imporsi nel quadro comunitario, ma anche che sia possibile prescindere senz'altro dalle istanze democratiche come tenderebbe ad affermarsi per l'altra concezione.

Il *deficit* democratico comunitario va inteso, come pare indicato dal diritto comunitario, nella prospettiva di una sua progressiva riduzione, piuttosto che come ostacolo allo sviluppo del diritto stesso. Su questa base, trova maggior riscontro l'idea che i valori democratici siano in grado di concretizzarsi nel diritto comunitario in campo penale, ma in un quadro affermativo di competenze penali comunitarie, pur limitate dalla considerazione di tali valori, piuttosto che in un quadro radicalmente esclusivo. Questa è la ragione che ci ha sollecitato a tentare la ricerca di vie di accesso ad un punto d'incontro tra le tesi sopra riportate, tale per cui da una parte si riconoscano soddisfatte almeno minimali esigenze di democrazia ma sufficienti a sostenere il riconoscimento di competenze penali comunitarie, e dall'altra parte si ammetta l'apposizione di condizioni limitanti le pretese di espansione dei poteri comunitari in ambito penalistico.

Nel senso indicato indirizza la menzionata posizione del Parlamento europeo che subordina al proprio consenso il riconoscimento e l'esercizio di competenze penali comunitarie mentre rivendica un potere di codificazione in materia penale in ragione della specificità della materia stessa, ritenendo che, così, sarebbe soddisfatta, allo stato, l'es-

⁽²¹²⁾ Su queste nozioni, sinteticamente, LOMBARDI VALLAURI, *Diritto naturale*.

⁽²¹³⁾ Un quadro critico delle concezioni di tipo procedurale della democrazia può trovarsi in GUSY, *Legitimität im demokratischen Pluralismus*.

⁽²¹⁴⁾ Tende a questa soluzione LOMBARDI VALLAURI, *Diritto naturale*, 321.

genza di partecipazione dell'istanza democraticamente eletta⁽²⁵⁾.

Un impiego nel senso segnato dal Parlamento dei valori comunitari di libertà e democrazia è sollecitato dal riscontro atteggiamento, a questo riguardo, della Corte di giustizia, una Corte che ha già aperto la via di concretizzazioni espansive del principio democratico nell'orbita comunitaria⁽²⁶⁾.

Si tratta, in buona sostanza, di fissare il punto di equilibrio istituzionale comunitario con riferimento alla normativa penale, nel quale quest'ultima vede determinato il proprio grado di legittimazione parlamentare necessaria e sufficiente. E chiedersi, quindi, se il principio di equilibrio istituzionale richieda apporti parlamentari al processo decisionale comunitario, avveni peculiari connotati in ragione della materia in oggetto, e perciò eventualmente diversi da quelli delineati dalla mera lettera del trattato.

L'attenzione si sposta, quindi, sull'impiego che dei valori di libertà e democrazia si è in grado di fare in un impianto che, se non li attua compiutamente, pur non li disconosce, anzi vi tende. E non sfugge la difficoltà dell'impresa, assieme alla già segnalata vaghezza dei confini che la costruzione e l'impiego dei principi è in grado di porsi⁽²⁷⁾, e tanto più di quella che contraddistingue con ogni evidenza il principio di equilibrio istituzionale, dove squilibrio ed equilibrio stanno tutti nel risultato del criterio posto in buona parte da chi lo afferma. Ma il richiamo del diritto consente di recepire le istanze democratiche che non solo esistono nei trattati, ma anche trovano conferme nelle indicazioni, a partire dalla Corte di Giustizia, di tutti i soggetti istituzionali, comprese le dichiarazioni di intenti⁽²⁸⁾. Queste ultime valgono come fonti di ispirazione del diritto anche quando si collocano nella dimensione propria del c.d. *soft law*⁽²⁹⁾.

