

pubblicati nella Collana:

AMICO, *Il diritto dell'ambiente. Lineamenti e materiali*. I. 1990.

BARBERO, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*.

BERNARDINI, *I contratti di distribuzione dei carburanti. Esperienze nazionali, discipline comunitaria e tipizzazioni contrattuali*. 1990.

BERNARDINI, *Contratti mobiliari*. a cura di G. ALPA. 1991.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

BERNARDINI, *La contribuzione previdenziale nella giurisprudenza e nella prassi*.

CEDAM S. Riondato - COMPETENZA PENALE DELLA COMUNITÀ EUROPEA

BIBLIOTECA GIURIDICA
raccolta da Guido Alpa e Paolo Zatti

Silvio Riondato

COMPETENZA PENALE DELLA COMUNITÀ EUROPEA

Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza

Attualità

17



CEDAM

SILVIO RIONDATO

COMPETENZA PENALE DELLA COMUNITÀ EUROPEA

Problemi di attribuzione
attraverso la giurisprudenza



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1996

La stampa del volume è stata finanziata con i fondi MURST 60% assegnati all'Istituto di Diritto pubblico dell'Università degli Studi di Padova

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 1996 by Cedam - Padova

ISBN 88-13-19736-5

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilm, registrazioni o altro.

*A Cynthia,
Giulia e Matteo*

Stampato in Italia - Printed in Italy

Impaginazione: Quick (Pd)

Molti hanno contribuito a questo studio con il loro decisivo sostegno. Tutti ringrazio, soprattutto i miei familiari ai quali dedico con amore il libro.

Il lavoro si è giovato dell'opportunità di partecipare alle ricerche su temi di diritto penale comunitario dirette dai professori Giuseppe Zaccala (Università di Padova) e Klaus Tiedemann (Università di Freiburg i. Br.), nell'ambito del Programma "Vigoni" di scambio di ricercatori tra Università italiane e tedesche, patrocinato e parzialmente finanziato dalla Conferenza Permanente dei Rettori delle Università Italiane e dal Deutscher Akademischer Austauschdienst.

Un insostituibile apporto è venuto dalla possibilità di frequentare l'Istituto di diritto penale dell'Università di Innsbruck, che devo ai professori Christian Bertel e Frank Höpfel.

Voglio ricordare, con l'affetto di sempre, Angelo Raffaele Latagliata. Passa la mia fatica recare onore alla memoria.

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO: INTRODUZIONE ALLA CONFIGURAZIONE DI ATTRIBUZIONI DI COMPETENZA PENALE ALLA COMUNITÀ EUROPEA	Pag. 1
1. Rilevi preliminari: il quadro comunitario in breve	» 3
1.1. Nozione di competenza penale: competenza penale-criminale e competenza penale-amministrativa; esistenza di sanzioni punitive di diritto comunitario derivato; riconoscimento giurisprudenziale di basi attributive di competenza punitiva; eventuali sviluppi di competenze penali comunitarie	» 7
2. La potestà punitiva dalla sovranità statale alla sovranità comunitaria, nell'ipotesi di un riparto di competenze penali: rilievi metodologici: autonomia della dogmatica penale comunitaria e impiego della comparazione giuridica; sovranità penale statale limitata, sovranità penale condivisa; l'unità perduta della legge penale: contrasto tra Stato membro e Comunità ed eventualità del conflitto positivo sulla competenza penale; l'esigenza di criteri risolutivi unitari e il problema concernente l'individuazione del soggetto competente ad applicarli	» 15
CAPITOLO SECONDO: LA COMPETENZA PENALE VERSO IL CONFRONTO CON LA COSTITUZIONE COMUNITARIA	Pag. 21
1. Costituzione comunitaria e «comunità di diritto». Principi costituzionali supremi insuscettibili di revisione, nella giurisprudenza comunitaria: principio di autonomia dell'ente comunitario, principio del primato del diritto comunitario, principi di solidarietà cooperazione e integrazione, principio di garanzia giurisdizionale del diritto	» 21

1.1. Conseguente configurazione della questione sulla competenza penale: l'attuazione del diritto tramite la forza degli Stati membri e il ruolo «esecutivo» degli Stati stessi; il nodo principale: la creazione comunitaria del binomio illecito/sanzione punitiva; rilievi sul momento applicativo ed esecutivo di norme sanzionatorie comunitarie; competenza sanzionatoria indipendente e competenza sanzionatoria dipendente	Pag. 28
2. Nascita della pena nel diritto comunitario? Obblighi comunitari di penalizzazione posti agli Stati membri, legittimazione comunitaria della pena e principio comunitario di penalizzazione nel caso "mais grec" (CGCE, 21 settembre 1989, 68/88) e in successivi sviluppi giurisprudenziali	» 30
3. Ulteriori indicazioni di dati che suscitano la questione sull'attribuzione di competenza penale alla Comunità, la sanzione punitiva tra competenze esplicithe e competenze implicite; il principio di limitata attribuzione delle competenze nel processo di determinazione della competenza comunitaria: inesistenza di un principio generale di legalità-determinatezza delle attribuzioni di competenza alla Comunità europea; il principio di sussidiarietà dell'azione comunitaria; meccanismi estensivi della competenza	» 38
3.1. L'art. 235 T.CE	» 48
3.2. I poteri impliciti	» 49
3.3. Il principio dell'effetto utile	» 51
4. Riconcontro di elementi testuali, tra significati negativi e significati affermativi di competenze penali	» 52
4.1. L'art. 172 T.CE e suoi rapporti con altre disposizioni ove sono menzionati poteri sanzionatori: principio di enumerazione o principio di non enumerazione dei casi da sanzionare e dei mezzi sanzionatori?	» 53
4.2. La competenza ad adottare le misure necessarie (art. 40, par. 3 T.CE) o tutti i regolamenti o direttive «utili» (art. 87, par. 1 T.CE); l'irrilvanza dell'art. 87, par. 2 T.CE, in quanto «previsione espressa» di competenze punitive, nel senso esclusivo di altre competenze del genere; il caso RFT/Commissione (CGCE, 27 febbraio 1992, 240/90)	» 57
4.3. Configurabilità della Corte di Giustizia (e del Tribu-	

nale di primo grado) quale organo giudiziario penale comunitario (art. 172 T.CE)	Pag. 59
4.4. I limiti posti all'esecutività di certi atti comunitari (art. 192 e 187 T.CE) non rappresentano preclusioni a sanzioni comunitarie penali	» 64

CAPITOLO TERZO: SUI FONDAMENTI GIUSTIFICATIVI DELLA CONSIDERAZIONE COMUNITARIA DELLA PENA

Pag. 69

1. Diritto c.d. «non scritto», principi generali del diritto comunitario e processi di integrazione giurisprudenziale del diritto costituzionale comunitario (art. 164 T.CE)	» 72
2. Riconoscimento dei diritti umani fondamentali in diritto comunitario, in quanto principi generali di tale diritto; fonti di ispirazione dei principi generali	» 76
3. Problemi e criteri di individuazione ed impiego giurisprudenziali dei diritti umani fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario; concordanza pratica dei valori e ragionevolezza; carattere aperto del diritto costituzionale e carattere aperto del diritto costituzionale penale; profili comparatistici	» 81
4. Notazioni sul valore del precedente giurisprudenziale in diritto comunitario; il precedente come parte integrante dell' <i>acquis communautaire</i> ; fonte di cognizione del diritto; nota sull'approccio penalistico	» 93
5. Rilevanza dei diritti umani fondamentali rispetto alla questione della competenza penale comunitaria; competenza comunitaria su tali diritti	» 95
5.1. Dimensione c.d. soggettiva, prospettiva di liberalizzazione, competenza penale negativa: negazione-ristruzione della sfera di punibilità determinata dagli Stati membri o dalla Comunità; conseguenze: principi generali comunitari di diritto penale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia	» 97
5.2. Dimensione c.d. oggettiva, prospettiva di repressione, competenza penale positiva; conseguenze: (ancora su) gli obblighi di penalizzazione imposti agli Stati membri; re-	

sponsabilità civile e penale degli Stati membri per lesione di diritti individuali causata da omessa penalizzazione (il caso Francovich: CGCE, 19 novembre 1991, 6 e 9/90)?; ulteriori sviluppi (rinvio)

Pag. 108

6. Pluralità di concezioni dei diritti umani e conflitto di competenza tra Stato membro e Comunità

» 110

6.1. Importanza del ruolo del giudice interno nella risoluzione di una questione sulla competenza penale comunitaria; l'Europa dei giudici, il «concordato giurisprudenziale» e l'ipotesi di un suo fallimento

» 112

6.2. Interlegalità e internormatività penale? Regolamenti comunitari penalmente rilevanti e obbligo di interpretazione estensiva di norme penali nazionali; norme regolamentari ad efficacia c.d. riflessa sul diritto penale nazionale; competenza penale comunitaria e problema dell'attribuzione di rilevanza penale alla norma comunitaria; il caso SAIL (CGCE, 21 marzo 1972, 82/71)

» 116

6.3. Direttive «penali», direttive penali «dettagliate»; interpretazione penale conforme alle direttive e giurisprudenza interna

» 127

7. La necessità di una competenza penale comunitaria: il presupposto del fallimento del modello dell'affidamento del diritto penale agli Stati; sussidiarietà del diritto comunitario e sussidiarietà del diritto penale comunitario; inefficienza dell'azione statale e potenziale proficuità dell'azione comunitaria

» 132

CAPITOLO QUARTO: LA COMPETENZA LEGISLATIVO-PENALE SECONDO LA COSTITUZIONE COMUNITARIA

Pag. 145

1. La questione sulla competenza legislativo-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?

» 151

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: legalità-determinatezza e legalità-democrazia; esclusione di competenze penali comunitarie in considerazione del deficit democratico comunitario

Pag. 156

3. (segue) Rilevi critici

» 163

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; insistenza di un principio di legalità-determinatezza delle attribuzioni di competenza penale alla comunità europea ..

» 164

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 dà parte della giurisprudenza comunitaria; sufficienza della complessiva legittimazione democratica del diritto penale; la Convenzione europea come base di legittimazione di competenze penali comunitarie?

» 170

4. L'inesistenza di riserve di sovranità penale statale secondo certe decisioni della Corte di Giustizia

» 177

4.1. Il caso N.M. / Commissione e Consiglio (CGCE, 17 ottobre 1984, 83-84/84)

» 178

4.2. Il caso Casati (CGCE, 11 novembre 1983, 203/80)

» 181

4.3. Il caso Cowan (CGCE, 2 febbraio 1989, 186/87)

» 184

4.4. Il caso Drexel (CGCE, 25 febbraio 1988, 299/86)

» 185

4.5. Il caso RFT/Commissione (CGCE, 27 febbraio 1992, 240/90)

» 188

4.6. Il caso del Progetto di Convenzione AIEA (CGCE, 14 novembre 1978, Del. 1/78)

» 195

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

Pag. 198

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

» 210

- 6.1. Principio di equilibrio istituzionale e forza espansiva del principio democratico comunitario in decisioni della Corte di Giustizia: incremento dei poteri parlamentari

» 220

- 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

» 224

- 6.3. Indicazioni per una cornice ragionevole di competenze legislative penali-criminali comunitarie

» 228

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'illegittimità della Proposta di Convenzione per la tutela penale degli interessi finanziari comunitari

» 232

CAPITOLO QUINTO: COSTITUZIONE ITALIANA E COMPETENZA PENALE COMUNITARIA

Pag. 241

1. L'ostacolo costituito dai principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Il problema della riserva di legge nazionale 1.1. Dall'art. 25 all'art. 11 Cost. La tesi del «controlimites»: riserva di legge penale parlamentare europea

» 242

» 244

2. Profili del «percorso comunitario» della Corte costituzionale

» 250

- 2.1. Sindacabilità della legge di esecuzione del trattato alla stregua dei principi supremi

Pag. 256

» 259

3. Contemporaneo tra principi supremi nella dimensione aperta dall'art. 11 Cost. e riconoscibilità di una competenza penale comunitaria

» 266

» 276

» 281

4. La questione della prevalenza di valori «economici» comunitari tramite il condizionamento comunitario negativo della tutela penale di diritti supremi. Competenza comunitaria penale-negativa e obblighi costituzionali di penalizzazione

» 289

- 4.1. Il rango dei valori economici tra i valori costituzionali: libertà e diritti economici come espressioni di sicurezza, libertà, dignità umana

» 297

- 4.2. Norme comunitarie penalmente «favorevoli» e poteri normativo-penal della Corte costituzionale: critica della tesi faurice di «soluzioni penalizzanti costituzionalmente obbligate»; autonomia interpretativa della Corte e principio di legalità penale parlamentare; mancanza di legittimazione democratica della Corte costituzionale; l'ipotesi del bilanciamento tra prerogative della Corte e prerogative del Parlamento; il ruolo del principio di uguaglianza nelle questioni c.d. *in malam partem*; l'esistenza di obblighi costituzionali di penalizzazione nella giurisprudenza costituzionale: diritto costituzionale della politica penale; concezione costituzionale giurisprudenziale del principio di legalità penale parlamentare e conseguenti limiti del sindacato su norme comunitarie penalmente favorevoli

» 303

Indice delle abbreviazioni

» 325

Elenco delle opere citate

» 327

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE ALLA CONFIGURAZIONE DI ATTRIBUZIONI DI COMPETENZA PENALE ALLA COMUNITÀ EUROPEA

SOMMARIO: 1. Rilevi preliminari: il quadro comunitario in breve. 1.1. Nozione di competenza penale: competenza penale-criminale e competenza penale-amministrativa; assistenza di sanzioni punitive di diritto comunitario derivato; riconoscimento giurisprudenziale di basi attributive di competenza punitiva; eventuali sviluppi di competenze penali comunitarie. - 2. La potestà punitiva dalla sovranità statale alla sovranità comunitaria, nell'ipotesi di un riparto di competenze penali; rilevi metodologici: autonomia della dogmatica penale comunitaria e impiego della comparazione giuridica; sovranità penale statale limitata, sovranità penale condivisa; l'unità perduto della legge penale: contrasto tra Stato membro e Comunità ed eventualità del conflitto positivo sulla competenza penale; l'esigenza di criteri risolutivi unitari e il problema concernente l'individuazione del soggetto competente ad applicarli.

I problemi più attuali suscitati dall'ipotesi che esista un fondamento giuridico di una competenza penale sovranazionale europea trovano compiuta espressione nella questione se competenza penale sia attribuita ad organi delle Comunità europee e dell'Unione europea.

L'indagine si concentra in massima parte sul diritto comunitario nelle sue manifestazioni attinenti all'ente Comunità (già Economica) Europa. La Comunità Europea è punto di riferimento solitamente privilegiato nello studio del diritto comunitario perché ne assorbe i temi principali consentendo di rifletterli sull'ampia estensione dei molteplici obiettivi devoluti alle sue competenze, delle modalità e mezzi della sua azione, e quindi del campo di rapporti di vita sui quali incide. Così assorbente essa si rivelerà anche per gli aspetti penali.

Al momento, peraltro, l'importanza in concreto del diritto comunitario sotto il profilo penale è in complesso relativamente limitata. Nuovi limiti si pongono in virtù dell'acquisizione all'ambito della cooperazione tra gli Stati membri, tramite il Titolo VI del Trattato sull'Unione europea, di talune questioni di interesse comune concernenti i settori della giustizia e degli affari interni. Ma proprio la questione che ci occupa può rivestire grande importanza sul piano comunitario, dato che, come si vedrà, l'attuale arretratezza penalistica del diritto comunitario non soddisfa la riconosciuta necessità di strumenti comunitari per la lotta alla criminalità, e però trae alimento soprattutto dalla diffusa e prevalente opinione secondo cui la Comunità europea non è autorizzata a creare norme penali incriminatrici.

La questione si pone, come già era affiorata non appena istituite le Comunità tramite i relativi Trattati⁽¹⁾, nel senso della ricerca di una potestà punitiva comunitaria da intendersi come prima espressione di un diritto comunitario penale. È un accertamento che, investendo il problema del soggetto fonte del diritto penale, concerne la possibilità di ancorare lo *jus puniendi* ad una base diversa da quella statualistica⁽²⁾. Esso impugna il diritto internazionale penale concepito – in ipotesi – in una originale, autonoma forma regionalizzata⁽³⁾ che rifletta l'esigenza di un diritto transnazionale⁽⁴⁾ anche penale collegato al diritto europeo del mercato⁽⁵⁾. Per quanto qui principalmente interessa, l'ipotesi si specifica ulteriormente nel senso che individui persone fisiche siano assunti, tramite la norma penale, come diretti destinatari della pena⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ JESCHECK, *Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften*, 496. V. pure *Id.*, *Lo stato attuale del diritto penale europeo*, 327.

⁽²⁾ NEUVION, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, 41. Cfr. THIEFFER, *Present Situation, Vision and Future Perspectives*, 371.

⁽³⁾ Cfr. sulla regionalizzazione del diritto internazionale penale, SCHUTTE, *Die Regionalisierung des internationalen Strafrechts und der Schutz der Menschrechte bei der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen*, 725 ss.; *Id.*, *La régionalisation des droits pénal*, 40 ss.; GALANTINI, *La regionalizzazione del diritto penale internazionale e la protezione dei diritti umani*, 1685.

⁽⁴⁾ Per l'espressione, JESSUP, *Transnational law*.

⁽⁵⁾ Cfr. DAVID, *Le dépassement des droits et les systèmes de droit contemporains*, 4 ss.

⁽⁶⁾ Il diritto internazionale penale si affaccia, già nelle prime, progettuali si-

1. Sono conosciuti gli elementi di novità conferenti alla Comunità europea la spiccata originalità che fin dalla conclusione del relativo Trattato ha suscitato l'attenzione anche della scienza giuridico-penale, novità viepiù accentratasi nei progressivi sviluppi segnati dalle varie tappe dell'evoluzione dell'impianto europeo fino alla recente inclusione della Comunità nel quadro dell'Unione che proprio sulle comunità europee è fondata (art. A TUE).

Si tratta di quei caratteri che presi sia singolarmente sia soprattutto nel loro complesso rendono le comunità europee non assimilabili a preesistenti, moderni enti internazionali né a Stati – nonostante forti somiglianze e in un senso e nell'altro. Le comunità, piuttosto, sono autonomamente inquadabili come entità di nuovo genere⁽¹⁾ collocabili

scemazioni organiche moderne, e sul perno della tutela dell'ordine pubblico internazionale e dell'armonia tra i popoli, come costituito sì sotto l'insigna della criminalità collettiva degli Stati ma con chiara inclusione, tra i suoi destinatari, pure dei singoli individui persone fisiche (per tutti, PALLA, *La criminalità collettiva dei Stati e le loro pene de l'avenir*, 168, 172, 224 e passim). La tutela penale di beni giuridici «sopranazionali» e soprattutto, in particolare, della pace e dei diritti dell'uomo costituisce il campo che viene comunemente ricondotto sotto la nozione di diritto internazionale penale (JESCHECK, *L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione*, 659; VASSALLI, *La giustizia internazionale penale. Studi, passiim*, AA.VV., *International Crimes of States*, BASSOINI, *Il diritto penale internazionale: contenuto e scopo nel suo sviluppo storico*, 55; *Id.*, *Crimes against humanity in international criminal law*, LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale penale*, TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, LEVI, *Diritto penale internazionale*, SPERDUTI, *Crimini internazionali*. Si vedano, inoltre i contributi dei vari autori negli ATTI del Colloquio preparatorio del XIV Congresso internazionale di diritto penale, Hammamet, Tunisia, 6-8/6/1987: *Les crimes internationaux et le droit pénal interne*). Di ciò va mantenuta la distinzione, benché non manchino interdipendenze, rispetto alla sfera del diritto penale internazionale (giusto di vista dello Stato: diritto pubblico interno – aspetti internazionali del diritto penale interno), che attiene più al diritto nazionale interessato da problemi che si pongono per il fatto della coesistenza con altri Stati, della presenza dell'elemento c.d. di estraneità, della dimensione internazionale dei fatti considerati (nazionalità straniera di protagonisti della vicenda rilevante, commissione all'estero etc.) (sulla distinzione v., per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 6, 911, 959, con ampia ind. bibl.; PISANI, *La "generazione" del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano*, 5).

Ul. ind. *infra*, nota 17, e nel Capitolo quarto, par. 3.2.

⁽¹⁾ Opinione ormai pacifica. Per tutti, BALLARINO, *Lineamenti*, 10 ss., 12, 49,

tra una organizzazione internazionale e una entità federale (pre-federale, quasi-federale^(*)), in riferimento a modelli già conosciuti e perciò inadeguati.

In un sintetico, introduttivo *excursus* devono essere menzionate, anzitutto, proprio le attribuzioni alla Comunità di potere normativo, secondo lo schema della limitata attribuzione di competenze – grosso modo ripartibili in esclusive o concorrenti con quelle degli Stati membri. Le competenze comunitarie si incardinano nell'istituzione di organi indipendenti dagli Stati membri come Commissione, Parlamento, Corte di Giustizia, oltre al Consiglio formato da rappresentanti degli stessi Stati. Tra queste istituzioni sono distribuiti poteri legislativi, amministrativi, giurisdizionali, con certe possibilità di decisione a maggioranza negli organi di vertice. Gli Stati membri hanno l'obbligo di assicurare l'esecuzione sia di quanto stabilito dal Trattato sia e conseguentemente di quanto stabiliscono gli atti degli organi comunitari (diritto comunitario derivato). Gli Stati devono, comunque, astenersi da misure che compromettano la realizzazione degli scopi comunitari. Il diritto comunitario include tra i suoi destinatari diretti, oltre gli Stati

membri, i singoli individui, persone fisiche e persone giuridiche. Esso è immediatamente efficace e applicabile, prevale sul diritto nazionale e si impone agli organi legislativi, giurisdizionali e amministrativi degli Stati stessi.

La concezione federalistica, nel senso della «vocazione» federale, ben si innesta sulla più originale caratteristica dell'apparato sovranazionale europeo in esame, cioè la pretesa di penetrare la sfera interna degli Stati membri; ma tale vocazione trova svolgimento in un processo di integrazione che mantiene per quanto possibile l'identità e il massimo possibile di sovranità degli Stati. In questo processo vengono acquisite di volta in volta secondo le vie praticabili nei settori concretamente riguardanti le soluzioni anche giuridiche adattabili alle diverse fasi di sviluppo, in una sorta di «libertà dai modelli» che salvaguarda il carattere originale ed evolutivo di siffatto processo e così lascia aperte plurime opzioni all'ingegneria istituzionale^(*).

Il campo di rapporti di vita che suscita l'attività normativa comunitaria è, in complesso, quello emergente dalla vita economica (produzione, commercio, servizi, capitali, lavoro), il mercato. Tale campo originariamente era illuminato dall'obiettivo strumentale di instaurare un mercato comune europeo e ravvicinare le politiche economiche degli Stati membri. L'obiettivo era fondato sulle c.d. quattro libertà: libertà circolazione delle persone, delle merci, dei servizi, dei capitali, secondo i principi di eguaglianza, libertà, solidarietà, unità. In uno spirito di cooperazione espressamente ispirato alla difesa della pace e della libertà (scopi finali) per mezzo di un'unione sempre più stretta tra i popoli, la meta principale originariamente consisteva nel miglioramento costante delle condizioni di vita e di occupazione dei popoli, nel progresso economico e sociale (Preambolo T.CEE). Essa, quindi, si specificava nel «promuovere ... uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati» membri (art. 2 T.CEE).

il quale definisce la Comunità come struttura di cooperazione interstatale, avente potestà suprema (sovranità) extrastatale; l'ordinamento giuridico comunitario avrebbe fondamento nel «fatto» della cooperazione tra i membri, che sarebbe all'origine di tutta la valenza giuridica della Comunità. L'A. segnala, peraltro, l'indoneità degli schemi giuridici tradizionali ad intendere il fenomeno, il che sarebbe provato dal fatto che il dibattito sulla natura giuridica delle Comunità europee si è andato quasi completamente spegnendo, negli ultimi anni. Cfr., inoltre COSTANTINESCO, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften I. Das institutionelle Recht*, 640; UNGELER, *Institutional consequences of broadening and deepening the Community: the consequences for the decision-making process*, 71: «It is not so important what label such a political entity has. What counts is the fact that it can act effectively and that all members support it wholeheartedly».