Dal confronto tra diritto e legalità, *soft law* e *hard law*, emerge la possibilità che si debba ritenere ammessa soltanto normativa penale comunitaria (almeno quella penale-criminale) approvata dal Parla-

⁽²⁵⁾ *Supra*, par. 6.2.

⁽²⁶⁾ *Supra*, par. 6.1.

⁽²⁷⁾ V. Capitoletto, terzo.

⁽²⁸⁾ V. *supra*, nota 175.

⁽²⁹⁾ Per tutti, SYVDER, «*Soft law e prassi istituzionale nella Comunità europea*», ARI-SAB, *Éloge du droit*, assurdité.

mento Europeo, quindi anche la possibilità che in concreto si imponga una soluzione connotata da un grado alto di realizzazione dei valori democratici, come quella secondo cui normativa penale può ammettersi soltanto qualora risulti, comunque, il consenso informato, incondizionato ed esplicito del Parlamento europeo, anche oltre quanto già è desumibile dalle procedure di decisione.

Nella direzione proposta potrebbe ben essere intesa la differenza tra competenze penali (*veritas* penali-criminali) e competenze c.d. amministrative (penali-amministrative), che la Corte di giustizia ha sancito nel caso RFT/Commissione⁽³⁰⁾, pur senza precisare le conseguenze della distinzione.

Questa differenza, se valutata alla luce del menzionato, generale orientamento espansivo del diritto comunitario, oltre che del già emerso giudizio sospensivo della Corte circa la sorte di competenze penali, pare insuscetibile di indirizzare verso la soluzione secondo cui competenze penali (-criminali) non si danno, e ben inscrivibile, invece, nella prospettiva dell'ammissibilità di tali competenze (ma) a condizioni diverse da quelle che presiedono al riconoscimento di competenze non penali ovvero amministrative (penali amministrative). E la diversità potrebbe consistere proprio nella condizione che legislazione penale (-criminale) comunitaria trovi in certa misura una legittimazione democratica, sempre nei limiti in cui può trovarla tramite il diritto comunitario.

Ulteriori, conseguenti sviluppi devono rimanere riservati ad approfondimenti in altra sede. Basta a noi aver tentato di porre in luce significati del trattato e scelte giurisprudenziali idonei a sorreggere la tesi secondo cui il diritto comunitario resta aperto a competenze penali comunitarie non già escludendo il principio democratico, bensì proponendolo come imprescindibile nella costruzione di tali competenze, mentre non recepisce l'orientamento secondo cui una legittimazione democratica della legge penale comunitaria non sarebbe in grado di realizzarsi.

Rimangono, e non possono essere taciuti, i limiti della nostra pretesa di portare a coerenza una serie di dati che in parte non sono uni-

⁽³⁰⁾ V. *supra*, par. 4.5.

voci nel senso da noi suggerito, come la stessa decisione appena menzionata, e per il resto non hanno finora riflesso sulla specifica questione penale i valori da noi ricercati, nemmeno quando ve ne sarebbe stata, forse, l'occasione. Infatti, nei casi già illustrati, in cui la Corte di giustizia ha negato l'esistenza di una c.d. riserva di sovranità penale a favore degli Stati, che era stata invocata contro l'affermarsi di influenze del diritto comunitario in campo penale, né da parte della Corte e neppure da parte dei ricorrenti, per quanto risulta, il principio di democrazia è stato considerato per una sua quasivoglia rilevanza⁽²⁹⁾. Quasi che esso dovesse continuare a vivere soltanto in costruzioni della giurisprudenza reorta, o l'apparato sovranazionale potesse invocare ampissimi margini di tolleranza, o comunque fosse data per implicito la sufficienza, anche per l'ambito penale, di una complessiva legittimazione democratica dell'impianto sovranazionale, o altro.

7. A conclusione dell'indagine sull'esistenza di competenze penali comunitarie è opportuno soffermarsi sulle novità che in campo penalistico sono state recate dal Trattato di Maastricht nella parte concernente le attribuzioni dell'Unione, in particolare quelle contemplate nel Titolo VI TUE, il c.d. «terzo pilastro» dell'Unione.

Le disposizioni del Titolo VI del TUE riguardano alcuni settori di evidente importanza penalistica⁽³⁰⁾ considerati dagli Stati membri co-

⁽²⁹⁾ Ulteriori indicazioni in HIGGERS, *The European Community's Competence*, 268.

⁽³⁰⁾ Sul titolo VI, in generale, v. MÜLLER-GRAEF, *The Legal Basis of the Third Pillar*, 493; HENDERY, *The Third Pillar of Maastricht*, 295; FLYNN, *Le troisième pilier, LABAYLE, L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale*, 35; McMAHON, *Maastricht's Third Pillar: how bearing or purely decorative?*, 51; ESTEVENART, *The fight against drugs*.

Sul rilievo penalistico delle disposizioni del Titolo VI v., inoltre, GRASSO G., *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, 840; Id., *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, HAGUENAU, *Sonctions pénales destinées à assurer le respect des droits communautaires*, 358; PIOLETTI, *Aspetti penali della repressione delle frodi nelle sovvenzioni concesse dall'Unione Europea*, 786; RUTER, *Hammonie trotz dissonanz. Gedanken zur Erhaltung eines funktionsfähigen Strafrechts im getrennten Europa*, 30 s. Ul. ind. nelle note che seguono.

me «questioni di interesse comune» ai fini della realizzazione degli obiettivi dell'Unione (art. K.1 TUE, Cfr. art. B per gli obiettivi). Sono menzionati, tra l'altro, la lotta contro l'immigrazione, soggiorno e lavoro irregolari di cittadini di paesi terzi, la lotta contro la tossicodipendenza, la lotta contro la frode su scala internazionale, oltre alla cooperazione giudiziaria in materia penale e alla cooperazione di polizia a vari fini di prevenzione (art. K.1 TUE).

Al Consiglio è attribuito di adottare posizioni comuni, di adottare azioni comuni con relative misure di applicazione e di elaborare convenzioni da raccomandare per l'adozione agli Stati membri (art. K.3 par. 2 TUE)⁽³¹⁾.

Le competenze dell'Unione⁽³²⁾ sono regolate in modo più improntato alla collaborazione inter-governativa rispetto a quanto non si riscontri per i settori di competenza comunitaria, perché il ruolo della Commissione è di minore importanza e quello del Parlamento risulta alla lettera quasi simbolico (art. K.6 TUE), mentre la cognizione della Corte di Giustizia sarebbe preclusa, ex art. L. TUE, rispetto alle disposizioni del Titolo VI TUE, compreso l'art. K.2 par. 1 che impone il rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Con-

⁽³¹⁾ Per una disamina degli strumenti a disposizione v. LO MONACO, *Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, 11 ss.

⁽³²⁾ Per i di pregio sono i rilievi di LABAYLE (*L'Application du titre VI du Traité sur l'Union*, 41), secondo cui l'avver posto la materia penale come questione di interesse comune (art. K.1) significa che gli Stati trattano di una competenza propria, e non implica che gli Stati abbiano attribuito una nuova competenza a un soggetto di diritto, questo non potendo essere l'Unione che è priva di personalità giuridica. L'Unione, invece, è un'istituzione tra gli Stati (art. A TUE) e tanto basta a conferire competenza, o meglio ad attribuire agli organi che la riguardano, come del resto in generale prevede l'art. E TUE (non ha significato, quindi, la circostanza — rilevata da LO MONACO, *Les instruments*, 12 — che nel Titolo VI TUE non sia utilizzato il termine competenza). D'altra parte, può notarsi che la personalità giuridica non dipende da una norma attribuita eventualmente inserita nella costituzione dell'ente, bensì è una situazione oggettiva legata alla valutazione da parte dell'ordinamento internazionale delle funzioni e capacità effettive dell'ente (rassumivamente, sul punto, CURTI GARDINO, *Il Trattato di Maastricht*, 30).