Tra le denominazioni che si annoverano tra quelle impiegate per le comunità, secondo le varie prospettive il cui tratto comune si riassume nella conspecificità di avere di fronte un inedito fenomeno, vi sono quelle di «organizzazione sovranazionale» (SCHWEITZER-HÜMMER, *Europarecht*, 225), «organizzazione sui generis» (BERNHARDT, *Verfassungsprinzipien – Verfassungsgeheimisfunktionen – Verfassungssprache* in EWG-Vermag., 170), «unione integratrice» (TESSEN, *Europäische Verfassung*, 195).

(*) Per tutti, LUNSSING, *The Federalization of Europe: Towards a Federal System of Criminal Justice*, 212.

(*) TIZZANO, *Introduzione. Caratteristiche generali dell'Unione europea*, in *Id., Codice dell'Unione europea*, XXX s.

In seguito fu più precisamente stabilito di «promuovere insieme la democrazia basandosi sui diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta sociale europea, in particolare la libertà, l'eguaglianza e la giustizia sociale» (Atto unico europeo, Preambolo). E il Trattato sull'Unione europea accentua alcuni di questi obiettivi, segnando «una nuova tappa nel processo di creazione di un'Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini» (art. A, co. 2). La stessa Unione si propone, tra l'altro, di «promuovere un progresso economico e sociale equilibrato e sostenibile», e di mantenere, sviluppare e garantire l'efficacia dell'*acquis communautaire* (art. B TUE) ⁽¹⁰⁾. L'art. F TUE stabilisce, poi, che l'Unione deve rispettare «l'identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi si fondano sui principi democratici», e «i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario».

Alla Comunità Europea, il rinnovato art. 2 TCE assegna il compito di promuovere «uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell'insieme della Comunità, una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri». A questi obiettivi la Comunità tende, oltre che mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria, tramite l'attuazione delle politiche ed azioni comuni di cui agli artt. 3 e 3A TCE. Fra queste politiche ed azioni spiccano, assieme a quelle immediatamente attinenti all'ambito economico, una politica nel settore sociale, una politica nel settore dell'ambiente, un contributo al conseguimento di un elevato livello di protezione della salute, un contributo ad

mento di un elevato livello di protezione della salute, un contributo ad un'istruzione e ad una formazione di qualità e al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri, misure in materia di protezione civile (art. 3 lett. i, k, o, p, t) ⁽¹¹⁾.

1.1. In questo quadro generale, nel diritto comunitario si ricerca la potestà punitiva o potere punitivo in senso stretto, «potestà incriminatrice» (12), come competenza normativa-penale positiva ⁽¹³⁾; essa concerne il momento della determinazione dei fatti illeciti e delle relative sanzioni, nell'ambito del diritto penale-criminale (penale in senso stretto). Quest'ambito è caratterizzato in genere dalla massima importanza assegnata all'interesse tutelato (bene giuridico), alla lesione e alle relative modalità (quindi, al precetto), e dall'incidenza della sanzione su importanti beni dell'individuo (contenuto affittivo, misura negativa ⁽¹⁴⁾), in particolare ma non solo la libertà personale, a scopo di prevenzione negativa c/o positiva, generale e speciale.

È chiaro che non solo la competenza penale positiva si propone all'attenzione del diritto comunitario. Tra le altre componenti della potestà punitiva, entra in considerazione la competenza normativa-penale negativa, cioè il potere di porre fuori dall'area della punibilità ciò che prima vi era stato compreso, e insomma tutto quanto possa atterrenere ad un potere di selezione dei fatti da punire e delle correlate pene,

⁽¹⁰⁾ Di rilievo è pure il Protocollo sulla politica sociale (con relativo Accordo tra gli Stati membri escluso il Regno Unito), dove per la Comunità nonché gli Stati membri sono fissati «come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo la lotta contro le esclusioni».

⁽¹¹⁾ SCOBBI, *Diritto penale comunitario*, 1228.

⁽¹²⁾ Si impiega in genere l'espressione «potestà punitiva» o «potere punitivo» (ed anche *ius puniendi*) indifferentemente, e con specifico riferimento al momento della produzione della norma che ne rappresenta il fondamento: v. VASSALLI, *Potestà punitiva*, 794 s., 809 ss. Cfr. pure, di recente, per l'accostamento della locuzione *ius puniendi* a quella «competenza penale comunitaria», CUERBA, *Rechts der europäischen Gemeinschaften als ius puniendi?*, 367.

⁽¹³⁾ Sulla relativa nozione, per tutti, BOBBIO, *Sanzione*, 531 ss.

⁽¹⁴⁾ Sulla relativa nozione – sinteticamente: patrimonio delle realizzazioni comunitarie, comprese decisioni della Corte di Giustizia –, v., per tutti, CURIA GALLINO, *Some reflections on the acquis communautaire*, *Ult. ind.* nel Capitolo secondo, par. 1.

compreso il mantenimento nell'area del punibile o non punibile di quanto già vi appartiene.

Negli stessi modi, viene in considerazione il settore penale-amministrativo (o penale in senso lato), comprendente l'ambito delle previsioni sanzionatorie punitive (finalità di prevenzione generale e contenuto affittivo) aventi contenuto patrimoniale o comunque non incidenti sulla libertà personale, collegate a precetti che riguardano beni e/o modalità di lesione ritenuti meno importanti di quelli iscritti nella sfera penale-criminale⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Le definizioni di reato e illecito penale-amministrativo finora impiegate valgono solo come punti di partenza per l'apprezzamento di quanto si va ricercando nel diritto comunitario che soggiace al questo se riguardi reati e/o illeciti penali-amministrativi, comunque definiti. Tali definizioni, pur se assunte nella considerazione sintetica di tratti piuttosto comuni al pensiero penalistico e alle diverse legislazioni europee, e tuttavia non a tutte, si fondano soprattutto su linee di tendenza manifestatesi anche implicitamente in elaborazioni progettuali di ispirazione comunitaria, e nella giurisprudenza comunitaria, di cui si renderà conto nel corso della trattazione (si rinvia, comunque, per un primo approccio allo stato generale attuale delle questioni penalistiche riflesso sul piano dottrinale, a FIANDECA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, 23 ss.; MÜLLER DIETZ, *Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung*, 95 ss.; DIEMAS-MARTY, *Le flux des droits*, BARATTA, *Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal*, 1 ss.; FRISCH, *Als den Grenzen des Strafrechts*, 19 ss.; ROMANO, *«Meni-tendenzia di pena»*, «bisogno di pena» e teoria del reato, 39 ss.; PALIBIO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, 430 ss.; MANTOVANI, *Le «accusazioni» dei problemi di fondo delle scienze criminali*, 291 ss.; SCHINEMANN, *Strafrechtssystem und Kriminalpolitik*, 117 ss.; TILKENS, *Les transformations du droit pénal aux États-Unis*, 461 ss.).

Fin d'ora può notarsi che definizioni e distinzioni come quelle indicare nel testo risultano recepite come base di proposte di ampliamento e adeguata disciplina generale di un apparato sanzionatorio sia penale che amministrativo, che sono state formulate in ambito comunitario. La divisione di cui al testo pare, in ultima analisi, accolta già nella bipartizione assunta dalla Commissione CE, nella Proposta di regolamento (CE, Euratom) del Consiglio, e nella Proposta di Atto del Consiglio, entrambi relativi alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità (documento COM 94 214 def. del 15 giugno 1994, in *Rev. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 527 ss., con la Relazione; le proposte sono state pubblicate in GUCE C216/11 del 6 agosto 1994, V., inoltre, il Rapporto conclusivo del gruppo ad hoc "Droit communautaire et droit pénal", gruppo istituito nell'ambito della cooperazione politica tra gli Stati membri. A tale Rapporto - cit. da GRASSO G., *Nuovi sviluppi*, 842 -, che risulta essere stato presentato al Consiglio dei Ministri della Giustizia del 13

Alla competenza penale vanno, inoltre, ascritte le statuzioni che in materia penale si rivolgono, con efficacia vincolante, esclusivamente

novembre 1991, doc. n. 8859/91, pp. 7 e 8, è riferibile quanto riportato in VILKVALE, *Fraud against the Community. The Need for European Fraud Legislation*, Appendix IV, V., inoltre, BACCIGALUPO-GRASSO-TIEDENMANN, *Rapport de synthèse*. Queste proposte sono poi sfociate nella Proposta di Convenzione approvata dal Consiglio dell'Unione, pubblicata in GUCE 27 novembre 1995, C 316, e nel regolamento (CE, Euratom) del Consiglio n. 2988/95, pubblicato in GUCE 23 dicembre 1995 L 312 (ulteriori indicazioni nel Capitolo terzo, nota 219).

Resta, comunque, la consapevolezza che l'ambito dell'illecito penale e penale amministrativo e delle relative sanzioni è individuabile in tutti i sensi soltanto con riferimento ad un dato complesso normativo e nella complessità dei temi che lo contraddistinguono, laddove tenderebbero ad affermarsi come rinunciabili anche definizioni e distinzioni e, di formali, per le quali il criterio nominalistico contribuirebbe a far riconoscere il regime e quindi la natura e lo scopo delle previsioni sanzionatorie, e soprattutto si impone quando la differenza tra illecito penale-amministrativo e illecito penale-criminale sia da intendere soltanto in termini quantitativi (v., al riguardo, GRASSO G., *Comunità europee*, 51 s., con ult. ind. Su incontranti della distinzione v. TIEDENMANN, *La tutela penale degli interessi finanziari*, 522. Cfr., inoltre, BACCIGALUPO-GRASSO-TIEDENMANN, *Rapport de synthèse*, laddove al punto 1.2, ultimo periodo, si riconosce che come amministrative, riguardo a ordinamenti di Stati membri, risultano talvolta sanzioni aventi effetto repressivo sulla persona, e al punto 3.1, si muove con l'affermare che un elemento comune a tutti gli Stati membri è l'esclusione di sanzioni private della libertà dal novero delle sanzioni per infrazioni amministrative - esclusione, peraltro, che è riscontrabile di fatto, ma non sempre di diritto, come rileva HUGGER, *The European Community's Competence to Prescribe National Criminal Sanctions*, 265). D'altra parte, una certa elasticità già si riscontra a livello nazionale, pur quando risulti realizzato in complesso un alto tasso di formalizzazione anche sistematica quanto a natura e tipi di sanzione (v., per la situazione italiana, PALIBIO-TRAVI, *La sanzione amministrativa*, PAGLIARI, *Profilo teorico*, ROSSI VANNINI, *Illecito*, AA. VV., *L'illecito*, SANDULLI, *Le sanzioni*, DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa*, 589 ss.; PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella sfera del diritto, contravvenzione e illecito amministrativo*, 670 ss. Per gli altri paesi v. le varie relazioni pubblicate in ATTI del Colloquio preparatorio del XIV Convegno internazionale di diritto penale, Stockolma, 15-17 giugno 1987: *Les problèmes juridiques et politiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif*, e il recente, ampio panorama a fini comparatistici, di ispirazione comunitaria, COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *The system of administrative and penal sanctions in the Member States of the European Community*. Una recente, diffusa indagine a sfondo comparatistico può rinvenirsi in MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*.

chiaramente tendono certe disposizioni comunitarie⁽¹⁹⁾: la qualificazione punitiva sgorga dal dato testuale.

Negli ambiti di immediata e stretta importanza economica, tra i quali la concorrenza, la censurata materia agraria e quella della pesca, è più evidente la creazione tramite fonte comunitaria di fattispecie descrittive di illeciti e relative sanzioni di natura patrimoniale – alcune di intonazione meramente riparatrice-ripresinatoria, ma molte altre sostanzialmente orientate in senso punitivo e dette perciò, dalla dottrina, penali-amministrative (o penali in senso ampio)⁽²⁰⁾ –, con un apparato di regole generali emerso finora soprattutto per via giurisprudenziale⁽²¹⁾.

Quanto alle basi attributive di questi poteri, per ora basti notare che la Comunità fa leva, per esempio, sulle disposizioni dei trattati che testualmente ammettono «misure necessarie» al raggiungimento degli obiettivi dati, come nel settore agrario l'art. 40, co. 3, T.C.E.

In questo settore, la Corte di giustizia ha riconosciuto la competenza comunitaria a creare tramite regolamenti sanzioni come l'esclusione da future sovvenzioni, collegata a fatti di frode. Questa sanzione, secondo la Corte, è improntata da scopi di repressione e di prevenzione generale e speciale, nonché dal fine di sanare una non probità del colpevole⁽²²⁾. La Corte ha così confermato e portato ad ulteriore svi-

⁽¹⁹⁾ Vi è, inoltre, il settore della pesca, laddove spicca il reg. del Consiglio (CEE) 7 novembre 1988, n. 3483 (GUCE L 306 dell'11 novembre 1988), che ha modificato il reg. n. 2241/87 istitutivo di alcune misure di controllo delle attività di pesca. È stato inserito, tra l'altro, l'art. 11 *quater*, che per il caso in cui le autorità competenti dello Stato membro di sbarco o di transito constatino certe infrazioni, impone loro di intentare «contro il capitano della nave interessata o contro qualsiasi altra persona responsabile un'azione penale o amministrativa che, secondo le disposizioni pertinenti della legislazione nazionale, potrebbe avere la conseguenza di privare effettivamente i responsabili del profitto economico dell'infrazione oppure di produrre qualsiasi altro risultato proporzionato alla gravità dell'infrazione, scoraggiando così efficacemente le infrazioni ulteriori della stessa natura» (co. 1).

⁽²⁰⁾ Non considerando del citato reg. n. 3887/92 (co. 1, nostro).

⁽²¹⁾ Per tutti, TIEDEMANN, *Der Allgemeine Teil*, 1411 ss.; GRASSO, *Neuville perspectives*, 265 ss.; VOGEL, *Die Kompetenz*, 172 ss.; VERVALE, *Compétences en matière de sanctions*, 933 ss.

⁽²²⁾ V. *infra*, Capitolo quinto, par. 5.1.

⁽²³⁾ CGCE, 27 ottobre 1992, 240/90, RFT/Commissione, con riferimento

luppo una consolidata giurisprudenza che non riconosce esclusive riservate di potestà sanzionatoria in capo agli Stati membri⁽²³⁾.

Si profila, dunque, l'esistenza di un vero e proprio «sistema repressivo sovranazionale»⁽²⁴⁾. E tutto ciò alimenta l'interrogativo se il regolamento possa essere allo stesso modo impiegato per il settore penale criminale. Si aggiunga che le pretese punitive sovranazionali, esprimendo una «concezione del diritto penale» da parte della Comunità⁽²⁵⁾, si estenderebbero, come si vedrà, fino ad insistere sui signifi-

all'esclusione prevista dall'art. 13 reg. n. 3813/89 come mod. dal reg. n. 1279/90. Questa decisione può leggersi nel testo francese in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 549. È stata ivi ripubblicata (1993, 739 ss.) con commento di GRASSO G., *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*. Per il testo tedesco si rinvia alla *Neue juristische Wochenschrift*, 1993, 49 (con nota di TIEDEMANN). Il testo ufficiale in italiano ancora non risulta.

Fin d'ora si noti che nell'occasione la Corte ha qualificato detta sanzione, in modo apodittico, come «non penale», così sfuggendo al quesito se siano ammesse sanzioni penali di fonte comunitaria, e sfuggendo, è da aggiungere, malamente (Cfr. KATHREIN, *Entwickelungen innergemeinschaftlicher Sanktionen in der Europäischen Union*, 791). Sul punto si tornerà in seguito (Capitolo quarto, par. 4.5).

⁽²³⁾ Cfr., tra l'altro, CGCE, 27 marzo 1990, 9/89, Spagna/Consiglio, in *Raccoll.*, 1990, 1383, con riferimento a regolamenti che nel settore delle quote di pesca hanno introdotto imposizioni agli Stati membri di intentare azioni penali o amministrative contro i responsabili di infrazioni, per irrogare certe sanzioni (art. 11 *quater* del reg. Consiglio 3483/88 del 7 novembre 1988 che modifica il reg. 2241/87, regolamenti citati in nota 18). La Spagna aveva invocato la spettanza agli Stati del potere di sanzione (V. al riguardo *infra*, Capitolo terzo, nota 175).

V., inoltre, per vari profili, CGCE, 5 febbraio 1987, 288/55, *Plange Kraftfahrzeugwerke*, ivi, 1987, 611; CGCE, 27 novembre 1991, 199/90, *Italtrade SpA/Al-M.A.*, ivi, 1991, 5561; CGCE, 2 febbraio 1997, 50/76, *Amsterdam Bulb B.V./Produktschap voor Suiergewassen*, ivi, 1997, 137; CGCE, 17 dicembre 1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ivi, 1970, 1130. In dottrina, per tutti, VOGEL, *Die Kompetenz*, 170 ss.; DANNICKER, *Strafrecht*, 43 ss.

⁽²⁴⁾ GRASSO, *Nuove prospettive*, 863.

⁽²⁵⁾ Nelle trattazioni di diritto comunitario più informate (BALLARINO, *Lineamenti*, 305, 312 ss. e 152, 182) il diritto penale compare in generale opportunamente collocandosi sotto il tema del rapporto tra la Comunità e la concezione del diritto penale. Ciò implica non solo una concezione di quanto vale come diritto penale nei singoli Stati membri, ma pure una nozione comunitaria di diritto penale, e in particolare una nozione del diritto penale-criminale.

cari di enunciati penali «nazionali», cioè fino ad implicare un potere dispositivo comunitario su figure criminose nazionali tale da modificare l'area della punibilità già definita a livello nazionale.

In ipotesi, una pretesa punitiva comunitaria potrebbe manifestarsi in altri campi sortesi alle numerose politiche comunitarie, specie con l'entrata in vigore del Trattato sull'Unione Europea, per cui beni di indubbia importanza, consolidato il proprio rango primario rispetto alla considerazione già acquisita tramite l'Atto Unico Europeo, si propongono con sempre maggiore intensità come oggetto di difesa da parte comunitaria: p.es. l'ambiente (art. 130 R e ss. T.CE) o la salute che reclama una protezione ad «un livello elevato» (art. 129 T.CE) ⁽²⁶⁾. Del resto, per la cennata rilevanza comunitaria dei diritti umani sorge almeno l'interrogativo se, una volta ammesso che in dati settori sussista una competenza penale, questa possa estendersi ad implicati profili di tutela di tali diritti — così si aprirebbe il più pertinente campo di spiegamento della potestà punitiva.

In complesso, si manifesterebbe una politica penale suscettibile di

La necessità di queste ultime si è imposta, e assai problematicamente quanto al loro contenuto, almeno fin da quando, negli anni '60, la fantasia giuridica comunitaria è riuscita a costruire precetti regolamentari collegati a sanzioni pecunarie espressamente dichiarate di «natura non penale» senza altre indicazioni in merito a una siffatta qualificazione, soprattutto senza che fossero reperibili dati adeguatamente orientativi nel senso della formalizzazione di un prefigurato sistema sanzionatorio (V. P. es., in tema di trasporti, art. 15 co. 4, reg. CEE n. 17/62 e succ. modd., art. 22 co. 4, reg. CEE n. 1017/68, art. 19 co. 4, reg. CEE n. 4056/86. Cfr. pure, di recente, in tema di controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, l'art. 14 del reg. CEE 4064/89, pubbl. in GUCE, 30 dicembre 1989, L. 395). Il conseguente dibattito dottrinale intorno alla «natura» penale o no di tali sanzioni (per una rassegna, VOGEL, *Die Kompetenz*, 175 s.) è influente riguardo al tema che ci occupa: il diritto derivato non è in grado da sé di condurre alla soluzione del problema della competenza penale comunitaria, poiché tale soluzione dipende anzitutto dal significato del trattato; il diritto derivato è, però, inidoneo a significati attribuiti al trattato da parte delle istituzioni comunitarie (ha ormai compreso la finalità punitiva come esposto nel testo).

⁽²⁶⁾ Sull'importanza dei temi ambientali per il diritto penale consacrato dal punto di vista degli influssi comunitari v. DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale*, 994. Riguardo alla tutela dei consumatori in campo alimentare, sotto profili penalistici di interesse comunitario, v. AA.VV., *Lebensmittelstrafrecht und Verordnungsanktionen in der Europäischen Union*.

rivolgersi fino ad ambiti tradizionalmente ascritti alla sfera dell'ordine pubblico nazionale — e altrettanto tradizionalmente refrattari rispetto ad ingerenze *ab externo* ed evocativi di riserve di sovranità statale ⁽²⁷⁾ —, la politica comunitaria proiettandosi nella dimensione dell'ordine pubblico sovranazionale. Direttamente verso quest'ultimo ambito parrebbero orientare le disposizioni del cenato Titolo VI del TUE (cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni, c.d. terzo pilastro dell'Unione), che comprende vari settori di importanza penalistica come, tra l'altro, l'immigrazione, soggiorno e lavoro di cittadini di paesi terzi, la lotta contro la tossicodipendenza, la frode su scala internazionale. È previsto che il Consiglio possa adottare posizioni comuni, azioni comuni con relative misure di applicazione, ed elaborare convenzioni da raccomandare per l'adozione agli Stati membri ⁽²⁸⁾.

2. Nello studio del diritto comunitario si affaccia preliminarmente, anche dal punto di vista penalistico, l'esigenza di evitare i difetti del metodo concettualistico della sussunzione e della deduzione: la domanda fondamentale — se la Comunità europea abbia potestà punitiva — rischia di risolversi in una riflessione che coinvolge un' applicazione acritica della sovranità e di altre categorie dogmatiche formatesi in relazione al diritto statale ⁽²⁹⁾, quelle cioè riconducibili alla concezione dello Stato quale «monopolista» della sanzione (almeno) criminale ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ LOMBOS, *Droit pénal international*, 1 s.

⁽²⁸⁾ V. *amplius infra*, Capitolo quarto, par. 7.

⁽²⁹⁾ Cfr. BARATTA, *Contro il metodo della giurisprudenza concettuale nello studio del diritto penale comunitario*, 33 s. Sulla precisazione di metodo v., inoltre, AZZALI, *Profilo in tema di presupposti, di metodo, e di contenuto*, 489; VOGEL, *Die Kompetenz der EG zur Einführung supranationaler Sanktionen*, nota 81; LABAYLE, *L'application du titre VI du Traité sur l'Union*, 36.

⁽³⁰⁾ Di recente, in generale, sulla concezione dello Stato moderno come soggetto detentore del monopolio della coercizione fisica legittima, monopolio considerato quale forma o aspetto della istituzionalità del potere dalla quale risulta la sovranità dello Stato (secondo la nota costruzione di Max Weber), oppure come conseguenza di un'originaria sovranità principalmente intesa come risposta ad uno stato di conflitto (Stato come sovrana unità politica) v. FIORAVANTI, *Stato (sovrano)*, 718 ss., 721.

Per sintetiche ed efficaci sintesi sulla trasformazione della sovranità sotto vari

Più in generale vi è il rischio di letture meramente riproduttive di schemi nazionali o immotivatamente legate a modelli radicati nel pensiero penalistico europeo-continentale piuttosto che in quelli della tradizione europea di *common law*, o viceversa ⁽¹⁾.

Si impone di indagare, invece, e prima, se ed in qual misura il diritto comunitario consenta di costruire una autonomia dogmatica penale comunitaria ⁽²⁾ (ed eventualmente come ne conformi le pietre angolari), a partire dalla ricerca della norma attributiva di competenza penale. Il procedimento di comparazione giuridica può esser d'aiuto ⁽³⁾, comprendendo i diritti statali europei ma anche il diritto di

profili v. MATTEUCCI, *Sovranità*, 973 ss.; MARRAMAO, *Sovranità*, 605 ss.; FERRAOLI, *Crisi e metamorfosi della sovranità*; CATANIA, *Sovranità e giurisdizione*, 22 ss.; ZAGARBI, *Il diritto mine*, 4 ss.; DOGLIANI, *Governo: le parole per dirlo*, 482 ss.; BRESA, *Contro la sovranità*, 195 ss.; CARROSO, *I limiti della sovranità negli ordinamenti democratici*. V., comunque, sulla fine dell'epoca della statualità, la fondamentale riflessione di SCHMITT, *Begriff des Politischen*, 90 e passim; e sulla pretesa dissoluzione del concetto di sovranità, che non sia riferito, anzitutto, alla norma, Kelsen, *Il problema della sovranità*, 13 ss. e passim. Inoltre, Laske, *Studies on the problem of the Sovereignty*; Illieser, *Die Souveränität*; Hart, *The Concept of Law*. Ulteriori indicazioni nel corso del presente paragrafo.