Sulla composizione dell'organo investito del potere di decisione v. SALAZAR, *Maastricht ed il nuovo ruolo dei Ministri della giustizia*, 113 ss.

venzione sui rifugiati – di questa preclusione, tuttavia, già abbiamo indicato vie di superamento⁽²⁴⁷⁾. Comunque, nelle convenzioni elaborate dal Consiglio può essere contemplata una competenza della Corte di Giustizia rispetto al contenuto delle convenzioni stesse (art. K.3, ultimo periodo).

Il Titolo VI TUE prevede anche l'ipotesi di «comunitarizzazione», cioè di passaggio di certi settori al regime comunitario. L'art. K.9, ed. norma «passercella», consente di trasferire certe materie nella competenza comunitaria (art. 100 C TCE) per decisione unanime del Consiglio⁽²⁴⁸⁾.

La dottrina penalistica ha riconosciuto che tramite il Titolo VI TUE sono state attribuite espressamente all'Unione Europea competenze in materia penale – sarebbe quindi soddisfatta l'esigenza di determinatezza, che secondo lo stesso indirizzo, che già abbiamo esaminato, riguarderebbe la norma attributiva di competenza penale –, ciò, tuttavia, si è precisato, vale a sostenere la conclusione secondo cui è da escludere l'attribuzione di competenze penali tramite il T.CE perché non vi è alcuna attribuzione espressa, a parte l'eccezione limitata dell'art. 87⁽²⁴⁹⁾.

⁽²⁴⁷⁾ V. Capitoletto terzo, par. 2, nota 37.

⁽²⁴⁸⁾ Si noti che l'art. K.9, ultimo periodo, stabilisce che il Consiglio «raccomanda agli Stati membri di adottare tale decisione conformemente alle loro rispettive norme costituzionali». È stato sostenuto che la decisione stessa acquista efficacia soltanto nel momento in cui gli Stati membri l'abbiano adottata (HENNIV, *The Third Pillar*, 322), vale a dire che i settori implicati possono essere «comunitarizzati» senza modificazione del TUE per decisione del Consiglio ma dopo l'adozione di questa decisione da parte degli Stati membri secondo le rispettive regole costituzionali (LO MONACO, *Le instruments*, 13). Tuttavia, poiché non si tratta di ipotesi di modificazione del TUE, dato che non vi è alcuna disposizione da modificare, ma soltanto da applicare lo stesso art. K.9, ed è infatti prevista una mera raccomandazione da parte del Consiglio, la questione dell'«adozione» della decisione secondo le norme costituzionali nazionali potrà rilevare, al più, dal punto di vista nazionale, mentre dal punto di vista dell'Unione l'art. K.9 presuppone che ogni Stato si adegui a svolgere l'obbligo, ciò che si desume, inoltre, dall'art. 100 C che a sua volta prevede la propria applicabilità in forza della mera decisione ai sensi dell'art. K.9. Sulla nozione di «comunitarizzazione» v. in generale, per tutti, TIZZANO, *Introduzione*, in *Id.*, *Codice*, XVII, XXII.

⁽²⁴⁹⁾ SIEBER, *European Unification and European Criminal Law*, 95. L'A., dopo aver rilevato che l'attuale disposizione del T.CE, come l'art. 43, consentirebbe, al-

In analogia prospettiva, è stato sostenuto che il TUE ha sì «consacrato» una rivendicazione di settori penali al campo della cooperazione europea, ma al contempo ne ha anche impedito la «comunitarizzazione», nel senso che il Titolo VI TUE rifletterebbe l'accordo degli Stati sull'escludere l'intervento comunitario in campo penale e contenere il quadro istituzionale penalistico nell'ambito della mera cooperazione inter-governativa⁽²⁵⁰⁾. Il Titolo VI TUE, espliciterebbe, insomma, la volontà degli Stati di impedire ogni interferenza della «via comunitaria» al diritto penale, per devolvere quest'ultimo alla «via intergovernativa».

Può notarsi che in entrambi i segnalati orientamenti emerge la convinzione che riservare l'ambito penalistico alle competenze dell'Unione (con esclusione, quindi, della Comunità europea), serva a mantenere basso il grado di potenziale compressione della sovranità penale dei singoli Stati. Sembra che il Titolo VI non preveda ipotesi di «legge penale» dell'Unione, cioè di normativa avente efficacia immediata e diretta sugli individui, la mediazione dell'intervento dei singoli Stati essendo imprescindibile. La dottrina da ultimo menzionata riscontra una scelta degli Stati a favore degli strumenti convenzionali⁽²⁵¹⁾ e con ciò colloca, per importanza penalistica, al vertice delle competenze dell'Unione l'elaborazione, da parte del Consiglio, di convenzioni che, però, devono confrontarsi con le procedure costituzionali di adozione proprie dei singoli Stati membri (art. K.3 lett. c TUE).

Il riconoscimento di competenze penali dell'Unione da parte della dottrina penale si inquadra, così, in un risultato interpretativo che fa salve le esigenze di legittimazione democratico-parlamentare della normativa penale elaborata in sede sovranazionale, escludendo da un

la lettera, la loro «applicability for the enactment of criminal provisions», afferma che le disposizioni del TUE, Titolo VI, poiché specificatamente inscrivono varie materie criminali nel «terzo pilastro», confermerebbero l'opinione che «the EC has no genuine jurisdiction for criminal law, according to the intentions of the contracting Member States and the systematic interpretation of the EC Treaties».

⁽²⁵⁰⁾ LABAYE, *L'application du Titre VI du Traité sur l'Union*, 36 ss.

⁽²⁵¹⁾ LABAYE, *L'application du titre VI*, 52 ss. e *passim*, 56 s. («trevanche des droits conventionnels»).

lato poteri penali comunicari e dall'altro lato poteri dell'Unione che implichino immediati effetti di penalizzazione.

Orbene, a parte ogni altro rilievo⁽²³⁾, nelle teorie appena menzionate non emerge il più importante problema suscitato dal Titolo VI TUE: quello concernente la tipologia degli strumenti normativi affidati all'Unione. Si trascura, infatti, di notare che l'art. K.3, par. 2 lett. b TUE contempla «azioni comuni»⁽²⁴⁾ e relative «misure di applicazione».

L'art. K.3 cit. attribuisce al Consiglio, a dare condizioni, un potere di adottare azioni comuni e relative misure di applicazione per il perseguimento di obiettivi indicati dall'art. K.1, come p.es. la lotta contro l'immigrazione, il soggiorno, e il lavoro irregolari di cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri, la lotta contro la tossicodipendenza e la lotta contro la frode su scala internazionale (art. K.1, n. 3, lett. c, n. 4, n. 5), sempre «nella misura in cui gli obiettivi dell'Unione possano essere realizzati meglio con un'azione comune, data la portata o gli effetti dell'azione prevista, anziché con azioni isolate dei singoli Stati membri» (regola di sussidiarietà⁽²⁵⁾). I settori indicati sono implicati per la loro disciplina di diritto sostanziale, distinguendosi da quanto concerne la cooperazione giudiziaria e quella di polizia, che a loro volta, e a parte, sono assunte ad oggetto di azione comune (art. K.1 n. 7 e n. 9) – e sono soggette ad un minor tasso di potenziale «comunitarizzazione» piena –⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ Può solo notarsi che gli Stati continuano, anche nell'ambito della cooperazione disegnata dal Titolo VI TUE, a manifestare resistenza all'ingresso del diritto sovranazionale in campo penale, come se fosse sacra la completa estraneità di tale diritto al diritto penale (V., al riguardo, SALAZAR, *Gli sviluppi nel campo della cooperazione giudiziaria nel quadro del terzo pilastro del trattato sull'Unione europea*, 1523).