⁽¹⁾ Cfr. BOTTKE, *Täterschaft*, 2 ss.

⁽²⁾ BARATTA, *Contro il metodo*, 33 s.

⁽³⁾ BARATTA, *Contro il metodo*, 34.

In generale, sull'approccio penalistico al tema della comparazione, v. i rilievi ancora fondamentali di JESCHKE, *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*; MUELLER, *Comparative Criminal Law in the United States*; più di recente PEDRAZZI, *Approdo della comparazione alle discipline penali*, 167 ss.; AA. VV., *Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie*, 79 ss.; AA. VV., *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*; AA. VV., *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*, e in particolare il contributo di VOGELER, *Bemerkungen zu einer europäischen Strafrechtsvereinheitlichung*; MALKIN-CR-DOGLIANI, *Note sul metodo della codificazione penale*, 409, 418 e passim.

Riguardo all'impiego della comparazione in funzione di costruzione di un diritto penale europeo si rinvia, oltre che a VOGELER, cit., all'ottima disamina critica e alle ampie indicazioni bibliografiche di BERNARDI, *«Principi di diritto» e diritto penale europeo*, 75 ss.; e v. pure JUNG-SCHROTT, *Das Strafrecht als Gegenstand der Rechtsvergleichung in Europa*, 253.

Del valore giuridico dell'indagine comparatistica in diritto comunitario, e in particolare con riguardo alla (piuttosto nuova, sotto il profilo penalistico) prospet-

esperienza extracuropea specie dei paesi a modello federale ⁽⁴⁾; sem- pre, però, nei limiti in cui sia dato di ravvisare l'esistenza di regolarità e d. strutturali: non si escluda l'eventualità che siano scoperte differen- ze ⁽⁵⁾.

Sotto questi profili, risulta acquisita, anche in ambito penalistico, la consapevolezza della crisi della statualità del diritto ⁽⁶⁾, per la conseguenza che qui principalmente interessa: la circostanza che attribuzioni penalistiche riguardino lo Stato, secondo il diritto statale, non pregiudica di per sé la possibilità di rinvenire attribuzioni del genere in capo alla Comunità, secondo il diritto comunitario. Va affermandosi la convinzione che gli aumenti di interdipendenze degli Stati nell'ambito internazionale hanno portato ad una certa relatività nella comprensione di sovranità e potere statale ⁽⁷⁾, almeno nel senso che la riserva di sovranità tanto più arretra quanto maggiormente stretto è il collegamento culturale, politico, economico, giuridico tra gli Stati.

Perciò si ammette che la coesistenza di una pluralità di ordinamenti deve infine costringere entro confini ragionevoli il principio della sovranità di uno Stato, anzitutto dal punto di vista dello Stato stesso ⁽⁸⁾. E su queste premesse si apre la via per liberarsi anche di eventuali ostracoli psicologici all'ipotesi di adeguamento del diritto penale

tiva aperta dalla considerazione dell'attività giuricomparatistica svolta in sede giurisprudenziale, si dirà *infra*, Capitolo terzo, par. 2 ss., e Capitolo quarto, par. 3 (v., intanto, i generali rilievi di GONZA, *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo*, 270; TARUFFO, *The Use of Comparative Law by Courts*, 55. Cfr. pure GEMENTIERI, *La circolazione dei modelli normativi*).

⁽⁴⁾ SHERER, *Unificazione europea e diritto penale europeo*, 965.

⁽⁵⁾ V., per tutti, GAMBASO-SACCÒ, *Diritto comparato*, 1168 s.

⁽⁶⁾ Su questa crisi, in generale, DOGHER, *Esperienza giuridica*, 737 ss.

⁽⁷⁾ SUGUBI, *Diritto penale comunitario*, 1222.

⁽⁸⁾ DURIGATO, *Osservazioni sul riferimento penale a norme estranee*, 232; DEAN, *Norma penale e territorio*, 107. Quest'ultimo A. rileva, con riferimento al concorso di pretese punitive di più Stati, la necessità, tutta moderna, di conciliare un'affermazione non rinunciataria della potestà punitiva dello Stato, quale espressione diretta e maggiormente significativa della sovranità, con l'esigenza di non dispendere in astratte rivendicazioni legislative il senso della realtà internazionale che impone al legislatore, con riferimento all'insieme degli istituti penali, di trarre le dovute conseguenze dal dato storico della coesistenza di una pluralità di ordinamenti. Cfr. pure MESTRE DELGADO, *El derecho penal de la unidad europea*, 575.

ad un regime non monistico (c.d. sovranità condivisa, non esclusiva), compresi quelli che dovessero derivare da una «misfugante oscurità» del concetto di sovranità⁽⁷⁹⁾. Quest'ultimo, contrassegnando il diritto occidentale pensato all'epoca dei Lumi, diritto «immobile e chiuso» specie nei paesi di *civil law*, pretenderebbe un'omogeneità a cui ormai sfugge lo spazio eterogeneo sovranazionale⁽⁸⁰⁾.

In effetti, l'impiego della categoria della sovranità richiede una coerente riconduzione dei rapporti al principio monistico, nel senso che se la sovranità ammette ripartizioni del suo esercizio in distinti centri di autorità, esige comunque di poterne ricondurre ad unità le manifestazioni, postula cioè che sia almeno data, in caso di conflitto, l'assegnazione a un certo centro di una funzione di ultima istanza. Ciò è proprio quanto finora sembra mancare nella prospettiva pluralistica⁽⁸¹⁾ aperta (già) dal confronto Stato-Comunità, laddove ciascuno dei due dal suo punto di vista potrebbe arrogarsi siffatta funzione, affermandosi sovrano anche tramite l'assegnazione di preminenza/supremazia al proprio diritto.

L'ipotesi della divergenza è in grado di realizzarsi, ovviamente, in ordine alla stessa soluzione della questione che ci occupa, nonostante che la potestà punitiva debba riuscire a inquadrarsi, rispetto sia alla Comunità che allo Stato, secondo il criterio della limitata attribuzione di competenze, che ripartisce queste ultime tra i due enti e così si sostituisce all'equivoco riferimento alla sovranità penale statale⁽⁸²⁾. Il

⁽⁷⁹⁾ JUNG-SCHROTH, *Das Strafrecht als Gegenstand der Rechtsangewandung in Europa*, 253.

Del riferimento alla sovranità la dottrina penale riconosce l'inutilità (LEIGH, *Possibilities for a European Administrative Penal Law*, 113 s.), l'equivocità (DEZ-PRICAZO, *Derecho comunitario y medidas sancionatorias*, 314), la debolezza argomentativa (WEIGEND, *Strafrecht durch internationale Verbindungen*, 775). V. pure, con riferimento alla situazione sudamericana e ai poteri del Mercosur, CARO-LI-MARTINEZ M., *Por qué un derecho penal económico del Mercosur?*

⁽⁸⁰⁾ DEJMAS-MARTY, *Del código penal ai diritti dell'uomo*, 65, 84 ss.

⁽⁸¹⁾ Cf. CORSALE, *Pluralismo giuridico*, 1007.

⁽⁸²⁾ ZIELEGG, *Der Beitrag des Strafrechts zur Europäischen Integration*, 41 s.

Pare incorrere nell'equivoco segnalato nel testo MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, 138 nota 17. Dalla considerazione della «derivazione» della Comunità, della non-sovrannità, non è deducibile immediatamente l'assenza di una potestà punitiva, ma soltanto, semmai, che qualora

criterio della limitata attribuzione di competenza si propone in funzione discriminatoria delle aree di influenza, mentre suggerisce un concetto di sovranità legato ad ogni organizzazione della comunità politica e quindi ripartisce (ipotesi che appartengono al) la sovranità, ovvero limita la sovranità statale, profilando il paradosso che ciascun ordinamento è sovrano entro l'ambito che si dà con l'autodeterminazione e con l'autolimitazione e la sovranità interna è sempre assoluta entro il proprio ambito⁽⁸³⁾. Ma qui si tratta, appunto, di delineare questo ambito secondo i diversi punti di vista, eventualmente confliggenti nelle conclusioni, ciò che implica la possibilità di conflitti (di attribuzione di competenza)⁽⁸⁴⁾.

Di conseguenza, qualora per le odierne dipendenze si affermasse una competenza penale comunitaria, si imporrebbe anche in diritto penale, con riferimento al diritto comunitario, in presenza di un caso di collisione, l'arduo problema di ricondurre ad unità il campo giuridico⁽⁸⁵⁾ individuando la «legge» penale intesa come volontà politica produttrice delle norme penali, come il procedimento politico-istitu-

una competenza penale comunitaria non sussista, la Comunità non se la può attribuire e quindi la competenza penale, rimane agli Stati. Comunque, vi sarebbe sempre da considerare l'ipotesi della delega di poteri (riguardo alla delegabilità, da parte dello Stato, dell'esercizio della potestà punitiva v., affermativamente, con diverse sfumature, VASSALLI, *Potestà punitiva*, 811; DE FRANCO, *Potestà punitiva*, 507; SCARANO, *I rapporti di diritto penale*, 229, con ammissione dell'ipotesi dell'«alienazione». Per una riassuntiva considerazione di taluni utili distinzioni tra *imperium* e *dominium*, con riferimento all'ambito penalistico internazionale e sovranazionale, v. HOFMANN, *Strafrechtliche Verankerung im Völkerrecht*, 11 ss. Ut. ind. *infra*, Capitolo quarto, par 3.1).

⁽⁸³⁾ V., per tutti, in generale, TARANTINO, *La sovranità. Valori e limiti*, 114 e *passim* (v. ult. ind.). Sul piano comunitario, FORVASSER, *Le pouvoirs répressifs des communautés*, 399 s.: «chaque de ces droits prime l'autre dans sa sphère de compétence propre»; OBRADOVIC, *Community law and the doctrine of divisible sovereignty*, 1 ss.; LOUIS, *L'ordinamento giuridico comunitario*, n. 5 ss.; DE WITTE, *Sovereignty*.

⁽⁸⁴⁾ Per una chiara descrizione in generale del fenomeno del conflitto sulla competenza v. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, 44 ss., 50 ss., 54 ss.

⁽⁸⁵⁾ Segnala questo problema MASSÉ, *Souveraineté pénale et modèles d'intégration*, 52. Il «Kollisionfall», in genere trascurato nella letteratura penalistica (cfr. peraltro PASCH, *Der strafrechtliche Schutz*, 165) risulta accennato da DANNECKER, *Strafrecht*, 15 ss.

zionale della sua formazione ^(*). L'ambito comunitario segnerebbe un'ulteriore tappa nella «secolarizzazione» del diritto penale ^(*), per la circostanza, questa volta, dello sgretolamento di rigide visioni monistiche dell'impianto punitivo. A questo riguardo, le indicazioni finora fornite prefigurano la tendenza a sostituire integralmente a concezioni statocentriche una concezione unionecentrica, o viceversa, magari incorrendo in un *restyling* di pur permanenti inclinazioni al dogmatismo. Fruttuosa sul piano del metodo pare una separazione tra ciò che al diritto comunitario spetta secondo quest'ultimo, e ciò che gli spetta secondo il singolo diritto nazionale, senza però perdere di vista eventuali conflitti e quindi del soggetto cui questa compete e dei criteri di risoluzione.

^(*) Su questa accezione, per tutti PALAZZO, *Legge penale*, 340 s.

^(*) Sulla secolarizzazione in ambito penalistico, tema di vasta letteratura, si segnalano ROMANO, *Secolarizzazione, Diritto penale moderno e sistema dei reati*, 498; FIANDACA, *Latità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelabili*, 165; CATTANEO, *Secolarizzazione diritto penale, AZZALI, Note in tema di secolarizzazione del diritto penale*, 139; RONCO, *Modelli sanzionatori e secolarizzazione del diritto penale*, 155; STELLA, *Latità dello Stato: fede e diritto penale*, 309; MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, 482; ROXIN, *Sinn und Grenzen der staatslicher Strafe*, I; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, 124.

Sulla molteplicità di significati del termine secolarizzazione v. di recente, i contributi di GENTILE e altri in AA.VV., *Esperienze giuridiche e secolarizzazione*.

CAPITOLO SECONDO

LA COMPETENZA PENALE COMUNITARIA VERSO IL CONFRONTO CON LA COSTITUZIONE COMUNITARIA

SOMMARIO: 1. Costituzione comunitaria e «comunità di diritto». Principi costituzionali supremi insuscettibili di revisione, nella giurisprudenza comunitaria: principio di autonomia dell'ente comunitario, principio del primato del diritto comunitario, principi di solidarietà cooperazione e integrazione, principio di garanzia giurisdizionale del diritto. - 1.1. Conseguente configurazione della questione sulla competenza penale: l'attuazione del diritto tramite la forza degli Stati membri e il ruolo «esecutivo» degli Stati stessi; il nodo principale: la creazione comunitaria del binomio illecito/sanzione punitiva; rilievo sul momento applicativo ed esecutivo di norme sanzionatorie comunitarie; competenza sanzionatoria indipendente e competenza sanzionatoria dipendente. - 2. Nascita della pena nel diritto comunitario? Obblighi comunitari di penalizzazione posti agli Stati membri, legittimazione comunitaria della pena e principio comunitario di penalizzazione nel caso «*malis græco*» (CGCE, 21 settembre 1989, 68/88) e in successivi sviluppi giurisprudenziali. - 3. Ulteriori indicazioni di dati che suscitano la questione sull'attribuzione di competenza penale alla Comunità; la sanzione punitiva tra competenze esplicite e competenze implicite; il principio di limitata attribuzione delle competenze nel processo di determinazione della competenza comunitaria; insistenza di un principio generale di legalità-determinatezza delle attribuzioni di competenza alla Comunità europea; il principio di sussidiarietà dell'azione comunitaria; meccanismi estensivi della competenza. 3.1. L'art. 235 T.C.E. 3.2. I poteri impliciti. 3.3. Il principio dell'effetto utile. - 4. Riconfronto di elementi testuali, tra significati negativi e significati affermativi di competenze penali. 4.1. L'art. 172 T.C.E. e suoi rapporti con altre disposizioni ove sono menzionati poteri sanzionatori: principio di enumerazione o principio di non enumerazione dei casi da sanzionare e dei mezzi sanzionatori? 4.2. La competenza ad adottare le misure necessarie (art. 40, par. 3 T.C.E.) o tutti i regolamenti o direttive «utili» (art. 87, par. 1 T.C.E.); l'irrelevanza dell'art. 87, par. 2 T.C.E. in quanto «previsione espressa» di competenze punitive, nel senso esclusivo di altre competenze del genere: il caso RFT/Commissione (CGCE, 27 feb-

braio 1992, 240/90). 4.3. Configurabilità della Corte di Giustizia (e del Tribunale di primo grado) quale organo giudiziario penale comunitario (art. 172 T.CE). 4.4. I limiti posti all'esecutività di certi atti comunitari (art. 192 e 187 T.CE) non rappresentano preclusioni a sanzioni comunitarie penali.

I dati finora esposti acquisiscono peculiare valore nella dimensione squisitamente giuridica propria dell'impianto comunitario, concepito fin dall'origine come «comunità di diritto»⁽¹⁾. Questa concezione si inquadra nella considerazione dei trattati istitutivi e delle successive modificazioni come una «costituzione».

L'impegno di modelli teorici costituzionali si è delineato sin dai primi commenti, ha trovato costante riproposizione⁽²⁾ ed è stato immediatamente accolto anche in ambito penalistico⁽³⁾. Ricerche la

(1) Cfr. HALLSTEIN, *Intervention*, 250 ss.; «La Communauté n'a pas d'infrastucture administrative, pas de pouvoir direct de coercion, pas d'armée, et pas de police. Son unique instrument, sa seule arme, c'est le droit qu'elle fixe»; TRABUCCHI, *Per una visione sistematica del diritto comunitario*, 4; «organizzazione di diritto». In giurisprudenza, testualmente, p.es. CGCE 15 febbraio 1963, 26/62, Van Gend & Loos, in *Raccolta*, 1963, 1; CGCE, 23 aprile 1986, 274/83, Les Verts/Parlamento, ivi, 1986, 1365.

(2) Cfr. CASSESE S., *La Costituzione europea*, 487 ss. (con essenziale ma ricca bibliografia). Cfr. pure, quali punti di partenza per una ricognizione dell'amplessa produzione e problematica sul tema, MONACO, *L'interpretazione*, 81; HABERLE, *Gemeinschaftsrecht*, 261; MANCINI, *The making of a Constitution for Europe*, 595 ss.; TEMPLE LANG, *The development of European Community Constitutional Law*, 455 ss.; FROEHN, *Verfassungsspektiven der Europäischen Gemeinschaft*, 63; OBRADOVIC, *Community Law and the Doctrine of Dissolvable Sovereignty*, 1 ss.; CURTIN, *The constitutional structure of the Union a Europe of bits and pieces*, 17 ss.; SCHWABE J., *Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz als Ordnungspostulate der Europäischen Gemeinschaft*, 529; BEUNINK-MEIJER, *The Influence of Court of Justice Case Law on National Procedural Law*, 106 ss.; LENAERTS, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, 205 ss.; IPSER, *Europäische Verfassung - Nationale Verfassung*, 195 ss.; BENNETT, *The Legal Reasoning*, 41 ss. e *passim*; HAHN, *Der Vertrag von Maastricht*, *passim*.

Un recente, ampio quadro dei possibili significati del modello costituzionale in genere può trovarsi in SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*.

(3) Cfr. JESCHKE, *Die Strafgesetze*, (sostanzialmente) PASSCH, *Der strafrechtliche Schutz der überstaatlichen Hoheitsgewalt*, 163, 168 e *passim*. Cfr. pure

competenza penale-potestà punitiva comunitaria nei Trattati comunitari è un imprescindibile momento della verifica concernente l'esistenza di un processo di istituzionalizzazione comunitaria della sanzione punitiva⁽⁴⁾. Questa verifica non muove da presupposti diversi da quelli che presiedono alla ricerca del fondamento del potere punitivo statale: tale potere, infatti, non è mera risultante di una astratta ed esclusiva sovranità spettante allo Stato, ma discende da attribuzioni di contenuto giuridico sostanziale che trovano espressione nella Costituzione⁽⁵⁾, dalle attribuzioni di competenze a centri istituzionali ai quali sono distribuite funzioni normative, esecutive e di controllo.

1. Il diritto comunitario ha ormai sfruttato le più significanti potenzialità della considerazione dei trattati istitutivi come una costituzione. L'individuazione di una Costituzione europea si realizza nel senso che gli ordinamenti giuridici nazionali dei paesi che aderiscono alle Comunità europee sarebbero parte di un ordinamento unitario che avrebbe una Costituzione inresa sia come assetto costituzionale di tipo sostanziale o materiale, sia nel significato formale⁽⁶⁾.

La Corte di Giustizia usa l'espressione «Carta costituzionale» riferita alla «comunità di diritto»⁽⁷⁾. La Corte rende a riconoscere l'esi-

GRUTZNER, *Schritte auf dem Wege zu einem Europäischen Strafrecht*, 152. RICAUX, *Sur la route du droit pénal européen*, 644.

(4) Cfr., su questi processi, BOBBIO, *Sanzione*, 539 (e al riguardo le precisazioni di D'AGOSTINO, *Sanzione*, 316).

(5) Cfr., per il particolare ambito penale, VASSALLI, *Potestà punitiva*, 793 ss. (tra l'altro, p. 795, primo periodo del primo cap. e nota 3, ult. cap.); PERAZZI, *Diritto penale*, 70; PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, 533 ss.; DE FRANCO, *Potestà punitiva*, 498 ss.; JESCHKE, *Lehrbuch*, 9 nota 3; KLOSSE, *«Das punitiv» und Grundgesetz*, 33 ss. Per una diversa concezione, BETTINI, *Diritto penale*, 186: «lo Stato per diritto di natura ha «diritto» a porre delle norme penali».

In generale, SILVERSTEIN, *Potestà dello Stato*, 710 s. riguardo alle norme che conferiscono poteri v., inoltre, GUSTINO, *Compelling and Non-Compelling Normative Formulations*, 45; ALLENZA-RUIZ MANERO, *Sulle regole che conferiscono poteri*.

(6) CASSESE S., *La Costituzione*, 487.

(7) CGCE 23 marzo 1993, 311/91, Weber/Parlamento europeo, in *Raccolta*, 1993, 1109; CGCE, 23 aprile 1986, 274/83, Les Verts/Parlamento, ivi, 1986,

scenza di limiti a modifiche costituzionali, dando così sempre maggior corpo alla c.d. autonomizzazione (costituzionalizzazione) dell'ordine giuridico comunitario rispetto a quello internazionale e a quello statale^(*). È stato ormai ravvisato un 'nocciolo duro', un c.d. «valore sovracostituzionale» (limite minimale; fondamento politico-filosofico) che porrebbe limiti formali e anche materiali alla revisione del T.C.E., in particolare per quanto concerne gli obiettivi (art. 2 e 3) e il sistema giurisdizionale che assicura l'autonomia dell'ordinamento comunitario (art. 164 T.C.E.); e, del resto, il Trattato di Maastricht tende a fissare un divieto di regresso (o principio del non ritorno) tramite l'annunzio dell'obiettivo di mantenere integralmente nonché sviluppare l'*acquis communautaire*, e del correlato divieto di revisione (art. N e B), così ribadendo il carattere rigido della costituzione sovranazionale (che ha proprie procedure di revisione e indica i soggetti competenti)^(*).

1365; nonché le Conclusioni dell'Avv. gen. Lagrange in causa 8/55, *Fédération (ivi)*, 1955/56).

Per quanto valga va rilevato che pure il Tribunale costituzionale tedesco (BVerfGE 22, 293, 296) ha riconosciuto che il T.C.E. rappresenta «gewissermaßen die Verfassung der Gemeinschaft». Sulla posizione del Tribunale costituzionale tedesco v. Capitoletto quinto, par. 2.2, nota 42.

(*) V. i pareri 1/91 e 1/92 resi dalla CGCE (rispettivamente, 14 dicembre 1991, in *Raccolta* 1991, 6079 ss.; 10 aprile 1992, *ivi*, 1992, 2825). Essi vengono paragonati alle pronunce delle corti costituzionali che ravvisano un nucleo essenziale non revisionabile delle costituzioni nazionali (DA CRUZ VILAÇA-PICARRA, *Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les communautés européennes?*, 3 ss. V. pure COSTANTINISCO, *Commentaire de l'avis 1/91*, 425; POZZATO, *Sistema giurisdizionale EFTA e Corte europea di giustizia*, 1991; e la nota di SCHERMERS in *Common Market Law Review*, 1992, 1004. Si rinvia al Capitoletto quinto per riferimenti di giurisprudenza costituzionale italiana).

(*) DA CRUZ VILAÇA-PICARRA, *Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les communautés européennes?*, 3 ss. Questi AA. concludono, anche sulla base di copiosa, esplicita giurisprudenza per l'esclusione dei principi generali del diritto internazionale convenzionale (Convenzione di Vienna, 23 maggio 1968) riguardo alla risoluzione e revisione (v., al riguardo, JACQUÉ, *Cours général de droit communautaire*, Collected Courses of the Academy of European Law, vol. 1, 273; WENNER MENG, in VON DER GRÖBEN-THIESING-BHELMANN (Hrsg.), *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 5843. Cfr. pure BALLARINO, *Lineamenti*, 220 ss.; EVERLING, *Sind die Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft noch Herren der Verträge?*, 89. Sul limite intangibile rispetto a revisioni, costituito dall'*acquis communautaire*, v. PESCATORE, *Aspects juridiques de l'acquis communautaire*, 618; CURTI

L'inserimento dell'obbligo di c.d. fedeltà o solidarietà o meglio cooperazione comunitaria (art. 5 T.C.E.) nel «nucleo duro» costituzionale sarebbe sufficiente ad esprimere compiutamente il senso dell'irreversibilità^(*). L'art. 5 T.C.E. fissa un dovere di obbedienza per il rispetto degli scopi, collegandosi tacitamente ma inequivocabilmente ad una fattispecie che contempla una situazione di crisi, di scarsa o perfino assente effettività^(*). L'irreversibilità, allora, nella dimensione di scopo, si sostanzierebbe nel principio costituzionale comunitario di «integrazione»^(*). L'art. 5 T.C.E. chiarisce, infatti, il senso precettivo per gli Stati (quali soggetti di diritto comunitario) delle indicazioni contenute nel Preambolo e ricavabili dal senso della decisione politica che anima l'istituzione come realtà essenzialmente dinamica il cui svolgimento e sviluppo va ben oltre la scansione delle varie tappe prefissate^(*).