⁽²⁴⁾ Queste azioni risultano considerate, per taluni profili, da GRASSO G., *Nuovi sviluppi*, 836 s., e 839 s. (dove viene formulata l'ipotesi che nel quadro dei nuovi poteri attribuiti dall'art. K.3 del Titolo VI TUE potrebbero essere assunte iniziative di armonizzazione delle previsioni sanzionatorie nazionali e di introduzione di modelli normativi uniformi, in tema di interessi finanziari della Comunità europea); e da CUREDA, *Passiva*, 377, il quale si chiede se tramite le misure comuni non sia dato di esercitare competenze penali positive.

⁽²⁵⁾ Su questa regola v. Capitolo secondo, par. 3, e Capitolo terzo, par. 7.

⁽²⁶⁾ V., anche in relazione alla norma «passerella» di cui all'art. K.9 TUE, Be-

Queste azioni e correlate misure aprono il campo ad un ventaglio indefinito di possibilità, e però non soggiacciono affatto ad un *iter* di adozione da parte statale⁽²⁷⁾. Già è stato notato che non è escluso che questi atti normativi siano dotati di effetto diretto su persone fisiche⁽²⁸⁾. E potrebbe affermarsi un'interpretazione secondo cui le azioni comuni dell'Unione non comporterebbero necessariamente qualcosa di meno, in termini di risultato normativo, rispetto alle «azioni comuni» comunitarie, in particolare i regolamenti oltre che le direttive. La nozione di azione comune, che nel Titolo VI TUE è indeterminata come lo è la nozione di misure di applicazione, da un lato deve confrontarsi con le precisazioni contenute riguardo alle stesse azioni come contemplate agli effetti del Titolo V TUE (art. J.2 e J.3), per cui non pare potersi dubitare che l'azione comune è vincolante per gli Stati membri (cfr. art. J.3, n.4)⁽²⁹⁾, ma da un altro lato la stessa nozione, come pure quella di «misura di applicazione» che altrove non compare, deve confrontarsi con l'ampia nozione di azione comune entrata a far parte dei rinnovati art. 2, 3 e 3a T.C.E. Per quest'ultima viene in considerazione l'intero ventaglio di atti normativi a disposizione della Comunità. Atti del genere, con le stesse caratteristiche e in particolare

STANO, *Il trasferimento dell'esecuzione delle condanne penali tra gli stati membri dell'Unione Europea*, 273; MANACORDA, *Profilo politico-criminale della tutela delle finanze della Comunità europea*, 236 s.

⁽²⁷⁾ Diversamente, BOGENSBERGER, *Strafrecht in der Gemeinschaft*, 101, ritiene che le misure comuni siano atti che devono essere trasposti dagli Stati membri nei propri ordinamenti.

⁽²⁸⁾ Sull'eventuale carattere «contraignante» delle azioni comuni e delle relative misure di applicazione, e peraltro sulla relativa indeterminazione, nella previsione legale, del contenuto assumibile dalle stesse azioni e misure, tale da aprire la strada ad un amplissimo ventaglio di opportunità, v. LO MONACO, *Les instruments juridiques*, 14 ss., anche per l'esatto rilievo che le azioni comuni e le relative misure di applicazione possono avere effetti diretti sugli individui (p. 17), e comunque obiettivi altrettanto «ambiziosi» che le convenzioni (p. 20).

⁽²⁹⁾ In tal senso, GRASSO G., *Le prospettive*, 53, il quale rievoca che le azioni comuni potrebbero anche consistere in misure di armonizzazione delle legislazioni nazionali nei dati settori. Pare, comunque, da escludere l'affermazione che le iniziative del Consiglio «non hanno alcun valore vincolante per gli Stati membri», come al contrario ritiene PASTORE, *La cooperazione intergovernativa nei settori dell'integrazione, dell'asilo e della sicurezza interna*, 24.

quelle dei regolamenti, potrebbero appartenere al novero delle azioni comuni e misure applicative, affidate all'Unione.