Il diritto comunitario, tramite la Corte di giustizia, tende costantemente a relegare l'azione dei singoli Stati sotto i trattati, in nome dei poteri sovrani conferiti alla Comunità, e riduce ad unità il diritto comunitario e i diritti statali al primo subordinati. Su questo presupposto si sono affermati, tra l'altro, il principio dell'effetto diretto di disposizioni di trattati e di diritto comunitario derivato, il principio del primato del diritto comunitario sulle norme nazionali anche costituzionali.

GIARDINO, *Some reflections*, 1108). Ed escludono che accordi pur unanimi tra gli Stati, fuori delle procedure previste dal trattato, possano validamente modificarlo, prevalere su di esso, rimetterlo in causa non importa in che modo etc. Sui limiti alla revisione v., inoltre, CURTI GIARDINO, *Il trattato di Maastricht*, 35, 156 ss. *Ult. infra*, nota 17.

Piuttosto ambigua appare l'affermazione di LUCIANI (*La Costituzione italiana*, 561), secondo cui il processo di revisione costituzionale comunitaria «è eteronomo».

(*) DA CRUZ VILAÇA-PICARRA, *Y a-t-il des limites*, 34.

(*) Spunti, in generale, in BARATTA, *Ricerche su 'essere' e 'dover essere' nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, 47 nota 21.

(*) Su questo principio, IPSSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 198 ss. E v., puntualmente, GRASSO, *Comunità europee*, 2 nota 2 (con ult. ind.).

Sulle teorie del processo di integrazione fra gli Stati v. ATTINA, *Il sistema politico della Comunità Europea*, 61 ss. e *passim*.

(*) QUADRI, *sub art. 5*, 54 (I A), peraltro, muove nella prospettiva di considerare sempre gli Stati come soggetti di diritto internazionale, anche in riferimento all'art. 5 T.C.E.).

zionali, la conseguente inefficacia della norma interna incompatibile con quella comunitaria (non rilevando che la prima sia anteriore o posteriore rispetto alla seconda), norma interna che deve essere disapplicata dal giudice e dall'operatore giuridico interno in genere⁽¹⁴⁾. Nel diritto comunitario la Corte di giustizia rinviene criteri di valutazione della conformità o meno di un provvedimento interno con la norma comunitaria, e li fornisce al giudice interno cui compete tale valutazione⁽¹⁵⁾.

Ormai si è consolidato perfino il principio per cui lo Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario imputabili allo Stato stesso che, perciò, può essere chiamato dal cittadino davanti ai giudici nazionali (caso *Francovich*)⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Tra la copiosa giurisprudenza, si segnalano: CGCE, 5 febbraio 1963, 26/62, *N.V. Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend & Loos*/Amministrazione olandese delle imposte, in *Raccolta*, 1963, 3; CGCE, 15 luglio 1964, 6/64, *Costa/ENEL*, ivi, 1964, 1144, che ha riconosciuto come realizzata, da parte degli Stati, «una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia»; CGCE, 17 dicembre 1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, ivi, 1970, 1125; CGCE, 4 dicembre 1974, 41/74, *Van Duyn*, ivi, 1974, 1337; CGCE, 9 marzo 1978, 16/77, *Simmenthal*, ivi, 1978, 629; CGCE, 19 giugno 1990, 213/89, *Factortame Ltd*, ivi, 1990, 2433.

⁽¹⁵⁾ È noto che la procedura ex art. 177 T.C.E. concernente il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per l'interpretazione del diritto comunitario, in concreto consiste in un rinvio alla CGCE per la valutazione circa la conformità o meno di una norma interna con la norma comunitaria. La stessa Corte fornisce, infatti, al giudice nazionale «*quo elementis*» che gli consentono di decidere la causa pendente «soprattutto in merito alla eventuale incompatibilità tra norme interne e norme comunitarie» (CGCE, 3 ottobre 1985, 243/84, *Pubblico ministero/Prof. Fat*, in *Raccolta*, 1985, 100. Al riguardo DRAETTA, *Elementi di diritto comunitario*, 228). Per ulteriori indicazioni concernenti profili di rilevanza penalistica v. *infra*, Capitolo terzo, par. 5.1.

⁽¹⁶⁾ CGCE, 19 novembre 1991, 6 e 9/90, *Francovich e Bonifazi/Repubblica italiana*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1169 (con nota di CARAVITA, *La responsabilità oggettiva del pubblico potere per violazioni del diritto comunitario*). V. inoltre, la nota di ANTONIO DI FIORI, *Francovich e le frontiere del diritto europeo*, ivi, 1993, I, 1583), e in *Foro it.*, 1992, IV, 145, con note di BARONE-PADOUSI, *Il fatto illecito del legislatore*, e di PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*.

Sotto tutti questi profili, dunque, il diritto comunitario rafforza i suoi connotati di autonomia: esso ha fonti, norme, destinatari e strumenti interpretativi suoi propri, e ne fa strumenti di supremazia. Resta all'orizzonte la possibilità di apprezzare che il diritto comunitario derivi dal diritto internazionale, dato che il primo trova nel secondo le sue garanzie primarie, pur essendo fornito di un consistente apparato di garanzie secondarie⁽¹⁷⁾. Intanto, il principio esistenziale della volontà degli Stati di coprire la propria sovranità alla prevalenza del principio normativo, nonostante la costruzione dell'integrazione poggia tuttora sulla cooperazione intergovernativa⁽¹⁸⁾.

L'affermazione del principio, concernente un'ipotesi di mancata trasposizione di una direttiva, è avvenuta sulla scorta di due considerazioni: in primo luogo, che «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro», dato che «la possibilità di ottenere un risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora, come nella fattispecie, la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e di conseguenza i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario»; in secondo luogo, che, tra gli obblighi incombenti sugli Stati in forza dell'art. 5 T.C.E., vi è «quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario». V. *infra*, Capitolo terzo, par. 5.2, per sviluppi sul piano penalistico.

⁽¹⁷⁾ Sulla considerabilità sotto entrambi gli aspetti v. DRAETTA, *Elementi di diritto comunitario*, 187. V. anche *infra*, nota 111.

È opinione diffusa che il diritto comunitario difetti di originarietà, che nella realtà storica manchi un fatto normativo autonomo che possa sostituirsi alla volontà degli Stati nel conferire effettività al fenomeno comunitario – cui consegue, tra l'altro, che la concorde volontà degli Stati, pronunciando l'istituzione dei trattati, provoca l'istituzione del diritto medesimo – (per tutti, DURANTE, *Diritto comunitario*, 1171 ss. Ma v., per opportune precisazioni, BALLARINO, *Lineamenti*, 222 ss. Per l'ammissione di revisioni senza ricorrere alle previste procedure o a mezzo di norme costituzionali v. GALA, *Fonti comunitarie*, 437 ss.).

⁽¹⁸⁾ Per il rilievo prevalente e decisivo del principio esistenziale della volontà v. BALLARINO, *Lineamenti*, 10 s., il quale si richiama alla dottrina schmittiana (SCHMITT, *Le categorie del «politico»*, 247 ss.; Id., *Verfassungslehre*, 9 ss. Sul tema, anche per l'imprevedibilità dalla considerazione della norma, CARAVITA, *Il diritto tra forza e consenso*, 138 ss.). La contrapposizione tra «sovranzionalità normativa» (primato del diritto comunitario) e «sovranzionalità decisionale» (ruolo del

1.1. Nella dimensione della comunità concepita come comunità di diritto avente una propria Costituzione si avverte come irrilevante la circostanza che la Comunità, in ipotesi, non sia dotata immediatamente della «forza», di un potere di coercizione, se non, appunto, di quello degli Stati e dei relativi organi che la Comunità stessa sia normativamente in grado di attivare. Di conseguenza, interessa una potestà normativa in materia penale-sostanziale (materiale), che in ipotesi si dispieghi sul fulcro di una concreta attuazione del diritto e degli atti comunitari che avvenga tramite gli organi degli Stati membri considerati per eccellenza come organi esecutivi della comunità. Gli Stati stessi sarebbero a ciò, in generale, obbligati, sul piano comunitario, in forza dell'art. 5 T.C.E., dovendo impiegare gli opportuni strumenti legislativi, amministrativi, giurisdizionali⁽¹⁹⁾. A ciò si aggiunge l'applicabilità diretta e l'effetto diretto del diritto comunitario.

Sotto questi profili si affaccia il dubbio che una funzione servente dello Stato rispetto alla Comunità si realizzi sotto l'egida di un potere punitivo comunitario, l'uso della forza essendo così organizzabile anche a livello comunitario tramite il diritto comunitario⁽²⁰⁾. L'assenza di un compiuto apparato di ricerca e repressione delle infrazioni diverso da quelli degli Stati è piuttosto motivo dell'insorgenza della questione

sull'esistenza di competenze normativo-sanzionatorie comunitarie in campo penale, che non ragione di una soluzione in senso negativo⁽²¹⁾.

Così, dunque, il punto decisivo in discussione è la creazione-produzione normativa insistente sul binomio illecito/sanzione punitiva (*jurisdiction to prescribe, Rechtssetzungskompetenz*) — ciò che già baserebbe a costituire un «ordinamento penale»⁽²²⁾ —, e non tanto l'applicazione ed esecuzione (*jurisdiction to enforce, Verfolgungs- und Abhängungskompetenz*)⁽²³⁾. Perciò, in relazione alla questione sull'esistenza di competenze in tema di sanzioni punitive, assume rilievo secondario la distinzione tra competenze sanzionatorie c.d. indipendenti e competenze sanzionatorie c.d. non indipendenti: per le competenze sanzionatorie c.d. indipendenti (*centralized sanctions*) si incardinerebbe in capo alla Comunità l'intero ciclo creativo-applicativo della sanzione; diversamente, le competenze sanzionatorie c.d. non indipendenti porterebbero in ambito comunitario soltanto la fase creativa mentre l'applicazione spetterebbe agli (ad organi degli) Stati membri, — l'esecuzione comunque rimanendo affidata agli Stati stessi —⁽²⁴⁾. Non è, peraltro, escluso in ipotesi che queste competenze si colleghino a schemi di c.d. «gestione decentralizzata»⁽²⁵⁾, in cui potrebbe essere implicato il più generale modello di coesistenza delle funzioni, comprese quindi

Consiglio Europeo — cooperazione intergovernativa), è posta in luce da WETTER, *Il sistema comunitario europeo, passim*. Cfr., in prospettiva critica, e per la sottolineatura del ruolo giocato dalla Corte di Giustizia nella costruzione comunitaria, BILLARINO, *Lineamenti*, 67; e, per taluni altri rilievi di incongruenza, di recente, BOSCHI, *Il «ban funzionalismo del mercato comune»*, 203. V., inoltre, PALADIN (*Forma italiana di governo*, 405), il quale rileva che soprattutto Commissione Corte di Giustizia, tra le autorità comunitarie in genere, benché formate da Stati membri nel senso che ciascuno Stato designa i suoi componenti, operano pur sempre secondo logiche proprie.

⁽¹⁹⁾ Cfr. BILLARINO, *Lineamenti*, 180 ss., 186 ss.; Id., *Una duplice tutela per il cittadino comunitario*, 1407 ss.; BISCOTTINI, *Comunità europee e sovranità degli Stati*, 19; MOTZO, *Misure repressive e sanzioni amministrative nell'ordinamento della Comunità europea*, 294 ss., 307 ss. Per la negazione che gli apparati coercitivi degli Stati membri possano essere riguardati come elementi delle strutture comunitarie v. QUADRI, *sub art.* 192, 1434.

⁽²⁰⁾ Cfr., per la costruzione sottesa da una siffatta concezione, CATANIA, *Il diritto come organizzazione della forza*, in Id., *Il diritto tra forza e consenso*, 45 ss.; BOBBIO, *Diritto e forza*, in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, 119 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. BIANCARELLI, *L'ordine giuridico comunitario a-t-il compétence pour instituer des sanctions?*, 257 ss., e (come ivi riportato) IMMERMANS, *La sanction des infractions au droit communautaire*; SCHOCKWELLER, *La répression des infractions au droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour*, 3.

⁽²²⁾ V. i generali rilievi di BOSCARUOLI, *Compendio di diritto penale*, 33 s.

⁽²³⁾ Essenzialmente, per la distinzione, VOGEL, *Kompetenz zur Einführung supra-nationaler Sanktionen*, 172 e nota 10.

⁽²⁴⁾ Questa distinzione è ben delineata in VERVAELE, *Compétences in matière de sanctions*, 938 ss.

L'espressione *centralized sanctions*, indicata nel testo, è mutuata da BEN-GOETXEA, *The legal Reasoning of the European Court of Justice*, 24.

Utili indicazioni, in prospettiva comparatistica, per la costruzione di modelli organizzativi in cui la fase applicativa e esecutiva della sanzione è disciplinata a cura di un centro di imputazione diverso da quello cui spetta la fase creativa, possono trarsi dall'esperienza canadese, riguardo alla quale v. BOISVERT, *L'intégration du droit pénal: le modèle canadien, un exemple?*, 79 ss.

⁽²⁵⁾ SCHOCKWELLER, *La répression des infractions*, 3.

l'applicazione e l'esecuzione (della sanzione), per fini comunitari ⁽²⁶⁾.

Fatte queste precisazioni, si può ora iniziare ad illustrare come le menzionate basi normative del diritto comunitario, ritenute imprevedibili, sono state poste a fondamento della considerazione comunitaria del diritto penale.

2. Talune prese di posizione della Corte di giustizia sono rivolte, in forza dell'art. 5 T.C.E., ad una ricompressione dell'ambito penale nel giure comunitario.

Ciò si è affermato nella decisione nel caso c.d. «del mais greco (o iugoslavo)» ⁽²⁷⁾. Secondo la Corte di giustizia, gli Stati membri, qualora manchino specifiche previsioni comunitarie di sanzioni, devono perseguire con concreta adeguatezza «sotto il profilo sostanziale e procedurale» le violazioni del diritto comunitario, «in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza» (principio di assimilazione), e comunque in termini tali da conferire «alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva» (principio di strumentalità). E gli Stati stessi devono «vegliare» a che questi obiettivi si realizzino.

In questa prospettiva di «stimolo» nei confronti del diritto nazionale anche penale ⁽²⁸⁾, gli Stati sono tenui, all'occorrenza, non solo ad

⁽²⁶⁾ V., riguardo a questo modello, in generale, FRANCHINI, *La Commissione delle Comunità europee e le amministrazioni nazionali: dalla assistenza alla cooperazione*, 669 ss.; Id., *L'impatto dell'integrazione comunitaria sulle relazioni al vertice dell'amministrazione*, 775 ss.; CASSESE S., *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, 769 ss. Per l'ambito sanzionatorio, APPAL, *Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften zur Überwachung und sanktionsrechtlichen Ausgestaltung des Lebensmittelsrechts*, 187 ss.

⁽²⁷⁾ CGCE, 21 settembre 1989, 68/88, Commissione/Repubblica ellenica, in *Cassazione penale*, 1992, 1654, con nota di SALAZAR, e in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 570.

⁽²⁸⁾ DULMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, 55 s.; Id., *Dal codice penale*, 86 ss. Con il Trattato di Maastricht è stato espressamente imposto agli Stati membri di tutelare contro frodi gli interessi finanziari della CE alla stessa stregua dei propri omogenei (art. G, lett. D, n. 77 TUE, che inserisce nel T.C.E. l'art. 209 A). Nel settore finanziario si esprime, invece, la rivendicazione più attuale e manifesta di pretese della CE a contenuto penalmente rilevante, come l'art. 209 cit. che in tal

impiegare le norme penali incriminatrici di cui già dispongono, ma anche, se del caso, a crearne di nuove e far debitamente funzionare un apparato che ne assicuri anzitutto l'effetto general-preventivo. Come, infatti, la stessa Corte ha pure in seguito ribadito, l'art. 5 T.C.E. obbliga «gli Stati membri ad adottare tutte le misure, atte a garantire, se necessario anche penalmente, la portata e l'efficacia del diritto comunitario», e reciprocamente impone alle istituzioni comunitarie di collaborare localmente con gli Stati membri, e in particolare con le autorità giudiziarie penali incaricate di vigilare sull'applicazione e sul rispetto del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale ⁽²⁹⁾.

È comprensibile che la decisione «mais greco» ⁽³⁰⁾ sia stata intesa, non solo in ambito penalistico ma rispetto all'intero apparato normativo comunitario ⁽³¹⁾, come espressione di un progressivo affermarsi di una «svolta» nei rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale.

Novità per noi di più immediato rilievo è che la Corte ha chiaramente affermato un interesse alla penalizzazione che scaturisce dal trattato e si incardina in capo alla Comunità ⁽³²⁾. Più precisamente, la

senso rileva dato che gli Stati membri per il momento non rinunciano a reprimere tramite penale, e spesso piuttosto severamente, le violazioni dei propri interessi finanziari. Così, fino a che questa rimane la situazione concreta del diritto statale, per la fattispecie comunitaria sono costituiti obblighi di penalizzazione riferiti agli interessi comunitari. Cfr., anche per notizie sulle varie fasi di sviluppo del tema, e per l'affermazione che l'art. 209 A non fa che ribadire quanto già più in generale è stato affermato nella decisione c.d. del «mais greco», THEDEMANN, *Diritto comunitario*, 215. Peraltro, l'art. 209 A non giunge, come invece fa la Corte sulla base dell'art. 5 T.C.E., a fissare obblighi di penalizzazione secondo criteri che prescindono dall'esistenza di certo diritto penale statale.

⁽²⁹⁾ CGCE, 13 luglio 1990, 2/88, Zwartveld e altri, in *Raccolta*, 1990, 3365 (corrispo nostro. Parte rilevante della decisione è riportata *infra*, nota 35). Cfr., inoltre, CGCE, 10 marzo 1992, 38/90 e 151/90, Lomas, *ivi*, 1992, 1808.

⁽³⁰⁾ Per tutti, THEDEMANN, *Diritto comunitario*, 209 s.

⁽³¹⁾ Cfr. DUE, *Der Grundsatz der Gemeinschaften in der Europäischen Gemeinschaft nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofes*, 1 ss.

⁽³²⁾ Tale interesse già si era affacciato non solo in alcune elaborazioni teoriche, ma anche in precedenti pronunce della Corte comunitaria. Per una chiara dissimulazione sul punto v. BERNARDI, *«Principi di diritto»*, 158 s., 196 s., con riferimento alle sentenze della CGCE del 10 aprile 1984, nelle cause 14/83 (von Colson e Kaman) e 76/83 (Doris Harz/Deutsche Tradax GmbH), in *Raccolta*, 1984, rispettivamente 1891 e 1921.

Corte ha inequivocamente legittimato la pena quale strumento, eventualmente necessario, di garanzia della «portata» ed «efficacia» del diritto comunitario secondo criteri che quest'ultimo pone. Si è così affermato il principio comunitario di penalizzazione, che ben rappresenta la nascita della pena in diritto comunitario.

Di rilievo più generale è la novità per cui la Corte, sulla base dello scopo comunitario di tutela, ha inteso la relativa attuazione come giuridicamente necessaria in virtù soltanto della generica previsione dell'art. 5 T.C.E.; non sono stati invocati eventuali altri, più precisi obblighi previsti dal Trattato⁽³⁹⁾. Nel caso "mais grec" la Corte ha riconosciuto il vincolo per gli Stati all'impiego di determinati mezzi. Questo riconoscimento si è riflesso sulla pena. Il sindacato dell'effettività in concreto del potere sanzionatorio, anche penale-criminale, degli Stati membri (efficienza/efficacia delle norme sanzionatorie)⁽⁴⁰⁾ si realizza tramite l'accertamento, da parte della Corte di Giustizia, di violazioni dell'obbligo di c.d. fedeltà (cooperazione), desunte dall'art. 5 T.C.E.

Nella prospettiva della Corte di Giustizia, la individuazione della portata concreta dell'art. 5 T.C.E. sgorga, all'occorrenza, dall'opera dell'interprete, compresa la stessa Corte. Non pare escluso che l'attuazione dell'art. 5 T.C.E. in campo penalistico sfoci nell'indicazione vincolante di tipi penali-criminali, secondo il darsi della necessità politico-criminale apprezzata in sede comunitaria. L'art. 5 T.C.E., infatti, viene inquadrato nella dimensione della «comunità di diritto» per cui si è affermato di principio che né gli Stati né le istituzioni comunitarie possono sfuggire al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale costituita dal Trattato. Pertanto, tramite il menzionato art. 164 T.C.E., la Corte di giustizia «*deve poter garantire il controllo giurisdizionale sull'osservanza dell'obbligo di leale collaborazione*», e così perfino (deve poter) ammettere mezzi di ricorso innominati e

conseguenti, propri provvedimenti ingiuntivi altrettanto innominati⁽⁴¹⁾.

Ne discende che la scelta della sanzione rimane agli Stati nel limite senso che l'art. 5 T.C.E. non impone immediatamente specifiche sanzioni (né penali-amministrative né penali-criminali), come non le impongono certi regolamenti e direttive che obbligano gli Stati membri ad adottare le misure necessarie e a prevedere sanzioni per le violazioni⁽⁴²⁾; ma ciò implica soltanto che in astratto non è predeterminato un certo tipo di sanzione per un dato ambito di tutela, mentre però la determinazione può avvenire in concreto secondo criteri comunitari in riferimento allo svolgersi dei rapporti di vita all'interno delle singole realtà statali: infatti, la scelta statale è sindacabile⁽⁴³⁾ sia sotto il profilo

⁽³⁹⁾ Esemplare, a questo riguardo, la decisione resa da CCGCE, 13 luglio 1990, 2/88, Zwartveld e altri, in *Raccolta*, 1990, 3365 (corsivo nostro), con riferimento all'obbligo di leale collaborazione incombente sugli organi comunitari.

Nella specie, un giudice istruttore olandese procedeva all'istruttoria per falsi scritturelli (art. 225 codice penale olandese) commessi dal direttore e dai membri della direzione del mercato del pesce fresco di Lauwersoog, che avevano organizzato, in violazione delle norme sui contingenti di pesca, un mercato parallelo ai margini del mercato ufficiale. Il giudice aveva chiesto alla Corte sia di ingiungere alla Commissione di comunicargli certi rapporti ispettivi eseguiti dalla CE, sia di ingiungere o permettere che gli ispettori CE e altri funzionari CE fossero sentiti come testi. La Commissione si era opposta a tali richieste, deducendo sia l'incompetenza della Corte a provvedere — dato che, secondo la Commissione, il trattato prevedeva «in via tassativa» casi e modalità di ricorso alla Corte —, sia, nel merito, l'inviolabilità degli archivi CE e l'immunità dei funzionari e altri agenti CE (ex art. 2 e 12 del Protocollo sui privilegi e le immunità delle Comunità, 19 Statuto del personale CE). La Corte ha accolto le richieste del giudice interno.

⁽⁴⁰⁾ V. *infra*, Capitolo terzo, par. 6.2.

⁽⁴¹⁾ Cfr. CCGCE, 10 luglio 1990, 217/88, Commissione CE/Repubblica Federale di Germania, in *Raccolta*, 1990, 2879 ss., punti 14-16, 26: «pur se l'art. 64, n. 1, del regolamento n. 337/79 non impone esplicitamente agli Stati membri di far ricorso a provvedimenti coercitivi nazionali, tuttavia tale obbligo discende manifestamente dal dovere, imposto agli Stati membri da detta disposizione, di adottare le misure necessarie per garantire l'osservanza delle disposizioni comunitarie nel settore vitivinicolo», a prescindere dal fatto che dette misure siano già previste dal diritto nazionale ovvero debbano esservi introdotte.

⁽⁴²⁾ Cfr. COSTANTINESCO, *Nota a CCGCE*, 21 settembre 1989, 68/88], 453.

⁽⁴³⁾ Sul ruolo dell'effettività in ambito penalistico v. PALFREY, *Il principio di effettività nel diritto penale*, 430 ss.; e, in diversa prospettiva, PATRONO, *Diritto penale dell'impresa*, 109 ss.

La Repubblica federale di Germania obietta anzitutto che l'art. 64, n. 1, del regolamento n. 337/79 non rappresenta un fondamento giuridico sufficientemente

della omessa assimilazione della tutela dei beni giuridici comunitari a quella dei beni giuridici nazionali di pari importanza, sia sotto i profili connessi al principio di strumentalità (effettività, proporzionalità, capacità dissuasiva) ⁽³⁹⁾.