L'attribuità di così ampio contenuto anche agli atti dell'Unione trova indiretta ma significativa conferma nella circostanza che a queste azioni e misure è stato specificatamente collegato il menzionato limite derivante dalla regola di sussidiarietà (art. K.3 lett. b cit.). Ciò indica che le stesse azioni e misure sono state intese, per quanto qui interessa, quali immagini speculari, quanto al contenuto normativo, delle azioni e misure adottabili da parte dei singoli Stati.

Così, sarebbe stato instaurato un sistema di competenze concorrenti, compresa la legislazione penale. Siffatto sistema si troverebbe presupposto nel par. 2 dell'art. K.2, secondo cui le disposizioni del Titolo VI non ostano all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna⁽²⁹⁷⁾.

Sulle basi ora indicate, i nuovi poteri penali creati con Maastricht sono in grado di costituire un limite per la sovranità penale statale molto più oneroso di quello che potrebbero rappresentare competenze penali comunitarie. Le azioni dell'Unione, infatti, sono soggette ad

⁽²⁹⁷⁾ Può ulteriormente notarsi che la definizione di quanto spetta all'Unione in base all'art. K.3, lett. b in esame, sotto il profilo in questione, è in grado di reagire sull'apprezzamento di quanto, invece, può darsi soltanto in forza del mutamento di regime determinabile tramite l'attivazione, da parte del Consiglio, del meccanismo di c.d. "comunitarizzazione" dei settori indicati dall'art. K.1 nn. da 1 a 6, previsto dal menzionato art. K.9. Tra gli effetti di questo passaggio di materiale alla competenza comunitaria potrebbe sì annoverarsi, come uno dei dati più caratterizzanti, la possibilità di impiego di strumenti analoghi a regolamenti o direttive, di talché potrebbe argomentarsi per la negazione che atti del genere spettino all'Unione. Tuttavia, questa conclusione richiederebbe la dimostrazione del presupposto secondo cui tali strumenti non sono assumibili nelle nozioni di azione comune e di misura di applicazione (conclude senz'altro in questo senso SALAZAR, *Prospective*, 328. V. anche ID., *Gli sviluppi nel campo della cooperazione giudiziaria nel quadro del terzo pilastro*, 1520, 1527). Se, al contrario, da queste nozioni non si è in grado di escludere tipi di atti normativi paragonabili a regolamenti e direttive, allora dovrà ritenersi che le peculiarità della c.d. «comunitarizzazione» siano individuabili in altri, diversi effetti, come la maggior importanza dei ruoli di Commissione e Parlamento nella fase decisoria e la rilevanza del controllo giurisdizionale tramite la Corte di Giustizia.

un minor grado di controllo preventivo e successivo rispetto all'azione comunitaria, dato che nello stretto ambito dell'Unione disegnato nel Titolo VI TUE risulta depotenziato il ruolo assegnato a Commissione, Parlamento europeo e Corte di giustizia, rispetto a quello proprio del regime comunitario. Si rivela più ardua la via per la riconduzione delle competenze dell'Unione al rispetto del principio di democrazia in ambito penale sovranazionale.

In questa luce può apprezzarsi l'importanza della riserva contemplata dall'art. K.1 TUE (v. anche art. M TUE), laddove sono «fatte salve le competenze della Comunità europea». Con ciò è impedito l'assorbimento, in tutto o in parte, di competenze penali comunitarie nelle competenze dell'Unione⁽²⁹⁸⁾.

Siffatta riserva ha assunto una concreta rilevanza in relazione alla proposta di Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari della Comunità europea, proposta presentata a suo tempo dalla Commissione al Consiglio dell'Unione europea e da quest'ultimo approvata nel 1995⁽²⁹⁹⁾. In questa Convenzione è contenuta una detagliata disciplina penalistica che il Consiglio raccomanda agli Stati membri di adottare.