Non si tratta (più), quindi, solo di un obbligo c.d. di risultato ⁽⁴⁰⁾ per il quale rimanga piena la facoltà dello Stato membro di scegliere i provvedimenti che lo Stato stesso ritenga più idonei, tra i quali se del caso le sanzioni penali, insindacabilmente ⁽⁴¹⁾. E, invece, anche e so-

chiato e preciso per l'adozione di provvedimenti nazionali coercitivi. Questo argomento non può essere accolto. Imponendo agli Stati membri di far ricorso alle «misure necessarie per garantire l'osservanza delle disposizioni comunitarie nel settore vitivinicolo», l'art. 64, n. 1, del regolamento n. 337/79 di per sé stesso esige che gli Stati adottino nel loro ordinamento interno tutti i provvedimenti di legge, di regolamento o di portata individuale necessari per l'effettiva esecuzione della distillazione obbligatoria.

... uno Stato membro non può eccepire disposizioni, prassi o situazioni del proprio ordinamento giuridico interno onde giustificare l'inosservanza degli obblighi impostigli dal diritto comunitario ⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ Direttamente, TESKE (*Die Sanktion*, 275 s.) considera soltanto le esigenze di assimilazione.

⁽⁴⁰⁾ PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, 618. Conf. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, 151. Ma v. quanto lo stesso PEDRAZZI (*Il ravvicinamento*, 470) in precedenza osservava circa la contrapposizione tra mezzi e risultati: «regge nei limiti in cui più mezzi si offrano come fungibili, vale a dire come idonei, in misura all'incirca pari, al conseguimento di uno stesso risultato. Fuori da questa ipotesi ben circoscritta, la variazione del mezzo induce una variazione nel risultato, per cui il vincolo del risultato non può non essersi al mezzo». V., al riguardo, per riflessioni analoghe in tema di direttive dettagliate, GRASSO, *Comunità europea*, 195 (con richiamo di CAPELLI, *Le direttive*, 153).

⁽⁴¹⁾ Cfr. CGCE, 2 febbraio 1976, causa 50/76, Amsterdam Bulb B.V./Produktschap voor Sieregewassen, in *Raccolla*, 1977, 149, laddove, peraltro, era presupposta una normativa comunitaria regolamentare che non prevedeva sanzioni a carico dei singoli. Si poneva la questione se gli Stati membri avessero facoltà di emanare disposizioni in nessun modo contemplate in detta normativa, e in particolare se potessero prevedere, come avevano previsto, sanzioni penali. La Corte ha così risposto: «Per quanto concerne le norme interne che comportano sanzioni per le infrazioni ai regolamenti comunitari, va constatato che questi, pur vietando l'esportazione nei paesi terzi dei prodotti di cui trattasi che non siano conformi alle norme comunitarie in materia di qualità, non stabiliscono sanzioni a carico dei singoli che infrangano tale divieto».

prattutto un obbligo di impiegare individuabili mezzi ⁽⁴³⁾ individuati se del caso dalla Comunità, compresa la Corte di giustizia, e non dallo Stato.

Pare chiaro che, in base alla decisione in esame, non residua comunque per il legislatore nazionale la pregorativa autonomia di valutare se una determinata cominatoria sia sufficientemente efficace ed intimidativa ⁽⁴⁴⁾. La Corte, al contrario, pretende proprio di pronunciarsi su una siffatta sufficienza ⁽⁴⁵⁾ ragion per cui si propone l'eventualità di sanzioni penali.

L'art. 5 del trattato, facendo obbligo agli Stati membri di emanare qualsiasi provvedimento di carattere generale e particolare atto a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dagli atti delle istituzioni della Comunità, conferisce a ciascuno di essi la facoltà di scegliere i provvedimenti idonei, ivi comprese le sanzioni, anche penali.

Si deve pertanto rispondere al giudice nazionale che qualora la normativa comunitaria non commini sanzioni particolari a carico dei singoli che non si conformino a quanto da essa disposto, gli Stati membri hanno la facoltà di stabilire le sanzioni che ritengano opportune.

Il caso, dunque, non concerneva la questione se fossero inidonei ipotesi in cui la soluzione «penale» potesse dirsi obbligatoria, né, tanto meno, concerneva la questione se la Comunità avesse il potere di fissare da sé sanzioni penali. Non si vede come la sentenza possa dirsi negativa in punto di spettanza del diritto penale alla Comunità (come al contrario ritiene DEUMAS-MARTY, *Dal codice penale*, 86). Per un caso analogo, in cui era in questione l'estensione dei poteri penali c.d. «delegati» spettanti agli Stati membri, v. CGCE, 10 luglio 1990, *Anklagenmyndigheten/Hansen*, in *Raccolla*, 1990, 2911 (cfr. le conclusioni dell'A.G. Van Gerven).

⁽⁴³⁾ Riconosce questa conseguenza dell'art. 5 Trattato CEE (oltre che dell'art. 86 Tratt. CEECA e dell'art. 192 Tratt. EURATOM) SCHUB, *Diritto penale comunitario*, 1227. V. pure GRASSO G., *Comunità europea*, 172, che evidenzia il carattere cogente dell'art. 5 T.CE quanto ai provvedimenti che garantiscono l'adempimento degli obblighi comunitari.

⁽⁴⁴⁾ V., per una impostazione parzialmente diversa, TIEDEMANN, *Diritto*, 216. Cfr. HUGGER, *The European Community's Competence to Prescribe National Criminal Sanctions*, 247 s.

⁽⁴⁵⁾ Allo stesso modo va intesa la decisione in cui la CGCE ha affermato che «né l'art. 5 del Trattato, né l'art. 17, n. 1, del reg. n. 3820/85 obbligano uno Stato membro ad introdurre nel proprio diritto nazionale un sistema penale specifico, quale la responsabilità penale delle persone giuridiche, onde garantire l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'art. 15 del regolamento» (2 ottobre 1991, 7/90, *Vandewen*, in *Raccolla*, 1991, 4383, punto 12 in motivazione). Ciò vale, infatti, sul duplice presupposto: 1) che «qualora un regolamento comunitario non contenga alcuna disposizione specifica che preveda una sanzione in caso di trasgressione, ma

realità che la deterrenza delle sanzioni penali nazionali sia da valutare secondo canoni comunitari ⁽⁴⁷⁾ che possono giungere fino al punto di non lasciare alcuna libertà di scelta agli Stati ⁽⁴⁸⁾.

Così, la Corte trova nel diritto comunitario criteri di giudizio dell'idoneità dello strumento penale.

Altre pronunzie mostrano che la Corte rinviene criteri comunitari rivolti all'individuazione della necessità di ulteriori, diverse prestazioni imposte agli Stati in aggiunta a quella penale ⁽⁴⁹⁾. Inoltre, la Corte giu-

stifica, al riguardo, alle disposizioni nazionali, gli Stati membri conservano un potere discrezionale quanto alla scelta delle sanzioni; II) che «Tuttavia, in conformità all'art. 5 del Trattato CEE, che impone agli Stati membri di adottare tutti i provvedimenti atti a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario, essi devono vegliare a che le violazioni di un regolamento comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo» (punto 11).

Pertanto, è (soltanto) «possibile che uno stato membro rispetti detti obblighi, pur scegliendo di non istituire una responsabilità penale oggettiva in capo all'im- presa».

È indubbio, in base a questa decisione, che la Corte di Giustizia potrebbe sindacare la mancanza di previsione, da parte di uno Stato, di forme di responsabilità penale delle persone giuridiche, qualora le ritenga necessarie al conseguimento dei dati scopi. Inoltre, non è escluso che legislazione comunitaria derivata comporti l'obbligo di introdurre forme di responsabilità del genere (diversamente, nel senso che è lasciata ampia libertà di intervento al singolo Stato, LANZI, *La Corte di Giustizia e la libertà di scelta del legislatore nazionale in tema di intervento sanzionatorio, responsabilità penale delle persone giuridiche e responsabilità penale oggettiva*, 1349).

⁽⁴⁷⁾ Puntualmente, SCHEL, *Diritto penale-finanziario austriaco, Spazio Economico Europeo e Comunità europea*, 949.

⁽⁴⁸⁾ FRANCE, *The Influence*, 349; DOORENBOS, *EG-recht en strafwetgeving*, 1041 ss.

⁽⁴⁹⁾ Cfr., per il caso in cui, oltre alla repressione penale, sia necessaria, ex art. 5 T.C.E., un'azione di diritto amministrativo, tributario o civile, la decisione 14 luglio 1994, 352/92, *Malcherwerke Köln/Wuppertal* cG, in *Raccolta*, 1994, 3400 (e in particolare le conclusioni dell'A.G. Van Gerven, ivi, 3396 s.).

In un altro caso, la Corte non ha ritenuto sufficiente lo strumento penale messo in campo da uno Stato membro, rispetto all'esigenza di effettività nel conseguimento degli obiettivi comunitari perseguiti con direttiva (CGCE, 28 febbraio 1991, 360/87, Commissione CE/Repubblica italiana, ivi, 1991, 812). Nell'occasione,

dica se le tecniche di tutela penale impiegate da uno Stato membro possano essere sostituite da altre, pur sempre penali, che la stessa Corte reputa, diversamente dallo Stato membro, conformi al diritto comunitario ⁽⁵⁰⁾. E finisce, la Corte, persino col pronunciarsi sul consentito/precritto grado della c.d. anticipazione di tutela penale ⁽⁵¹⁾.

ne, la Corte decideva in tema di inquinamento da scarichi nelle acque, in relazione ad obblighi derivanti da direttiva (80/68/CEE), e in particolare all'obbligo per gli Stati di vigilare sull'osservanza di tutte le condizioni prescritte dalle autorizzazioni rilasciate nonché su tutti gli effetti degli scarichi sulle acque sotterranee (art. 13). Secondo la Corte, la normativa italiana, «pur istituendo una figura generale di reato, diretta a sanzionare l'inosservanza delle condizioni prescritte dalle autorizzazioni rilasciate», «omette di prescrivere un controllo specifico sull'osservanza di queste condizioni né prevede controlli sugli effetti degli scarichi sulle acque sotterranee».

⁽⁵⁰⁾ Cfr. CGCE, 23 febbraio 1995, 358/93 e 416/93, *Bordessa e a.*, non ancora pubblicata in *Raccolta* (ma v. il Bollettino CGCE, n. 5/95, 3 ss. Al testo ivi pubblicato facciano riferimento), *Raccolta*, 1995, I, 361.

Il quesito (pregiudiziale) concerneva gli artt. 1 e 4 della direttiva 88/361/CEE (l'art. 1 cit. ha liberalizzato i movimenti di capitali; l'art. 4 prevede la possibilità per gli Stati di adottare misure indispensabili per impedire infrazioni alle norme interne, specialmente in materia fiscale o ai fini di una sorveglianza cautelare degli istituti finanziari, o di stabilire procedure di dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica). Era stato chiesto se detti articoli ostassero a che l'esportazione di monete, biglietti di banca ovvero assegnati al portatore fosse subordinata ad una autorizzazione previa ovvero ad una dichiarazione previa (a seconda dell'entità della somma) così come era stato previsto da leggi spagnole che comminavano sanzioni penali per l'inosservanza delle relative disposizioni. Il governo spagnolo aveva affermato la necessità di approntare un sistema punitivo incentrato (anche) sull'autorizzazione previa, sostenendo che solo un siffatto sistema avrebbe consentito una «qualificazione in termini penalistici dell'infrazione e la conseguente irrogazione di sanzioni penali». La Corte ha respinto l'argomentazione, in base, tra l'altro, al rilievo che il governo spagnolo, per quelle stesse ipotesi, non aveva «sufficientemente dimostrato l'impossibilità di comminare sanzioni penali in caso di omissione di dichiarazione previa». V. anche, tra altre, la decisione in causa *Levy*, 212/88, riportata *infra*, Capitolo terzo, nota 97.

⁽⁵¹⁾ CGCE, 8 ottobre 1992, 143/91, *Procédure pénale/Leendert van der Tas*, in *Raccolta*, 1992, 5060. Era in questione un divieto di detenzione di animali ai quali fosse stata somministrata una qualsiasi sostanza ad effetto estrogeno, androgeno, gestageno o tireostatico, divieto penalmente sanzionato nei Paesi Bassi. La Corte ha ritenuto che lo strumento penale impiegato dallo Stato membro in un

Il diritto comunitario, dunque, tramite la Corte di giustizia, relega sotto i trattati, in nome dei poteri sovrani conferiti alla Comunità, l'azione dei singoli Stati in campo penale, e pretende di gestire la pena. Resta da vedere se in questo campo si dispieghino tutte le altre potenzialità del diritto comunitario. Ma già deve notarsi che l'apertura comunitaria alla dimensione di tutela sanzionatoria, anche penale, implica che la considerazione degli individui non comporti più soltanto l'effetto di liberalizzazione che ha caratterizzato i primi sviluppi del diritto comunitario, e anzi a porsi, invece, nel fuoco dell'effetto repressivo, sempre però in vista dell'attuazione di finalità comunitarie.

3. Alcuni enunciati del Trattato aventi significato attributivo di competenza normativa sono suscettibili di essere intesi almeno *prima facie* come comprensivi, tra l'altro, di competenze penali degli organi comunitari, competenze esercitabili, in particolare, tramite regolamenti oltre che direttive. È nel generico tenore letterale delle formulazioni partitiche, improntate spesso dalla quasi esclusiva rilevanza della «necessità» o «utilità» dell'azione comunitaria rispetto a dati scopi, che troverebbe spazio, in ipotesi, la competenza penale comunitaria come competenza da ritenersi esplicita anche se non nominata (v. p.es., artt. 6, 40; 75 e 79; 87; 100 e 100A; 172; 235 T.C.E. ⁽⁹⁾). E, sempre a prima

visione, settore regolato da direttive ispirate alla tutela della salute del consumatore costerebbe non solo espressione della scelta delle forme e dei mezzi di perseguimento degli obiettivi assunti in direttiva, ma anche misura d'esecuzione dell'obbligo generale, incombente sugli Stati membri ex art. 189 T.C.E., di prendere tutte le misure necessarie a mandare ad effetto le direttive medesime. La Corte ha giudicato «efficace» la misura introdotta dai Paesi Bassi, rispetto all'obiettivo comunitario di vietare la somministrazione di dette sostanze.

Si vedano i rilievi, di vario ordine, formulati dall'A.G. Lenz nelle sue conclusioni, dai quali emergono taluni profili problematici dei reati cd. ostacolo (riguardo ai quali si rinvia, per riassuntive considerazioni, a ROMANO, *Commentario*, 298 ss.).

⁽⁹⁾ L'art. 6 (già 7) T.C.E., vietando ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità, autorizza il Consiglio a «stabilire tutte le regolamentazioni intese a vietare tali discriminazioni».

L'art. 40, co. 3, T.C.E., nel settore agrario, per l'organizzazione comune dei mercati agricoli, ammette «tutte le misure necessarie al raggiungimento degli

vista, ulteriori incoraggi sono rinvenibili in tutte quelle estensioni di competenza che sotto vario nome rispondono all'orientamento verso lo scopo e secondo necessità dei poteri normativi comunitari previsti nei campi segnati (*implied powers*, *ancillary powers*, *Annexkompetenz* etc.), cioè le competenze implicite.

Conviene subito illustrare come si siano affermati in diritto comu-

nicativi definiti dall'articolo 359, cioè tutte le misure necessarie a dare finalità alla politica agricola comune. Tra queste ultime compaiono, tra l'altro, produzioni razionalmente sviluppata, progresso tecnico, migliore impiego dei fattori di produzione, tenore di vita equo per la popolazione agricola, stabilizzazione dei mercati, sicurezza degli approvvigionamenti, ragionevolezza dei prezzi (art. 39 T.C.E. ⁽¹⁰⁾). Per l'attuazione anche tramite previsioni sanzionatorie, reg. CEE n. 3007/84 come mod. dal reg. CEE n. 1260/90 del 11 maggio 1990 (GUCE L 124 del 15 maggio 1990); reg. CEE n. 3813/89 come mod. dal reg. CEE n. 1279/90 del 15 maggio 1990 (GUCE L 126 del 16 maggio 1990); reg. CEE n. 1164/89 del 24 aprile 1989; reg. CEE n. 714/89 del 20 marzo 1989).

L'art. 75 co. 1 lettere c e d (già c) e l'art. 79 co. 3 T.C.E., in tema di politica comune dei trasporti rispettivamente prevedono l'adozione delle «misure atte a migliorare la sicurezza del trasporto», «ogni altra utile disposizione» — utile cioè alla politica comune —, e «una regolamentazione intesa a garantire l'attuazione» dell'obiettivo di abolire discriminazioni nei prezzi e condizioni di trasporto [Per l'attuazione tramite disposizioni sanzionatorie v. reg. CEE n. 111/60 del 27 giugno 1960 (GUCE n. 60 del 16 agosto 1960); reg. CEE n. 1017/68 del 19 luglio 1968 (GUCE L 175 del 23 luglio 1968). E cfr. pure reg. CEE n. 4056/86 (GUCE L 378 del 31 dicembre 1986) e reg. CEE n. 3975/87 (GUCE L 374 del 31 dicembre 1987)].

L'art. 87 T.C.E., al co. 1, in tema di tutela della concorrenza, assegna al Consiglio la potestà di stabilire «tutti regolamenti o le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 85 e 86 [regole di concorrenza], e al co. 2 precisa che tali disposizioni hanno in particolare lo scopo di «garantire l'osservanza dei divieti di cui all'articolo 85, paragrafo 1, e all'articolo 86, comma 1, relative alle imprese che tendono a limitare la produzione, la distribuzione o le vendite di merci» (Per l'attuazione tramite previsioni sanzionatorie di ammesse e penali di mora) (Per l'attuazione tramite previsioni sanzionatorie v. p.es. il regolamento CEE n. 17/62 del 6 febbraio 1962 e succ. mod.).

L'art. 100 e 100A T.C.E. contemplano poteri di ravvicinamento (armonizzazione) delle legislazioni nazionali, tramite direttive e regolamenti;

L'art. 172 T.C.E. contempla l'ipotesi di assegnazione alla Corte di giustizia tramite certi regolamenti della giurisdizione piena concernente sanzioni previste dai regolamenti stessi;

L'art. 235 T.C.E. contiene l'attribuzione di poteri d'azione normativa altrove non previsti, per il buon funzionamento del mercato comune e in caso di necessità.

niario criteri generali 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 alle «politiche» di interesse comunitario e perciò la Comunità se ne occupa a buon diritto. In seguito si potrà valutare se questi criteri che rinforzano la plausibilità della nostra ipotesi di lavoro siano davvero utilizzabili per la costruzione di competenze penali comunitarie.

In via di principio, secondo quanto comunemente si afferma, le istituzioni comunitarie esercitano esclusivamente competenze che sono loro attribuite secondo norme che prevedono limitare attribuzioni, vale a dire competenze contemplate dai Trattati istitutivi, competenze specifiche, nominate, enumerate nel senso che sarebbe delineato tassativamente e in modo determinato un quadro di ripartizione dei compiti tra Stati e Comunità (*competences d'attribution, Prinzip der begrenzten Einzelfachweisung, enumerated powers*).

Accanto a queste competenze, tuttavia, fin dall'origine si sono affermate in funzione estensiva, consolidandosi anche e soprattutto tramite pronunce della Corte di giustizia, competenze c.d. non espressamente contemplate, non nominate, non scritte ⁽⁹⁸⁾.

Tale estensione arriva a tal punto che un'astratta nozione di competenza d'attribuzione finisce per valere soltanto in modo «formale» e più precisamente nel senso che vi è un testo che ha il compito di segnare la ripartizione; dal resto, tramite l'interpretazione, si ricavano le competenze, tenendo conto delle spesso ampie enunciazioni, esplicite o implicite, di scopi e obiettivi, delle talvolta pure ampie enunciazioni di campi d'azione ⁽⁹⁹⁾, e nei limiti scolpiti da tipi d'azione e relative modalità descritti talvolta genericamente.

⁽⁹⁸⁾ LOUIS, *L'ordinamento*, 10; WELLER, *Il sistema comunitario europeo*, 32 s., 113 ss. e passim; MENGOTZ, *European Community Law*, 57 s.; RADE, *Europäische Gesetzgebung – das unbekannte Wesen*, 2; BALLARINO, *Lineamenti*, 87; HARTLEY, *The Foundations*, 102; ROSSI, *Il nuovo funzionamento del mercato comune. Dettaglio dei poteri fra CEE e Stati membri*, passim; TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali della Comunità europea*, 139; KAUSSE, *Das Prinzip begrenzter Ermächtigung*, passim.

⁽⁹⁹⁾ Cfr., anche per una analitica disamina dei criteri interpretativi alienati – criterio teleologico, e quindi (criterio) funzionale e (criterio) «conseguenziale» –, BENCOFFER, *The Legal Reasoning*, 251 ss.

Pertanto, è ovvio il significato del principio della limitata attribuzione delle competenze, cioè che le istituzioni comunitarie si attivano soltanto quando è loro consentito ⁽¹⁰⁰⁾, che non esiste una competenza generale – la Comunità non è provvista di poteri e funzioni generali ⁽¹⁰¹⁾ –, e tanto meno una competenza a creare competenze. Il problema, però, sta nell'individuare le ipotesi in cui competenza comunitaria vi è, mentre il testo manifesta l'elasticità dei confini che è in grado di porre. Allora, si pone la questione se esista o no un generale principio di tassatività-determinatezza delle fattispecie attributive di competenza.

In senso affermativo non depongono le norme che stanno a fondamento del principio di attribuzione di competenze (art. E ed art. 3 Bco. 1, TUE ⁽¹⁰²⁾; art. 4, co. 1, ed art. 189, co. 1 TCE). Si può ben cogliere come negli articoli menzionati venga stabilito che l'estensione dei poteri degli organi comunitari si regola secondo le attribuzioni contenute nel trattato, senza che sia detto qual è l'estensione medesima e nemmeno, soprattutto, se certi modelli interpretativi siano esclusi.

Pertanto, modelli coincidenti con quelli comunemente impiegati in ambito penale e facenti capo a tradizionali concezioni del principio di stretta legalità non si attraggono, in generale, al giure comunitario, e non hanno quindi senso immediati appelli all'inesistenza di espressioni attribuzioni di competenza in ambito penale ⁽¹⁰³⁾, fino a che non si di-

⁽¹⁰⁰⁾ BOHM, *Kompetenzabgrenzung*, 415 (sottinteso Selbstverständlichkeit).

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. BALLARINO, *Lineamenti*, 292 s.; MENGOTZ, *Il diritto della Comunità europea*, 63.

⁽¹⁰²⁾ Si noti, incidentalmente, che l'art. F, co. 3, TUE non pare in grado di attribuire competenze, nel senso che non costituisce riconoscimento di un potere di auto-attribuzione di competenze in capo all'Unione (sul punto si vedano le considerazioni del Tribunale costituzionale tedesco nella decisione del 12 ottobre 1993, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1993, 674 ss. Diversamente, nel senso di ravvivare nell'art. F in esame una base «for the requirement of criminal sanction», FRANCK, *The Influence*, 357.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. OHLER, *L'importanza del diritto penale economico nella nuova Europa*, 29, il quale dà, invece, importanza al mancato reperimento di una esplicita attribuzione; conl. Id., *Der europäische Binnenmarkt*, 561 ss. V. anche ZIEBERG, *Der Vertrag*, 762; MEZZETTI, *La tutela penale*, 214, il quale ritiene che in tema di sanzioni «il disegno del Trattato» sia chiaramente orientato ad una loro previsione tassativa; PEDRAZZI, *Droit comunitaire*, 51.

mostri l'esistenza nell'ordinamento comunitario di una norma che prescrive che certe attribuzioni di competenza, quella penale per quanto qui interessa, devono essere espresse (o si appellino altre ragioni di interpretazione restrittivo-negativa). Insomma, non è dato di ripetere questa norma nella disciplina generale delle attribuzioni di competenza; vi è soltanto, enunciato in via generale, un generico principio di legalità-positività (*lex scripta*), cui corrisponde una generale esigenza di delimitazione che lo stesso scopo di segnare la ripartizione esprime.

È convinzione diffusa che le amplissime finalità del trattato non potevano formare oggetto di una regolamentazione dettagliata stabilita una volta per tutte, e che pertanto i trattati istitutivi si limitano a porre dei principi e degli orientamenti generali: ciò vale a spiegare non soltanto perché sia dato un potere normativo a certi organi — per l'attuazione progressiva dell'ente ⁽⁷⁹⁾, ovvero degli scopi per cui questo esiste ⁽⁸⁰⁾ —, ma anche e anzitutto perché l'attribuzione conformativa di quello stesso potere secondo il compito cui esso serve non sia suscettibile nemmeno di essere concepita come una dettagliata regolamentazione. Perciò la definizione puntuale delle competenze medesime dipende anche dalla considerazione di quegli stessi scopi per cui queste sono date, in vista della realizzazione dei medesimi ⁽⁸¹⁾.

Così, il valore degli scopi comunitari si determina nel senso dell'attuazione progressiva dei trattati (dell'Ente).

In senso diametralmente contrario, FRANCE (*The Influence*), valorizza l'assenza, nel Trattato, di una esplicita esclusione di competenze penali, argomentando dall'art. 222 T.C.E. che « lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli stati membri ». Questa norma rappresenterebbe l'unica ipotesi di esplicita esclusione di certe aree di disciplina dall'ambito comunitario. Non sarebbe, perciò, esatto affermare che il Trattato esclude competenze penali comunitarie in quanto non le nomina.

⁽⁷⁹⁾ BATTALINO, *Lineamenti*, 87. Cf. VALENTE, *I principi di struttura*, 192 ss.; Id., *Dalla salvaguardia della persona alla realizzazione progressiva dell'unità europea*.

⁽⁸⁰⁾ Le norme che delimitano le situazioni giuridiche istituzionali comunitarie sono strumentali rispetto ai traguardi che la Comunità (non gli Stati) deve raggiungere (MONACO, *L'interpretazione*, 87).

⁽⁸¹⁾ V., p. es., CGCE, 13 febbraio 1985, 293/83, Grawert / Città di Liegi, in *Raccolta*, 1985, 593; e, in dottrina, BENGOLIEVA, *The Legal Reasoning*, 248; HUGGER, *The European Community's Competence*, 262.

Da quanto precede emerge, da un lato, che è escluso che le competenze siano desunte senz'altro dalle mere elencazioni iniziali di scopi ed obiettivi ⁽⁸²⁾, dovendosi guardare nel contempo alle numerose disposizioni del trattato; e dall'altro lato che per questi ultimi non è affatto desumibile in generale neppure che debbano essere restrittivamente interpretate ⁽⁸³⁾, così come non è vietato interpretarle secondo il fine loro proprio e alla luce anche delle determinazioni generali di scopo ⁽⁸⁴⁾.

La limitata attribuzione delle competenze perciò non si presta, fra l'altro, ad essere intesa nemmeno tendenzialmente come attribuzione per materia. Non può ritenersi che le competenze comunitarie riprendano necessariamente le competenze nazionali o modi nazionali di attribuzione di competenze ⁽⁸⁵⁾, cioè non è data la possibilità di instaurare immediati parallelismi, p. es., sul presupposto che Costituzioni nazionali nominino direttamente o implicitamente il diritto penale come competenza dello Stato.

Le attribuzioni-competenze risultano specifiche e specificare in tanto in quanto risultino in tal modo previste dal Trattato. Compiti e condizioni individuate con termini generici non sono esclusi. Insomma, le competenze generalmente non sono e non necessariamente devono essere definite in modo tassativo, determinato; quanto la competenza sia in dettaglio delimitata nel trattato dipende dal grado di determinazione che le varie enunciazioni appaiono, e l'eventuale scarso

⁽⁷⁹⁾ BOHM, *Kompetenzabstimmung*, 164.

⁽⁸⁰⁾ Cf. MONACO, *L'interpretazione delle norme comunitarie*, 79 ss.: se si muove dalla « doppia natura » dei Trattati, ciò comporta che, se da un lato essi creano rapporti di diritto internazionale tra gli Stati membri, dall'altro contengono una disciplina che investe carattere costituzionale nella misura in cui regola l'esercizio di taluni poteri sovrani degli Stati membri, sicché non ha valore nell'ordinamento comunitario il principio secondo cui, in caso di incertezza, le limitazioni nell'esercizio della sovranità accettate dagli Stati membri si devono interpretare in senso restrittivo (« regola in dubio pro minoris »), mentre per contro neppure vale l'inverso, cioè la regola in dubio pro comunitarie (81 s.).

⁽⁸¹⁾ MONACO, *L'interpretazione*, 87; LUTTER, *Die Auslegung angelegentlich Rechts*, 593 s.; BOHM, *Kompetenzabstimmung, Passim*; PISCATORE, *Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation*, 326 ss.

⁽⁸²⁾ LOUIS, *L'ordinamento*, par. 5.

Stati raggiunga adeguatamente gli stessi obiettivi assegnati alla Comunità⁽⁶⁹⁾.

(⁶⁹) Si noti che la menzionata regola di sussidiarietà, di cui al secondo comma dell'art. 3 B.T.C.E., non può per sé essere intesa come norma attributiva di competenze comunitarie (in nessun modo, comunque, dall'art. 3 B.T.C.E. è possibile far derivare rigide preclusioni ad una ipotetica normativa penale comunitaria improntata ad una riserva parlamentare nazionale: cfr. SPANOWSKI, *Welcherstaatsverordnungs Defizite*, 329), come invece si potrebbe ritenere in una prospettiva che rigidamente distinguerebbe tra competenze «formalmente» attribuite e attribuzione dell'esercizio di competenze, tra principio di attribuzione e principio di funzione.

In questa prospettiva, l'art. 3 B.T.C.E. viene interpretato nel senso che esso, nonché ancorare a dati limiti l'esercizio di poteri d'azione altroue previsti, e nei dati settori, in vista dei dati scopi e sempre che non si tratti di competenze comunitarie esclusive (funzione restrittiva), serve pure a fondare (attribuire) poteri d'azione per gli stessi scopi e settori ma con mezzi normativi altroue esclusi (funzione attributivo-espansiva). In quanto riferiscono sia, e criticamente, STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione Europea*, 59 s. - v. comunque, la conclusione negativa anche in Id., *Le principe de subsidiarité*, 380 - J. S. CARETTE, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, 7 ss. (v. infra in questa nota). Sull'effetto espansivo del principio di sussidiarietà v., inoltre, CARRARA, *Il pluralismo istituzionale come forma della democrazia sovranazionale*, 219; e, in senso recisamente negativo, RINELLA, *Osservazioni*, 431 ss. Il carattere limitativo del principio di sussidiarietà rispetto alle competenze comunitarie esistenti (e da desumersi *alimunde*), e in particolare al loro esercizio, è stato ribadito dal Consiglio europeo di Edinburgo dell'11-12 dicembre 1992 (G.U.C.E., 1992, C 348, 1), e dalla Commissione C.E. nella sua comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 27 ottobre 1992 (vedi la pubblicazione in *Riv. dir. int.*, 1983, 581 ss.).

È stato notato che, soprattutto nei settori che costituiscono talune «nuove competenze» della Comunità, espressamente definiti di massima tramite l'enunciazione di scopi (p. es., salute pubblica, di cui agli art. 129 ss. T.C.E. - e cultura, di cui agli art. 128 s. T.C.E.), e senza peraltro prevedere incisivi mezzi normativi, si profila l'ipotesi che sia stato aperto il campo alla diffusione del principio inteso nel senso anzidetto (CONSTANTINESCU, *La structure*, 284, il quale, domandandosi se si tratti di competenze nel senso giuridico del termine, pone pure la questione se si tratti di una tecnica rivolta a diffondere surretiziamente il principio di sussidiarietà. Cfr. pure, dello stesso A., *Subsidiarité: Magisches Wort oder Handlungsprinzip der Europäischen Union?*, 133 ss.). In questa dimensione può apprezzarsi il rilievo che, mentre gli strumenti finora impiegati dalla Comunità per estendere l'ambito dei propri interventi «facevano sempre e comunque riferimento ai criteri formali di riparto delle competenze tra Comunità e Stati membri, previsti dal Trattato, sia pure

Il trattato, in complesso, tende a fissare puntualmente e senza dif-
fuse, notevoli indeterminanze tipi di azione (arti giuridici, *Rechts-
sanktionen*), indicandoli espressamente - regolamenti, direttive
etc. -, e delincandone caratteristiche essenziali; esso allo stesso modo
contempla le procedure di decisione, specie con riferimento agli orga-
ni coinvolti e ai criteri di unanimità o maggioranza⁽⁷⁰⁾.

I tipi d'azione, in particolare, risultano sì, almeno con riferimento
alle competenze interne, quasi sempre nominati specificatamente, in
funzione selettiva, nelle varie disposizioni, con riferimento ai vari com-
piti che ne sostanziano di volta in volta il contenuto secondo le descri-
zioni dei «campi», dei «settori» in cui vanno a realizzarsi le molteplici,
ampie determinazioni di obiettivi, scopi comunitari (cfr. art. 3 T.C.E.)
⁽⁷¹⁾; il c.d. catalogo, tuttavia, comprende figure in cui il tipo d'azione
non è nominato⁽⁷²⁾, o si versa in ipotesi in cui un termine generico è in
grado di comprenderli tutti e senza connotarne specificatamente il
contenuto («misure») (⁷³).

estensivamente interpretati, al contrario, «ciò che, per definizione, salva con l'in-
roduzione del principio di sussidiarietà è proprio l'esigenza che l'operatività del
principio poggi su un criterio di natura formale, essendo viceversa esso legato
esclusivamente a valutazioni di merito. Non solo, ma mentre gli strumenti di cui
sin qui la Comunità si è avvalsa avevano pur sempre ad oggetto le competenze del-
la Comunità, così come definite dal Trattato, in vista di una loro possibile interpre-
tazione estensiva, oggetto di applicazione del principio di sussidiarietà risultano
tutte le materie di competenza concorrente, ossia, sembrerebbe di capire, in assem-
bla di una loro puntuale elencazione nel T.U.E. tutte le materie ad oggi rientranti
nell'ambito delle competenze statali» (CARETTE, *Il principio di sussidiarietà*, 12).

(⁷⁰) L'individuazione precisa delle norme attributive di competenza gioca al
tal riguardo un ruolo decisivo. Cfr. p. es. CGCE, 11 giugno 1991, 300/89, Com-
missione/Consiglio, in *Foro it.*, 1991, IV, 369, con nota di PULLITANO A.P., *Sulla «ob-
servanza» degli atti comunitari in materia ambientale*.

(⁷¹) Cfr. SCHWEITZER-HUMMER, *Europarecht*, 75, i quali estendono il principio
della limitata attribuzione di competenze oltre che alle azioni giuridiche (per cui si
parla di *Einzelmaßnahmen*) anche ai settori (*Bereichen*), per entrambi ritenendo
che gli organi comunitari sono abilitati nei casi che il trattato espressamente pre-
vede.

(⁷²) V. p. es. l'art. 28 T.C.E. Cfr. al riguardo SCHWEITZER-HUMMER, *Europarecht*,
91 (*ungetrennte Rechtehandlungen*).

(⁷³) Per le competenze esterne (rapporti con Stati terzi, organizzazioni inter-
nazionali, conclusione di accordi internazionali), l'estensione della sussistenza ca-

Alla stregua delle osservazioni generali finora svolte, si può ora scendere ad un sintetico *exkurs* sulle cennate estensioni riscontrabili riguardo alle competenze comunitarie. Esse sono comunemente collegate a tre fattori: la previsione di cui all'art. 235 T.C.E., l'acquisizione della teoria detta comunemente degli *implied powers* e di quella detta in genere dell'*effet utile*. Tali fattori ben esprimono il rapporto di tensione che corre tra la comunemente affermata esigenza di definitezza dei poteri conferiti alla Comunità e le caratteristiche di trattato-quadrato (trattato-costituzione), piuttosto che di trattato-legge, proprie del Trattato istitutivo della Comunità Europea.

3.1. L'art. 235 T.C.E. (v. pure art. 203 T.EURATOM) contempla l'ipotesi di necessità di raggiungere gli scopi comunitari nel funzionamento del mercato comune e prevede che, qualora manchino previsioni di poteri d'azione adeguati al raggiungimento dello scopo, il Consiglio con data procedura prenda «le disposizioni del caso». L'unanimità ne caratterizza l'attivazione. L'art. 235 riguarda dunque ipotesi in cui lo scopo è già altrove stabilito ma senza l'attribuzione del (potere di avvalersi del) tipo di azione che sarebbe adeguato al caso (tra quelli, potrebbe, disponibili in generale: regolamenti, direttive, etc. ⁽²⁾): questa attribuzione si realizza tramite la disposizione in esame ⁽³⁾, al darsi della necessità secondo lo scopo e nel campo segnato.

pacità comunitaria verso l'ambito internazionale non è nemmeno determinabile, com'è ovvio, secondo un sistema di azioni formalmente tipiche pur delineato a grandi linee. Cfr. SCHWITZER-HUMMER, *Europarecht*, 155; BALLARINO, *Lineamenti*, 283 ss. Ivi indicazioni riguardo allo sviluppo delle competenze c.d. implicite, specie in seguito alla decisione in causa Kramer (CGCE, 14 luglio 1976, 3, 4 e 6/76, in *Raccolta*, 1976, 1279).

Per ulteriori dati, in prospettiva di immediato interesse penalistico, v. PORRO, *Le competenze comunitarie per la lotta alla droga e al traffico di stupefacenti*, 29 ss. Si rinvia, inoltre, per profili penalistici, a quanto si dirà *infra*, Capitolo quarto, par. 4.6, riguardo alla Deliberazione della Corte di Giustizia 1/78.

⁽²⁾ Resta, peraltro, il dubbio che l'art. 235 sia suscettibile di lettura in senso comprensivo di tipi inominati d'azione.

⁽³⁾ Chiani, sul punto, SCHWITZER-HUMMER, *Europarecht*, 76. Sull'art. 235 v.

3.2. Il ricorso ai cosiddetti poteri impliciti si è sviluppato, — secondo la prospettiva tradizionale —, in base alla teoria che riconosce legittimo l'esercizio di compiti non espressamente conferiti in quanto risultino necessari, strumentali per l'espletamento di competenze già previste che altrimenti non potrebbero essere esercitate con successo. "Precedenti" che danno fondamento alla teoria si ritrovano nel diritto internazionale e in genere negli ordinamenti di derivazione anglosassone ⁽⁴⁾.

In questa ipotesi, a differenza della precedente — ove pure è implicito lo schema scopo-necessità-azione —, non si muove dalla meta determinazione di scopo bensì da una compiuta determinazione di competenza ⁽⁵⁾, né si attribuiscono poteri d'azione secondo tipi di atti giuridici diversi da quelli contemplati. Si allarga, però, il settore d'intervento verso aree non espressamente previste (o previste soltanto in relazione ad altri tipi d'azione o scopi), tramite il coinvolgimento di obiettivi strumentali imprescindibili (scopi strumentali), cioè obiettivi il cui raggiungimento è imprescindibile per raggiungere lo scopo dato. Così si amplia il contenuto «espressamente» assegnato all'azione.

inoltre, l'ampia disamina di Rossi, *Il «buon funzionamento del mercato comune». Delimitazione dei poteri tra CEE e Stati membri*, 63 ss. e *passim*; KRAUSSER, *Das Prinzip begrenzter Ermächtigung, passim*. In giurisprudenza: CGCE, 12 luglio 1973, 8/73, Hauptzollamt Bremen/Haven / Massey Ferguson GmbH, in *Raccolta*, 1973, 898 (anche per la precisazione che non vi è necessità di ricorrere all'art. 235 T.C.E. quando già siano ravvisabili i poteri impliciti di cui si dirà *infra*, par. 3.2); CGCE, 26 marzo 1987, 45/86, Commissione / Consiglio, ivi, 1987, 1493; CGCE, 24 marzo 1995, parere 2/92, non ancora pubblicato in *Raccolta* (ma v. il *Bollettino*, n. 8/95, 8). Perfino quando un tipo d'azione sia escluso espressamente in relazione ad un dato scopo, l'operatività dell'art. 235 cfr. potrebbe affermarsi, se si ritenesse che l'esclusione cade al ricorrere della necessità (in senso contrario, ma con debole argomentazione, v. la recente decisione del BVerfG, 12 ottobre 1993, cit. nota 7 Capitolo secondo, 675).

⁽⁴⁾ BALLARINO, *Lineamenti*, 279; BÖHM, *Kompetenzabgrenzung*, 120 ss. anche per rilevi critici, 132; KOCK, *Die «implied powers» der Europäischen Gemeinschaften*, 279 ss., con ult. ind. anche di giurisprudenza; NICOLAÏSEN, *Zur Theorie von den Implied Powers*, 129, V., inoltre, con riferimento alle sanzioni contro soggetti di diritto internazionale, FORLATI-PICCATO, *La sanzione nel diritto internazionale*, 303 ss.

⁽⁵⁾ SCHWITZER-HUMMER, *Europarecht*, 76.

I poteri impliciti sono, in realtà, il risultato di operazioni che si svolgono alla stregua di criteri interpretativi propri del metodo teleologico-sistematico, e stanno o cadono a seconda che li sostenga o no l'interpretazione delle singole attribuzioni di competenza: va scelta l'interpretazione che realizzi al meglio gli scopi del trattato, vale a dire che una norma non può essere interpretata nel senso di mancare il suo scopo. La considerazione degli scopi implica, però, che rilevino valutazioni dei medesimi nella lettura degli enunciati⁽⁷⁶⁾, anche secondo criteri di ragionevolezza⁽⁷⁷⁾. Impliciti obiettivi e corrispondenti campi

⁽⁷⁶⁾ Böhm, *Kompetenzabgrenzung*, 194 ss. e *passim*.

La teoria dei poteri impliciti, andando contro quanto si giungerebbe ad affermare da un punto di vista strettamente faustore delle competenze «enumerates» (assettate anche in ordine ai settori di intervento), rivela una apertura permanente del novero degli scopi e dei «campi» pertinenti alla Comunità, senza cioè che sia possibile escluderne a priori qualcuno che permanga *ab origine* e nel tempo nella sfera statale. Nel continuo presente non si arriva oltre la conoscenza di quali competenze la Comunità di fatto esercita e di quali competenze può legalmente esercitare stando alla situazione concreta incominciata tramite il Trattato e secondo la previsione che su tale situazione è dato di costruire. In questa prospettiva, non è escludibile nemmeno la trasposizione del canone dei poteri impliciti nel descritto ambito dell'art. 235 T.C.E., laddove pure si impianta, quindi, lo stesso meccanismo espansivo, aggiungendosi a quello già menzionato, con il risultato che non è concepibile di escludere *a priori*, una volta per tutte, certi tipi d'azione in ordine a certi obiettivi, scopi e campi d'azione (Cfr. Böhm, *Kompetenzabgrenzung*, 188 ss.) V. *supra*, nota 73, quanto al problema posto da esprese esclusioni di tipi d'azione per certi scopi.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. CGCE, 29 novembre 1956, 8/55, Fédéchar, in *Raccolla*, 1955-56, 299 (concl. conf. in c. 20/59 e 25/59); «senza fare un'interpretazione estensiva, è consentito applicare una norma interpretativa generalmente ammessa tanto in diritto internazionale quanto nel diritto interno e secondo la quale le disposizioni di un Trattato internazionale o di una legge comprendono implicitamente anche le norme senza le quali le predette disposizioni non avrebbero senso o non potrebbero venir applicate in modo ragionevole e utile»; CGCE, 15 luglio 1959, 20/59, Repubblica Italiana/Alta Autorità CECA, ivi, 1960, 645; «vi è luogo di ricercare se altre disposizioni del Trattato od il suo complessivo sistema non abbiano implicitamente conferito all'Alta Autorità dei poteri normativi; infatti, dottrina e giurisprudenza concordemente ammettono che le norme sancite da un Trattato prevedono implicitamente altre norme senza le quali le prime non possono trovare idonea e ragionevole applicazione» (concl. CGCE, 15 luglio 1960, 25/59, Regno Paesi Bassi / Alta Autorità CECA, ivi, 1960, 731). Sull'impiego di criteri di ragionevolezza in diritto comunitario si rinvia al Capitolo terzo, par. 3.

e modi d'azione sono suscettibili di essere considerati in quanto ciò serve al raggiungimento dello scopo dato, e sempre che ne sussista la necessità, con il limite del tipo di azione attribuito, sempreché tale limite vi sia⁽⁷⁸⁾.

3.3. La costruzione dei poteri impliciti si collega, confondendosi, si⁽⁷⁹⁾ - in quanto è sempre lo stesso schema che ricorre -, al principio dell'«effetto utile», secondo cui le istituzioni esercitano anche i poteri che risultano indispensabili per il perseguimento dei propri compiti, dato che la norma deve raggiungere il suo scopo⁽⁸⁰⁾. La valorizzazione

⁽⁷⁸⁾ Cfr. CGCE, 9 luglio 1987, 281-285 e 287/85, RFT e aa./Commissione, in *Raccolla*, 1987, 3203, in part. punti 27 e 28.

⁽⁷⁹⁾ Spunti, al riguardo, in BALLARNO, *Lineamenti*, 204 ss.

⁽⁸⁰⁾ Sinteticamente BALLARNO, *Lineamenti*, 33, 204 s., 279, 284 s., 293; STROZZI, *Istituzioni comunitarie*, 628; Böhm, *Kompetenzabgrenzung*, 192 s.

La considerazione dell'ordinamento comunitario come un ordinamento ad attuazione progressiva conduce a ritenere che l'esercizio effettivo di competenze da parte della Comunità comporta una corrispondente limitazione delle competenze degli Stati membri. Qualora, cioè, sia prodotta normativa secondaria per l'attuazione di dati scopi secondo quanto stabilito dalle disposizioni del trattato, non spetta più agli Stati quanto loro pur fosse prima spettato per il fatto che la Comunità non era ancora intervenuta sul punto in questione - nel momento, cioè, in cui, in concreto, non si era ancora determinata specificamente l'area di pertinenza comunitaria: la Comunità concretizza la propria competenza, e si realizza come «necessaria conseguenza» l'esclusione di diverse modalità di concretizzazione pur astrattamente concepibili, comprese quelle per cui agli Stati sarebbero spettate certe azioni che, invece, poi sono state assunte nel dominio comunitario, tali modalità non essendo prevalse in concreto come le più adeguate allo scopo [Cfr. il caso AETS (o AETR), in relazione al reg. 543/69, deciso da CGCE, 31 marzo 1971, 22/70, in *Raccolla*, 1971, 263 (e più di recente il parere 1/94 del 15 novembre 1994, non ancora pubblicato in *Raccolla*, concernente l'Accordo sull'organizzazione mondiale del commercio, e il parere 2/92, del 24 marzo 1995, non ancora pubblicato in *Raccolla*). V., al riguardo, nella prospettiva della distinzione tra *effet utile* e «necessarie conseguenze» (*effet nécessaire*), BALLARNO, *Lineamenti*, 205 s., 284, 294 s., il quale evidenzia, con KITSCHER, che la decisione AETS è un ottimo esempio di interpretazione sistematica, teleologica, deduttiva ed evolutiva nel senso della realizzazione delle finalità del trattato]. In quest'ambito e alle dette condizioni, può parlarsi di «competenza esclusiva», con l'avvertenza che il meccanismo che la connota in senso esclusivo nel momento in cui essa viene

dell'effetto nell'individuazione del significato è in grado di rendere così flessibile il confine di demarcazione tra competenze statali e competenze comunitarie, da consentire «incursioni» del diritto comunitario nella (apparente) sfera di attribuzione degli Stati membri sulla base della constatazione che, altrimenti, il conseguimento di un effetto utile da parte del trattato sarebbe grandemente diminuito e la sua finalità compromessa⁽⁸¹⁾.

4. Che il trattato contenga formulazioni idonee a sostenere, stando al criterio semantico, e data anche la genericità della lettera, significati comprensivi di competenze penali-criminali e penali amministrative comunitarie è ormai ammesso perfino dai più strenui oppositori di competenze repressivo-sanzionatorie comunitarie⁽⁸²⁾.

esercitata la distingue perciò nettamente da quello proprio di altre competenze che pure son dette esclusive, in contrapposizione ad altre dette concorrenti – anche sulla base della trasposizione di distinzioni concettuali maturate nel diritto costituzionale nazionale (SCHWITZER-HUMMER, *Europarecht*, 177) – perché in date ipotesi segnate dal trattato soltanto la comunità è autorizzata ad azioni normative, e nonostante non le svolga neppure gli Stati possono farlo (cfr. BALLARINO, *Lineamenti*, 295 s.; *pre-emption*; CROSS, *Pre-emption of Member States*, 447 ss.; WELLER, *Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection*, in CASSSE-CLAPHAM-WELLER, *Human Rights and the European Community*, 604 s.).⁽⁸³⁾ CGCE, 23 febbraio 1961, 30/59, Gezamenlijke Streekcollege, in *Raccola*, 1961, 46 ss., secondo cui non sono escluse «incursioni della competenza comunitaria anche nelle materie di residua competenza nazionale ogni qual volta risultino necessarie per evitare che l'attribuzione di un effetto utile al trattato sia grandemente diminuita e la sua finalità compromessa».