Orbene, già nei confronti della proposta della Commissione il Parlamento europeo ha avuto occasione di segnalare un'indebita assunzione di competenze penali da parte dell'Unione, assunzione che oltre tutto comporterebbe una lesione delle prerogative del Parlamento stesso perché limiterebbe la partecipazione di quest'ultimo al processo decisionale *in subiecta materia*: il Parlamento ha ben chiarito che, secondo quanto prevede la menzionata clausola di sussidiarietà, la competenza, anche per l'ambito penale, spetta alla Comunità Europea qualora si tratti, come nella fattispecie, di tutela degli interessi finanziari della Comunità, mentre l'Unione dovrebbe occuparsi soltanto delle frodi internazionali che non hanno effetto sul bilancio comunitario⁽³⁰⁰⁾.

⁽²⁹⁸⁾ Sul carattere ostativo della riserva di competenza comunitaria v. HENDRY, *The Third Pillar of Maastricht*, 300; GIASSO G., *Le prospettive*.

⁽²⁹⁹⁾ GUCE 27 novembre 1995, C 316. V. quanto riferito nel Capitolo primo, nota 15.

⁽³⁰⁰⁾ Risoluzione del 15 dicembre 1994, in GUCE C18 del 23.11.1995. Il Parlamento Europeo ha ritenuto che l'attribuzione al Consiglio, in un contesto in parte

È aperto, dunque, il campo, a conflitti di attribuzione tra Unione e Comunità europea. Nel caso, essi sarebbero potuti emergere in un possibile ricorso del Parlamento europeo alla Corte di Giustizia, a salvaguardia delle proprie prerogative, contro l'operato della Commissione (art. 173 T.CE) anche in relazione alla mancata presa in considerazione delle richieste del Parlamento stesso (art. 175). L'occasione avrebbe potuto rivelarsi utile alla soluzione della questione sulla competenza penale comunitaria, che la Corte ha lasciato impregiudicata nella decisione del 1992 sul caso RFT/Commissione (240/90) ⁽²⁶⁾.

non comunitario, del potere decisionale in materia di atti che disciplinano la tutela degli interessi finanziari della Comunità potrebbe portare a un grave indebolimento di questa tutela, contro le precise indicazioni del TUE sulla riserva di competenza comunitaria: art. A, co. 3; B, quinto trattino; K.1. (v., al riguardo, DE ANCI, 118, *Protezione giuridica*, 715). Lo stesso Parlamento ha chiesto perciò alla Commissione di ritirare la proposta di convenzione e di trasformarla in proposta di direttiva, fondata sugli artt. 100 A e 209 A del T.CE, nonché di cambiare la base giuridica della sua proposta di regolamento sostituendo l'art. 235 con l'art. 100 A (ciò che implica l'inserimento della procedura di codificazione anziché consultazione del Parlamento), e di proporre, nel quadro della cooperazione in materia di giustizia e di affari interni, una convenzione che riguardi solo le frodi internazionali che non hanno effetto sul bilancio comunitario.

Puòinarsi che la Commissione si è discostata dalle basi giuridiche indicate dal Parlamento nella Risoluzione dell'11 marzo 1994, ed ha impegnato gli strumenti offerti dal Titolo VI TUE, ritenendo che «gli obiettivi che si vogliono conseguire sono così vasti da consigliare il ricorso a provvedimenti interstatuali». Da queste considerazioni pare di poter desumere che la Commissione non ha ritenuto preclusa, di principio, una legislazione penale comunitaria, mentre solo in via di opportunità, per la dimensione «orizzontale» dell'intervento progettato, si è affidata allo strumento del «provvedimento interstatale» (soltanto per questa ragione la Commissione, nel Comunicato stampa del 15 giugno 1994, ha potuto affermare, ma malamente rispetto alla prospettiva interna – e giustamente se ne lamenta DE ANGELIS, *Allocazione d'autorevolezza*, 6 e 8 – che la Comunità non può armonizzare le sanzioni penali da applicare in caso di frodi criminali, perché non dispone di un potere di legiferare in materia penale).

⁽²⁶⁾ V. *supra*, par. 4.5.