⁽⁸¹⁾ Per tutti, SIEBER, *Unificazione europea*, 976.

L'idoneità riconoscibile a certi enunciati dei trattati nel senso attributivo di competenze normative penali-criminali non è immediatamente pregiudicata dal rilievo che i trattati comunitari direttamente prevedono, in altri casi, l'estensione delle aree di punibilità nazionali (art. 27 del Protocollo sullo Statuto della Corte di Giustizia; art. 194 T.EURATOM. Su queste previsioni, in generale, per tutti, GRASSO, *Comunità europee*, 6 ss.; DANNECKER, *Strukturen der Europäischen Gemeinschaft*, 34 ss.). L'affermazione, peraltro ambigua, che questi sarebbero casi eccezionali (così VOGEL, *Kompetenz*, 173. Cfr. pure, per il rilievo di siffatte «eccezioni», DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale nell'ambito della Comunità Europea*, 963, il quale afferma il «principio secondo cui non esiste un diritto penale di origine sovranazionale») in cui il diritto comunitario originario conosce pene

Oggi, di fronte alle riconosciute aperture testuali a competenze penali sovranazionali, il problema principale consiste piuttosto nel riferimento di ulteriori dati capaci di orientare l'interpretazione in senso restrittivo-negativo, mentre al contempo resta percorribile la via della ricerca di conferme della creazione di tali competenze.

Questi temi saranno affrontati più avanti. Prima conviene precisare l'ampiezza delle menzionate aperture testuali, anche perché essa è suscettibile di assumere dimensioni più grandi di quelle finora intraviste dalla dottrina penale.

4.1. Alla stregua di quanto rilevato in via generale in tema di determinazione della competenza comunitaria, si possono apprezzare senz'altro le ragioni per cui il principio di limitata attribuzione di competenze non risulta impedire a certa dottrina gius-comunitarista di ritenere che il T. CE in generale non procede dal principio di enumerazione dei mezzi sanzionatori, e tanto meno dei casi da sanzionare, quando si tratti di sanzioni contro gli individui (siano imprese, persone giuridiche o persone fisiche, associazioni d'impresa etc.), fatta riserva per singole ipotesi in cui dai limiti risultino posti⁽⁸⁴⁾.

Un'autorizzazione in generale, a che regolamenti prevedano sanzioni e relativi casi, viene ravvisata nell'art. 172 T. CE⁽⁸⁵⁾, che nella

criminali, e quindi altri non rientrerebbero nell'ambito penale-criminale, potrebbe essere, semmai, la conclusione ma non la premessa di un'indagine interpretativa, e comunque implicherebbe una adeguata dimostrazione della prevalenza assegnata al canone interpretativo dell'*ubi dixit voluit*. Su quest'ultimo punto si tornerà più avanti (par. 4.2. in questo Capitolo, e par. 3.1. nel Capitolo quarto). Ora può notarsi che tra le disposizioni da ultimo menzionate ed (eventuali) disposizioni dei trattati attributive di competenza normativa in campo sanzionatorio vi è una differenza, tra le altre, che non può essere nascosta tramite l'adozione di un generale criterio di ricognizione dei casi in cui il diritto comunitario «conosce» pene criminali: una cosa, infatti, è che nominazione sovranazionale, i trattati, fissi immediatamente norme penali, financo – se serve – compiute fattispecie incriminatorie, che perciò rimangono intangibili da parte degli organi comunitari (con relativo controllo giurisdizionale), altra cosa è che tramite gli stessi trattati sia dato ai medesimi organi un potere di creare diritto penale.

⁽⁸¹⁾ SCHWITZER-HUMMER, *Europarecht*, 92.

⁽⁸²⁾ SCHWITZER-HUMMER, *Europarecht*, 92. Conf. OPPERMANN, *Europarecht*,

nuova formulazione (v. art. G.52 TUE) suona: «I regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio e dal Consiglio in virtù delle disposizioni del presente trattato possono attribuire alla Corte di Giustizia una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi»⁽⁸⁷⁾.

In base all'art. 172, dunque, regolamenti potrebbero prevedere sanzioni di vario (e, in ipotesi, innominato) tipo, anche penale⁽⁸⁸⁾.

È stato sostenuto, in contrario, che il titolo di legittimazione della potestà sanzionatoria va ricercato altrove, perché l'art. 172 cit. metaforicamente presuppone tale potestà⁽⁸⁹⁾. Insomma, l'art. 172 T.C.E. avrebbe soltanto la funzione di attribuire ad organi comunitari il potere di con-

22. V., tuttavia, *infra*, nota 101, per la limitazione ravvisata nei confronti di materia penale.

Sul significato attribuito di competenza sanzionatoria dell'art. 172 in esame, v., inoltre, quanto rileva TIZZANO, *supra* art. 172, in QUADRI-MONACO-TABUCCHI, *Trattato istitutivo della Comunità europea*: «... è naturale l'inderogabilità del Trattato a proposito delle sanzioni. Ma, ripetiamo, dal dettato della norma sembra potersi dedurre che il Consiglio abbia la possibilità di sanzionare in ogni caso la violazione delle disposizioni contenute nei suoi regolamenti» (v. anche, dello stesso A., *La Corte di Giustizia*, 477, con ult. ind.).

⁽⁸⁷⁾ Nel testo prevegente non compariva il riferimento alla nuova figura del regolamento adottato congiuntamente da Parlamento e Consiglio (cfr. art. 189 ss. T.C.E. come riformati dagli artt. G.60 ss. TUE). Sul significato della modifica, per quanto qui immediatamente rileva, si v. appresso nel testo, di poco sotto. Per ulteriori profili concernenti il valore del coinvolgimento del Parlamento europeo nell'iter legislativo insistente su sanzioni punitive si rinvia al Capitolo quarto, par. 2 e 6.2.

⁽⁸⁸⁾ Nella letteratura penalistica, grande importanza all'art. 172 (e all'art. 235 T.C.E.) è assegnata da BOSCARILLI, *Reflexions sur l'influence du droit communautaire sur les droits pénaux des états membres*, 91. L'A. include, fra le sanzioni autorizzate, l'imprigionamento. Cfr., inoltre, SCRIBI, *Diritto penale comunitario*, 163, il quale pare ammettere che l'art. 172 sarebbe testualmente in grado, con l'art. 235, di fondare una potestà incriminatrice della Comunità, salvo poi escluderla per ragioni ricavate *altronde*, di cui si tratterà in seguito (*infra*, Capitolo quarto, par. 2).

⁽⁸⁹⁾ V., tra gli altri, GRASSO C., *Comunità europea*, 84; FOMASIER, *Le pouvoir répressif des Communautés européennes et la protection de leurs intérêts financiers*, 402 e 406 ss., il quale, tramite un argomento a contrario, valorizza l'art. 5 T.C.E. in funzione di norma attributiva di poteri sanzionatori; VOCEL, *Die Kompetenzen*, 183 s.; VERMEULEN, *Fundamental Rights*, 63; OLMI, *La sanction*, 169; LOTIS, *Le rôle punitif de la Communauté Economique Européenne*, 325 s.

ferire alla Corte di Giustizia competenze giurisdizionali su sanzioni⁽⁹⁰⁾.

La notazione concernente la "presupposizione" di una potestà sanzionatoria è senza dubbio condivisibile, ma non pare suscettibile di assumere un così univoco significato esclusivo rispetto all'eventualità che la disposizione in esame sia da intendersi come base attributiva di tale potestà. Invero, se non si rinvenissero altre disposizioni in tema di sanzioni, comunque una potestà sanzionatoria esisterebbe quanto meno perché l'art. 172 cit. la presuppone nominandola. Il significato minimo dell'art. 172 è da ricollegare alla circostanza che esso definisce alcunché di attinente in generale alla potestà sanzionatoria, e perciò in generale quest'ultima è ivi assunta, quindi esiste, senza tuttavia che perciò solo si possa concludere nel senso che si tratta di una potestà consustanziata al potere regolamentare.

Va rilevato, inoltre, che con la recente, menzionata riforma dell'art. 172 T.C.E. è stata considerata l'ipotesi che «regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio» prevedano sanzioni. Ma mancano altrove attribuzioni espresse di potestà regolamentare-sanzionatoria esercitabili tramite procedure che comportino il contributo parlamentare. Se ne potrebbe dedurre che l'art. 172 T.C.E. è stato inteso come attribuzione di un potere generale di sanzioni, quanto meno nell'ipotesi in esame⁽⁹¹⁾.

A parte per ora questi rilievi, deve notarsi che, una volta accertato che anche in altre disposizioni si tratta di poteri sanzionatori — espressamente, genericamente, implicitamente o comunque sia — di queste disposizioni si impone di stabilire il ruolo, in uno col ruolo dello stesso art. 172 T.C.E. Ci si potrebbe chiedere se esse abbiano soltanto la funzione di disciplinare un potere sanzionatorio dato in generale per presupposto, l'attribuzione del quale, quindi, si manifesterebbe tramite lo stesso art. 172, o siano, invece, da intendersi proprio quali fondamenti esclusivi dello specifico potere configurato. Per quanto finora è stato esposto in tema di determinazione della competenza comunitaria, il

⁽⁹⁰⁾ VIGNES, *Bilan de recherches*, 78.

⁽⁹¹⁾ Cfr. LHOEST-NICHOL, *Le Traité de Maastricht: Vers l'Union européenne*, 289, i quali sostengono, sulla base della modifica in questione, che l'art. 172 T.C.E. attribuisce un potere generale di sanzione pecuniaria.

fatto che certe disposizioni contengano la previsione puntuale, o anche solo generica, di un potere sanzionatorio, per sé non esclude che altre enunciazioni per le quali sia dato un potere normativo comprendano anche un suo eventuale contenuto precettivo-sanzionatorio pur non specificatamente predelimitato.

E tuttavia, se competenza vi sia si determina di volta in volta, senza immediate deduzioni nel senso dell'esistenza di una competenza sanzionatoria per il sol fatto dell'attribuzione di competenza normativa: è esclusa la rilevanza di un'affermazione teorica, in astratto, dell'inscindibilità tra norma e sanzione⁽⁹⁾. L'alternativa poco sopra delineata con riferimento a disposizioni in cui si tratta di poteri sanzionatori — conferme di un potere generale presupposto e come tale incidentalmente nominato nell'art. 172 T.CE, o fondamenti di individuati poteri — non può sciogliersi immediatamente nel senso che la potestà sanzionatoria, compresa eventualmente quella penale, sia da intendersi una volta per tutte come *ancillary power*⁽¹⁰⁾, una competenza generale data per implicito.

⁽⁹⁾ E comunque v. sulle norme-comando sfornite di sanzione, per tutti, in generale, BOBBIO, *Sanzione*, 530 ss.; e, per l'ambito penalistico, MOLARI, *Reato contro il patrimonio non punibile*, 195 ss.

Non è mancato chi ha sostenuto l'esistenza di un nesso imprescindibile norma-sanzione sullo specifico piano comunitario (HEMANS, *La sanction*, 220 ss., secondo il quale esisterebbe una competenza generale in materia di sanzioni pecuniarie in quanto il concetto di norma è inseparabile da quello di sanzione. L'A. si richiama, al riguardo, a CGCE, 29 dicembre 1956, 8/55, l'édiction, in *Raccolta*, 1955-56, 299 — riportata sopra, nota 77 —, laddove sono stati riconosciuti poteri impliciti, peraltro non con riferimento a questioni concernenti attribuzioni di potere sanzionatorio.

Più di recente, TESAURO (*La sanction*, 503 ss.), afferma recisamente che «la compétence du législateur communautaire en matière de sanctions correspond exactement à la compétence normative, à laquelle elle est étroitement liée, puisqu'elle en constitue le complément naturel et nécessaire». V., inoltre, FORNASTER, *Le pouvoir*, cit., 404 ss.: «la CEE dispose d'un pouvoir général d'instituer des sanctions». E cfr. JOHANNES, *Das Strafrecht*, 106, il quale conclude, sul presupposto del raffronto con l'art. 36 T.CECA, nel senso che l'art. 172 significherebbe una potestà sanzionatoria non limitata ai casi altrove nominati).

⁽¹⁰⁾ Così la definisce LEIGH, *Prohibitions for a European Administrative Penal Law*.

4.2. L'indagine testuale non riesce a far emergere una limitazione delle ipotesi di competenza sanzionatoria comunitaria a quelle di "previsione espressa", mentre l'art. 172 T.CE, anche in considerazione della menzionata riforma, tende ad assumere quantomeno la veste di norma che sinteticamente esplicita l'inesistenza di una siffatta limitazione.

L'argomento della previsione espressa si rivela piuttosto svalutato da parte della giurisprudenza comunitaria che ha affrontato la questione se una disposizione che determini la competenza secondo necessità rispetto agli obiettivi fissati, come per esempio l'art. 40 par. 3 T.CE (settore agrario), escluda, per mancanza di espressa previsione, attribuzioni di potere sanzionatorio⁽¹¹⁾. La questione, già lo si è accennato, è stata risolta in senso negativo, riconoscendo la legittimità di una sanzione avente finalità punitiva, l'esclusione da sovvenzioni.

La Corte di Giustizia ha rifiutato l'impiego del meccanismo dell'*ubi voluit dixit* ..., che valorizza la menzione di specifiche sanzioni punitive contenuta (soltanto) nell'art. 87, co. 2, lett. a, T.CE (ammende e penali di mora)⁽¹²⁾. Questa disposizione, a detta della Corte, concerne soltanto sanzioni determinate ed inflitte (applicare) diretta-

⁽¹¹⁾ CGCE, 27 ottobre 1992, 240/90, RFI/Commissione (nota 22 del Capio-lo primo).

⁽¹²⁾ Per questa tesi v., per tutti, SIEBER, *Unificazione europea*, 979; VOGEL, *Die Kompetenz*, 185 s.; MEZZETTI, *La tutela penale*, 214 nota 18.

È stato rilevato (VOGEL, *Die Kompetenz*, 177), contro l'opinione che afferma l'inseparabilità tra norma e sanzione nel diritto comunitario (v. sopra, nota 90), che la Corte di giustizia, nella causa 240/90, ha negato l'esistenza di una competenza punitiva-sanzionatoria generale preferendo seguire la tesi, propugnata da LOUIS (*Les règlements de la Communauté Economique Européenne*, 235), secondo cui competenze del genere vanno individuate caso per caso in base alle specifiche norme che le prevedono pur con formula generica, come gli art. 40, co. 3, 49 co. 1, 51, 75 co. 1, 79 co. 3 e 172 T.CE. A noi non pare, tuttavia, che la Corte abbia con ciò escluso l'impiego della teoria dei poteri impliciti e dell'effetto utile, con riferimento alle sanzioni (come al contrario ritiene VOGEL, op. loc. ult. cit.). Non era in questione l'impiego di siffatti strumenti estensivi, né la Corte se ne è incidentalmente occupata (diversamente ritiene MEZZETTI, *La tutela penale*, 213 s.: la Corte avrebbe praticamente fatto leva sulla teoria del c.d. «effect utile» ovvero degli «implied powers»). L'A. non considera che l'art. 40, co. 3 T.CE, tramite il riferimento alla necessità, rende ultronico l'impiego delle teorie menzionate, perché già prevede il ruolo fondante della necessità secondo lo scopo, mentre non limita il novero dei tipi di azione impiegabili).

mente dalle istituzioni comunitarie ⁽⁷⁴⁾ (competenze sanzionatorie c.d. indipendenti).

Così, la Corte ha dimostrato, tra l'altro, di ritenere che proprio l'unica disposizione in cui sono menzionati tipi di sanzione serve non tanto ad attribuire un potere normativo-sanzionatorio quanto a limitarlo ⁽⁷⁵⁾.

Dall'orientamento della Corte potrebbe inferirsi che nei campi segnati dall'art. 87 T.C.E. è aperta la strada a sanzioni di vario genere determinate dalla Comunità ma applicate e inflitte dagli organi statali (sanzioni c.d. non indipendenti). Questa eventualità troverebbe fondamento, allora – pare di poter intendere –, nell'art. 87 par. 1 T.C.E. («stabilisce tutti i regolamenti e le direttive utili...»). La precisazione del par. 2 lett. a) dello stesso articolo rivestirebbe la menzionata funzione delimitativa soltanto in punto di sanzioni c.d. indipendenti.

Si consideri, peraltro, che la stessa ricostruzione della Corte di Giustizia può apparire non del tutto saldamente ancorata al citato art. 87, nel senso che non sarebbe ravvisabile nemmeno il limite individuato dalla stessa Corte. Il secondo paragrafo di questo articolo, quanto meno nella parte concernente sanzioni punitive, potrebbe più coerentemente ritenersi rivolto ad imporre la creazione di certe sanzioni senza però escludere la facoltà del Consiglio di fissarne anche altre che lo stesso Consiglio ritenga utili. Il par. 2 dell'art. 87 T.C.E., semplicemente descrittivo «in particolare, lo scopo» delle «disposizioni» (regolamenti e direttive utili) del primo paragrafo, e quindi non esprime immediatamente un'intenzione di fissare esaurientemente quanto il Consiglio può ritenere utile ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 85 e 86 T.C.E. Piuttosto, nell'articolo in esame già è indicato almeno di utile ai fini stabiliti, così da prescrivere l'attuazione al Consiglio (ovvero: è stabilito quanto il Consiglio non può non giudicare utile).

⁽⁷⁴⁾ Punti 23 e 34 in motivazione.

⁽⁷⁵⁾ Al fondo di questa tesi pare di intravedere l'opinione secondo cui la via delle sanzioni non indipendenti – la c.d. gestione decentralizzata –, è l'ipotesi «normale» di affermazione del diritto comunitario tramite previsioni sanzionatorie, mentre eccezionale sarebbe la «gestione diretta» della sanzione a livello comunitario (Cfr. SCHOCKWELLER, *La répression des infractions*, 3).

Così orientata l'interpretazione, la tipologia delle sanzioni indipendenti rimarrebbe fissata ad un certo livello qualitativo minimo senza pregiudizio di ulteriori, diverse determinazioni di sanzioni punitive ad opera del Consiglio, nel settore interessato dall'art. 87 ⁽⁷⁶⁾.

4.3. Comunque sono rilevate, in funzione negatoria di competenze penali comunitarie, deficienze di previsione, nel Trattato C.E., riguardo a poteri di applicazione ed esecuzione di sanzioni, in ipotesi, penali. È stato indicato che il Trattato, conformemente alla sua natura di *traité cadre*, non contiene delle disposizioni in cui si attribuisce ad una istituzione comunitaria il potere di infliggere sanzioni, diversamente dal Trattato C.E.C.A. ⁽⁷⁷⁾. D'altra parte si insiste sulla circostanza che non vi sarebbe modo di implicare immediatamente la garanzia giurisdizionale, oltre che di far eseguire le sanzioni penali ⁽⁷⁸⁾.

Subito si noti che è in questione, in definitiva, soltanto la riconoscibilità di una competenza penale «indipendente», e non già di per sé un potere normativo comunitario che investa direttamente, costitutivamente, precetto e/o sanzione, potere concepibile a prescindere da quelli che attingono alla fase applicativa ed esecutiva, che potrebbero essere disciplinate sul fulcro dell'esistenza di adeguati organi nazionali ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁶⁾ Di diverso tenore è il nuovo art. 108 A. co. 3 T.C.E.: «Entro i limiti e alle condizioni stabilite dal Consiglio in conformità alla procedura di cui all'art. 106, paragrafo 6, la BCE ha il potere di infliggere alle imprese ammende o penali di mora in caso di inosservanza degli obblighi imposti dai regolamenti e dalle decisioni da essa adottate» (v. anche art. 34.3. e 42 SEBC). Qui emerge chiaramente una stringente esigenza di previa delimitazione di poteri sanzionatori e soprattutto dei tipi di sanzione impiegabili. Meno rigoroso appare il disposto dell'art. 19 SEBC, che si esprime in termini generici sia riguardo alle sanzioni definiti e irrogabili da parte della BCE (19.1. «la BCE ha la facoltà di imporre interessi a titolo di penalità e altre sanzioni di analogo effetto»), sia a quelle la cui previsione spetta al Consiglio (19.2.: «definisce... le sanzioni appropriate nei casi di inosservanza»).

⁽⁷⁷⁾ In tal senso pare di poter intendere il pensiero di GRASSO G., *Comunità europee* 47. V., inoltre, RIZ, *Diritto comunitario e diritto penale*, 9 (con ult. ind.).

⁽⁷⁸⁾ Per tutti, OULIER, *Fragen*, 1404; FERRÉ OLIVE, *Derecho penal y competencias de las Comunidades europeas*, 815.

⁽⁷⁹⁾ SCHOCKWELLER, *La répression des infractions*, 4 ss.

Ferma questa distinzione, che suggerisce di affiancarsi da letture inficiate da certi modelli statomorfici, esaminiamo ora la questione se vi sia modo di ravvisare una competenza sanzionatoria indipendente e in ipotesi, penale – incardinata su organi giudiziari comunitari.

Si consideri che il testo tedesco dell'art. 172 T.C.E. prevede esplicitamente che regolamenti assegnino alla Corte di giustizia competenza alla «Verhängung» (inflizione; imposizione) delle sanzioni che gli stessi regolamenti prevedano (¹⁰⁷).

Sorprende che parte notevole della dottrina gius-comunitarista di lingua tedesca ravvisi un errore di traduzione e giunga perfino a sostenere, in modo piuttosto concettualistico e in definitiva apodittico, che una tale competenza sarebbe contraria al sistema perché la Corte di giustizia è un organo di controllo e non un organo giudiziario penale (¹⁰⁸). A parte aprioristiche definizioni della Corte di giustizia fondate sulla considerazione esclusiva del modello della giurisdizione «amministrativa» che storicamente l'ha in prevalenza improntata (¹⁰⁹), vi è, invece – ed anche sulla base dei dati testuali provenienti dai testi svolti

Si noti, peraltro, che l'art. 172 T.C.E., se inteso in senso attributivo di competenze sanzionatorie (siano o no di tipo punitivo), potrebbe ritenersi riferito non soltanto a sanzioni comunitarie c.d. indipendenti, ma anche a sanzioni comunitarie non indipendenti. E la circostanza che l'art. 172 T.C.E. prevede l'eventualità dell'attribuzione alla Corte di giustizia di certi poteri giurisdizionali non è concepibile soltanto rispetto a sanzioni indipendenti: una volta ammesso che la Comunità è autorizzata a stabilire sanzioni applicabili da parte di organi degli Stati membri, non sussistono ostacoli alla costruzione, in forza dell'autorizzazione di cui all'art. 172 T.C.E., di una procedura di ricorso alla Corte di giustizia contro sanzioni non indipendenti previste da regolamenti comunitari e (ma) applicate da organi nazionali.

(¹⁰⁷) «Aufgrund dieses Vertrags vom Europäischen Parlament und vom Rat gemeinsam sowie vom Rat erlassene Verordnungen können hinsichtlich der darin vorgesehenen Zwangsmaßnahmen dem Gerichtshof eine Zuständigkeit übertragen, welche die Befugnis zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung und zur Änderung oder Verhängung solcher Maßnahmen umfaßt».

(¹⁰⁸) SCHWEITZER-HUMMER, *Europarecht*, 120 nota 433; BLECKMANN, *Europarecht*, 267. *Contra*, con chiara prospettazione delle potenzialità normative dell'art. 172, WENG, in GRABITZ-HILF, *Kommentar, sub* Art. 172, n. marg. 7.

(¹⁰⁹) V., al riguardo, per tutti, TIZZANO, *La Corte di Giustizia*, 253 ss. (e in part. 255 per la notazione dell'inammissibilità di acritiche deduzioni concettuali).

in altre lingue altrettanto ufficiali (¹¹⁰) –, la possibilità di assegnare, tramite regolamenti, il potere di applicazione di sanzioni penali ad un organo che, conformemente ad elementari esigenze, abbia natura giurisdizionale. L'art. 172 T.C.E. consente di fondare una tale assegnazione alla Corte di Giustizia (o al Tribunale di primo grado (¹¹¹), ex art. 168 A T.C.E. (¹¹²)).

Si tende a presupporre, in contrario, che l'art. 172 autorizzi il conferimento alla Corte stessa di una competenza di merito (soltanto) «nei riguardi dei provvedimenti della Commissione che applicano delle sanzioni» (¹¹³).

Non si considera, tuttavia, che l'art. 172, con formulazione ben diversa da quella degli artt. 36, co. 2 T.C.E.C.A. e 144 T.EURATOM, fa espresso riferimento ad una competenza giurisdizionale «anche di merito» per quanto riguarda le «sanzioni» previste dai regolamenti (¹¹⁴), vale a dire a una giurisdizione piena, illimitata su sanzioni (*plene jurisdiction; unlimited jurisdiction; competencia jurisdiccional plena; volledi-ge rechtsmacht* (¹¹⁵)). I caratteri della giurisdizione di merito sono su-

(¹⁰⁷) La Corte di Giustizia ha stabilito che, in caso di divergenze, il testo comunitario deve essere interpretato alla luce di tutte le altre lingue della Comunità (12 luglio 1979, 9/79, in *Raccolta*, 1979, 2717). In dottrina, v. BALLARINO, *Lineamenti*, 122 s. Nel caso nostro, peraltro, non vi è alcuna divergenza nel significato, come si dimostrerà di seguito.

(¹⁰⁸) Riguardo alle competenze del Tribunale di primo grado v. CURRI GIARDINO, *Il Trattato di Maastricht*, 214 ss.; BLAVAT-CARPI, *Diritto processuale comunitario*, 24 s.

(¹⁰⁹) Pare di poter ritenere che nelle «categorie di ricorsi» attribuibili alla conoscenza del Tribunale di primo grado secondo quanto dispone l'art. 168 A T.C.E. possa annoverarsi un'azione per l'inflizione di sanzioni punitive da esercitarsi, in ipotesi, ad esempio, da parte della Commissione (analogamente al modello dell'azione in giudizio della Commissione contro gli Stati inadempienti, di cui all'art. 171, co. 3 T.C.E.).

(¹¹⁰) GRASSO G., *Comunità europee*, 84 (corsivo nostro).

(¹¹¹) L'art. 36 T.C.E.C.A. e l'art. 144 T.EURATOM attribuiscono direttamente alla Corte una competenza sui ricorsi proposti contro sanzioni irrogate dagli esecutivi comunitari.

(¹¹²) Cfr., sul testo italiano, TIZZANO, *sub* art. 172. In relazione al testo inglese, e all'adozione dell'espressione «unlimited jurisdiction» anziché «plenary jurisdiction», SMIT-HERZOG, *The Law of the European Economic Community*, vol. V, *sub* art. 172, 354 s.; per il testo spagnolo DIEZ-PICAZO, *Derecho comunitario y medidas*

scrittori di espansione indefinita. In tema di sanzioni punitive, questa pienezza di poteri si dà, nella sua integralità, quando la stessa infrazione della sanzione (e quanto vi attiene, a partire dall'accertamento dell'illiceito) compete *ab origine* ad un organo giurisdizionale. Ciò è quanto, appunto, il testo tedesco immediatamente esprime in dettaglio, indicando i poteri conferibili (¹⁰⁹). E una siffatta, piena devoluzione di poteri all'organo giurisdizionale si intravede, *mutatis mutandis*, anche nei modelli di garanzia giurisdizionale implicati in altre ipotesi di giurisdizione piena di merito (art. 178 e 215; art. 179; art. 182 s. T.CE (110)), nonché nel modello della condanna degli Stati a sanzione punitiva pecuniaria per inadempimento, su azione della Commissione, previsto dal novellato art. 171, co. 2 T.CE (¹¹¹).

Dunque, l'art. 172 non si limita a prevedere una competenza per quanto riguarda gli atti di altro organo concernenti l'applicazione di tali sanzioni – al controllo (di legittimità) di «atti» si riferisce, p.es., il successivo art. 173 – (¹¹²).

¹⁰⁹ *Sanctionatoria*, 295. Per quello (francese v., oltre a FORNASIER, *Le pouvoirs*, 401, KOVAR, *sub* art. 172, in COSTANTINESCO-JACQUE-KOVAR-SIMON, *Traité instituant la CEE*, 1992).

¹¹⁰ Nota questa indicazione TIZZANO, *La Corte di Giustizia*, 471 nota 565.

¹¹¹ V., riguardo a queste previsioni, BIAVATI-CARPI, *Diritto processuale comunitario*, 16, ed ivi riferimenti ad altre ipotesi, compresa quella, significativa ai nostri fini, della condanna all'arrenda contro testimoni o periti non compariti.

¹¹² Prima di Maastricht, i trattati non autorizzavano la Corte a infliggere sanzioni agli Stati membri per costringerli a conformarsi al diritto comunitario e in particolare alle sue sentenze (peraltro, dalla nascita delle Comunità e fino al 31 dicembre 1992 soltanto in dieci casi: la Corte di Giustizia ha dovuto emettere una sentenza senza contro uno Stato membro che non si era conformato alla prima, come risulta dalla Decima relazione annuale al Parlamento europeo sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario, allegato V, in GUCE, 30 agosto 1993, C 233, 207). Il nuovo art. 171 T.CE prevede, ora, certe sanzioni: su azione della Commissione, la Corte può «comminare» il pagamento di una somma forfettaria o di una pena allo Stato che non si sia conformato alla sentenza da essa pronunciata (MORI, *Il nuovo art. 171*, par. 2 trattato CE; CUKRI GIALDINO, *Il Trattato di Maastricht*, 205).

¹¹³ Si noti che l'art. 172 non attribuisce direttamente alla Corte di Giustizia alcuna competenza che riguardi sanzioni, ma stabilisce che sia il Consiglio ad attribuirgliela. In mancanza di questa attribuzione, la CGCE, sarebbe comunque competente ad esaminare la legittimità degli atti che irrogano sanzioni (TIZZANO, *La Corte di Giustizia*, 478 nota 585).

Competenza di ampio controllo su provvedimenti applicativi è stata prevista tramite regolamenti che contemplano sanzioni da applicarsi in via non giurisdizionale; ciò non significa che non potrebbe legittimamente darsi una disciplina diversa (¹¹⁴), o addirittura imporsi quando scopo e contenuto della sanzione fossero tali da far ritenere imprescindibile la garanzia giurisdizionale piena e immediata (¹¹⁵), come sarebbe nel caso delle sanzioni penali (almeno di quelle penali-criminali). E una volta che fosse ammessa la sanzione penale comunitaria, la competenza a stabilire la relativa procedura penale conseguirebbe *de plano* (cfr. art. 188 T.CE) (¹¹⁶).

¹¹⁴ Conclude in questo senso FORNASIER, *Le pouvoirs répressifs*, 401 s., 404, il quale esattamente considera, inoltre, che l'art. 87, par. 2, lett. d) T.CE attribuisce ampia discrezionalità al Consiglio nel «definire i rispettivi compiti della Commissione e della Corte di Giustizia nell'applicazione delle disposizioni contemplare dal presente paragrafo», cioè (anche) in riferimento alle ammende e penali di mora di cui alla lettera a) dello stesso paragrafo. A veder bene, in questo ambito non viene in considerazione l'art. 172 T.CE. Si pongono, tuttavia, problemi analoghi a quelli trattati nel testo (v., per taluni profili attuali, BRENT, *The Binding of Leviathan? – The Changing Role of the European Commission in Competition Cases*, 255 ss.).

¹¹⁵ A questo riguardo si rinvia a quanto si riferirà *infra*, Capitolo terzo, sulla rilevanza dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario. Si rinvia, inoltre, a quanto sarà esposto di seguito nel testo, par. 4.4.

¹¹⁶ Cfr., diversamente, VERVAELE, *Compétences in matière de sanctions*, 942. L'A. precisa che la Comunità non dispone di competenze penali indipendenti (p. 942): «L'idée de départ est que la Communauté ne dispose pas de compétences pénales indépendantes. Tant sur le plan de l'enquête et de l'instruction que sur le plan de la sanction, il n'est pas question d'un droit (procédural) pénal communautaire. C'est pourquoi la sanction communautaire ne peut pas être une sanction pénale».

Può ulteriormente notarsi che competenze penali comunitarie indipendenti che comportassero l'applicazione di pene in sede giurisdizionale comunitaria, ben esprimerebbero che la giurisdizione penale in ambito comunitario mantiene come suo indefettibile presupposto la Comunità, piuttosto che lo Stato. Esse rappresenterebbero uno stadio ulteriore di sviluppo della giurisdizione penale, sotto il profilo della sua titolarità, rispetto a quello che si è avuto con la creazione dello Stato moderno (riguardo al quale v., per tutti, PISANI, *La giurisdizione penale*, 4 s.).

Peraltro, anche le competenze penali c.d. non indipendenti sono suscettibili di analoghi rilievi, nell'ipotesi in cui il giudice «interno» sia chiamato ad applicare norme penali comunitarie (v., sul punto, *infra*, Capitolo terzo, par. 6).

4.4. Veniamo, ora, alla fase esecutiva, e all'obiezione fondata sugli artt. 192 e 187 T. CE ⁽¹¹⁹⁾, che rappresenterebbero la chiave di volta della distinzione tra *jurisdiction to prescribe* e *jurisdiction to enforce* ⁽¹²⁰⁾. Da queste disposizioni si desume: I) che non potrebbero configurarsi sanzioni comunitarie diverse da quelle pecuniarie ⁽¹²¹⁾, — poiché, in base a detti articoli, soltanto decisioni che importano obblighi pecuniarî costituirebbero titolo esecutivo —; II) che, comunque, sanzioni comunitarie dovrebbero avere natura non penale (in senso stretto) — perché l'esecuzione è regolata nelle forme civilistiche nazionali, secondo la previsione dell'art. 192 cit. — ⁽¹²²⁾.

In via preliminare è opportuno rilevare ancora una volta che le preclusioni di cui si tratta potrebbero, al più, valere esclusivamente in riferimento a sanzioni c.d. indipendenti. In nessun modo, quindi, risultano suscettibili di pregiudicare in radice una potestà normativa penale comunitaria, anche penale-criminale ⁽¹²³⁾.

⁽¹¹⁹⁾ Art. 192 T. CE: «Le decisioni del Consiglio o della Commissione che impongono, a carico di persone che non siano gli Stati, un obbligo pecuniario costituiscono titolo esecutivo. — L'esecuzione forzata è regolata dalle norme di procedura civile vigenti nello Stato sul cui territorio essa viene effettuata. La formula esecutiva è apposta, con la sola verifica dell'autenticità del titolo, dall'autorità nazionale che il governo di ciascuno degli Stati membri designerà a tal fine, informandone la Commissione e la Corte di Giustizia. — Assolve tali formalità a richiesta dell'interessato, quest'ultimo può ottenere l'esecuzione forzata richiedendola direttamente all'organo competente, secondo la legislazione nazionale. — L'esecuzione forzata può essere sospesa soltanto in virtù di una decisione della Corte di Giustizia. Tuttavia, il controllo della regolarità dei provvedimenti esecutivi è di competenza delle giurisdizioni nazionali». Art. 187 T. CE: «Le sentenze della Corte di giustizia hanno forza esecutiva alle condizioni fissate dall'articolo 192».

Riguardo agli obblighi pecuniarî formanti contenuto delle sanzioni che la Banca centrale europea ha il potere di irrogare, alle condizioni stabilite dal Consiglio secondo quanto prevede il nuovo art. 108 A T. CE (v. anche artt. 34, 3 e 42 SEBC), deve ritenersi l'applicabilità dell'art. 192 T. CE in forza del rinvio fatto a questo articolo dall'art. 34.2 dello Statuto SEBC (CIRI GIARDINO, *Il Trattato di Maastricht*, 134, L'A. ritiene che forza esecutiva alle sanzioni della BCE possa riconoscersi in forza sia dell'art. 34, par. 2 dello Statuto SEBC, sia per motivi di coerenza del sistema sanzionatorio nei confronti delle imprese).

⁽¹²⁰⁾ BRIDGE, *Procedural Aspects of the Enforcement of European Community Law*, 28 ss.

⁽¹²¹⁾ FORNASIER, *Le pouvoirs répressifs*, 413.

⁽¹²²⁾ GRASSO G., *Comunità europea*, 56 e 49.

⁽¹²³⁾ SCHOCKWILLER, *La répression des infractions*, 4.

Riguardo all'esclusione di sanzioni penali comunitarie (indipendenti), si noti che l'art. 192 T. CE, in relazione a sanzioni che diano luogo ad obblighi pecuniarî, è suscettibile di essere interpretato nel senso che tali sanzioni, qualora siano da ritenersi di natura penale, nonostante ciò soggiacciono all'esecuzione secondo canoni civilistici. Pertanto, l'art. 192 T. CE non è in grado di sorreggere la negazione dell'esistenza di sanzioni penali comunitarie indipendenti, ma al più ne limita la tipologia. E per ora non pare escludibile l'ipotesi che, se conveniente e necessario, sia fatto rinvio agli ordinamenti nazionali (con o senza armonizzazione) per la disciplina dei casi in cui sanzioni penali pecuniarie rimangano inesorabili.

Ad ogni modo, va notato che l'art. 192 T. CE non disciplina l'obbligatorietà di atti comunitari ⁽¹²⁴⁾, bensì l'esecuzione forzata ovvero la natura di titolo esecutivo di atti che importano certi obblighi pecuniarî aventi, quindi, titolo comunitario ⁽¹²⁵⁾. Perciò l'art. 192 cit. non pregiudica immediatamente l'esistenza di sanzioni indipendenti aventi contenuto diverso da quello pecuniario, di atti comunitari sanzionatori e della loro obbligatorietà. Vale a dire: la questione della ammissibilità di sanzioni di natura penale deve essere risolta a prescindere dall'art. 192 T. CE, e residua, semmai, il problema del riconoscimento della natura di titolo esecutivo, non già dell'obbligatorietà, degli atti sanzionatori punitivi, quando non abbiano a contenuto obblighi pecuniarî, l'obbligo degli Stati di mandarli ad esecuzione rimanendo, comunque, e se del caso, impregiudicato — anche se il caso non sempre si porrebbe, come subito si dirà.

Il problema della forza esecutiva in questione non sempre si pone come rilevante, nel momento in cui sia riconosciuta una potestà normativa penale comunitaria. Infatti, sanzioni punitive aventi come contenuto una negazione o comunque una limitazione di qualsiasi pretesa nei confronti della Comunità, non abbisognano di esecuzione forzata (nel senso finora considerato) qualora sussista e sia sufficiente una mera efficacia immediata del provvedimento sanzionatorio. Si pensi, p.es., a sanzioni consistenti nella revoca o perdita di vantaggi futuri, o nella confisca di una certa cauzione, sanzioni concepite in senso punitivo.

⁽¹²⁴⁾ TIZZANO, *sub art.* 187, 1375.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. BIAVAT-CARREY, *Dritto processuale comunitario*, 350 ss.

tivo⁽¹²⁾, e per le quali l'esecuzione si esaurisca tutta in sede comunitaria.

Laddove, al contrario, sia necessaria l'opera di organi degli Stati membri, sembrano assumere importanza le citate disposizioni del Trattato che disciplinano la natura di titolo esecutivo, e la forza esecutiva di atti comunitari. Si noti, però, che il rinvio all'art. 192 T.C.E. da parte dell'art. 187 stesso Trattato non significa che sentenze comunitarie di condanna acquisino forza esecutiva soltanto nelle ipotesi in cui abbiano a contenuto obblighi pecuniari. Infatti, ogni sentenza di condanna è suscettibile di esecuzione forzata, dato che l'art. 192, co. 1, T.C.E. deve intendersi come una limitazione riferita soltanto ai titoli di formazione non giurisdizionale, non estensibile alle sentenze o alle ordinanze – e, cioè, una limitazione nel senso che decisioni del Consiglio o della Commissione aventi contenuto diverso da detti obblighi non costituiscono titolo esecutivo⁽¹³⁾.

Vi è, comunque, un'osservazione più generale riguardo alla valorizzazione del riferimento all'ambito civilistico contenuto negli artt. 192 e 187 T.C.E. Se questi articoli si riferiscono al campo civilistico, non si vede la ragione di impegnarne il significato con riferimento a sanzioni penali, non importa se in senso affermativo o negativo.

Di conseguenza, pare più aderente al dato testuale riconoscere che il problema dell'esecuzione di sanzioni penali, qualora si ponga, può trovare, e anche altrove, la sua soluzione. Come abbiamo indicato, altri enunciati sono in grado di far desumere che la potestà punitiva comunitaria comprende (anche) sanzioni non considerabili nel contesto dei ridetti artt. 187 e 192. La questione dell'esecuzione di sanzioni punitive investe il significato delle sopra menzionate norme suscettibili di lettura in senso attributivo di potestà sanzionatoria anche penale, compreso l'art. 172 T.C.E. Soprattutto, rileva il significato dello stesso art. 172 nella parte in cui prevede l'eventualità che tramite regolamenti co-

⁽¹²⁾ Per le opportune distinzioni delittive, anche in riferimento alla legislazione vigente, secondo che le menzionate sanzioni abbiano contenuto repressivo/ripulitivo, o punitivo, v. VOGEL, *Die Kompetenz*, 185 s.

⁽¹³⁾ BIAVATI-CARPI, *Diritto processuale comunitario*, 353 (anche in riferimento al rilievo di TIZZANO, *sub* art. 187, 1374, secondo il quale l'art. 187 T.C.E. rinvia all'art. 192 T.C.E. soltanto per il secondo e terzo comma, e non già per il primo).

munitari siano costruire fattispecie per cui sentenze della Corte di giustizia (o del Tribunale di primo grado) immediatamente impongano, infliggano sanzioni penali. Se si ammettesse tale eventualità, sarebbe coerente ritenere che sia dato di disciplinare l'esecutività delle relative decisioni tramite gli stessi regolamenti: un potere, in definitiva, quanto meno implicato dalla previsione di sanzioni penali destinate ad essere inflitte, imposte tramite organi giurisdizionali comunitari.

CAPITOLO TERZO

SUI FONDAMENTI GIUSTIFICATIVI DELLA CONSIDERAZIONE COMUNITARIA DELLA PENA

SOMMARIO: 1. Diritto c.d. «non scritto», principi generali del diritto comunitario e processi di integrazione giurisprudenziale del diritto costituzionale comunitario (art. 164 T.CE). - 2. Riconoscimento dei diritti umani fondamentali in diritto comunitario, in quanto principi generali di tale diritto; fonti di ispirazione dei principi generali. - 3. Problemi e criteri di individuazione ed impiego giurisprudenziali dei diritti umani fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario; concordanza pratica dei valori e ragionevolezza; carattere aperto del diritto costituzionale e carattere aperto del diritto costituzionale penale; profili comparatistici. - 4. Notazioni sul valore del precedente giurisprudenziale in diritto comunitario; il precedente come parte integrante dell'*acquis communautaire*, fonte di cognizione del diritto; nota sull'approccio penalistico. - 5. Rilevanza dei diritti umani fondamentali rispetto alla questione della competenza penale comunitaria; competenza comunitaria su tali diritti. - 5.1. Dimensione c.d. soggettiva, prospettiva di liberalizzazione, competenza penale negativa: negazione-restrizione della sfera di punibilità determinata dagli Stati membri o dalla Comunità; conseguenze: principi generali comunitari di diritto penale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. - 5.2. Dimensione c.d. oggettiva, prospettiva di repressione, competenza penale positiva; conseguenze (ancora su) gli obblighi di penalizzazione imposti agli Stati membri; responsabilità civile e penale degli Stati membri per lesione di diritti individuali causata da omessa penalizzazione (il caso Francovich: CGCE, 19 novembre 1991, 6 e 9/90)?; ulteriori sviluppi (rinvio). - 6. Pluralità di concezioni dei diritti umani e conflitto di competenza tra Stato membro e Comunità. 6.1. Importanza del ruolo del giudice interno nella risoluzione di una questione sulla competenza penale comunitaria; l'Europa dei giudici, il «concordato giurisprudenziale» e l'ipotesi di un suo fallimento. 6.2. Interlegalità e internormatività penale? Regolamenti comunitari penalmente rilevanti e obbligo di interpretazione estensiva di norme penali nazionali; norme regolamentari ad efficacia c.d. riflessa sul diritto penale nazionale. 6.2.1. Competenza penale comunitaria e problema dell'attribuzione di rilevanza penale alla norma comunitaria; il caso SALL (CGCE,

21 marzo 1972, 82/71), 6.3. Direttive «penali», direttive penali «decreti», interpretazione penale conforme alle direttive e giurisprudenza interna. - 7. La necessità di una competenza penale comunitaria: il presupposto del fallimento del modello dell'affidamento del diritto penale agli Stati; sussidiarietà del diritto comunitario e sussidiarietà del diritto penale comunitario; inefficienza dell'azione statale e potenziale proficuità dell'azione comunitaria.

Dalla decisione "mais greco" e dalla giurisprudenza successiva sono emerse rilevanti basi di una politica criminale comune europea (¹), basi costituzionali. Soprattutto, si manifestano orientamenti comunitari nel senso della penalizzazione e secondo una autonomia pretesa punitiva comunitaria. Rispetto alla sentenza mais-greco una dottrina penalistica tra le più avvertite coglie che la deduzione del mezzo dallo scopo (*Zweck-Mittel-Schlus*), sul piano dell'interpretazione dell'art. 5 T.C.E., si rapporta alla funzione di integrazione del diritto comunitario; la stessa dottrina riconosce la legittimità di siffatto procedimento interpretativo - benché lo ricolleggi agli inizi dello Stato moderno, sotto il profilo storico-istituzionale (²). Reputa, infatti, impossibile valutare la Comunità secondo criteri di paragone applicabili ad una sviluppata entità statale.

La considerazione degli orientamenti di fondo, dei valori scopi che assumono a principi generali del diritto comunitario, del peso che questi assumono nel combinarsi in relazione alle concrete situazioni di interesse comunitario, gioca un ruolo decisivo, anche se non esclusivo, sul piano interpretativo (³), in funzione propulsiva dell'espansione del diritto comunitario, come emerge dalla stessa attribuzione che la Corte

(¹) La dottrina penale ne ha già iniziato la scoperta. Cfr. GRASSO G., *L'incidenza del diritto comunitario*. E v. SALAZAR, *Prospettive per una politica penale europea nel dopo Maastricht*, 322.

(²) TIEDEMANN, *Diritto comunitario*, 231. Cfr. il par. 89 *Einführung des Allgemeinen Landrecht für Preussischen Staaten* (1794): "Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann". Al riguardo, BÖHM, *Kompetenzabgrenzung*, 159.

(³) Cfr. CGCE, 28 febbraio 1973, 6/72, *Europemballage Corporation e a./Commissione*, in *Raccolta*, 1973, 243 s.

te di Giustizia si riconosce, in base all'art. 5 T.C.E., a decidere in materia penale.

Parimenti dicasi per l'apprezzamento in genere dell'estensione delle competenze comunitarie. Non a caso la chiave di volta del processo interpretativo che conduce alla costruzione dei poteri impliciti viene individuata nell'obbligo degli Stati di cooperare con le istituzioni comunitarie affinché esse possano adempiere i loro compiti, e soprattutto nell'obbligo per gli Stati di astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del trattato (art. 5, co. 2, T.C.E.) (⁴). Se ne desume una *rule of reason* in forza della quale l'efficienza dell'azione e il conseguimento dell'interesse comunitario costituiscono la principale giustificazione - sia nel fondamento che nel limite - della normativa comunitaria.

In complesso, il valore degli scopi comunitari risulta determinato nel senso dell'attuazione progressiva dei trattati, dell'Ente. L'argomentazione ove la conclusione sul mezzo deriva dallo scopo va intesa nella sua specifica cornice interpretativa sulla base del dato testuale e di quello "reale", si manifesta la struttura pratica del diritto comunitario, che è apprezzabile soprattutto in quel "punto archimedeo" rappresentato dal momento dell'applicazione, e quindi anche tramite la giurisprudenza (⁵) che concretizza (⁶) le indicazioni costituzionali. E, per la verità, l'impiego della c.d. razionalità rispetto allo scopo in funzione normativa è ormai una componente acquisita della lettura delle enunciazioni di valore, nella costruzione e impiego dei c.d. programmi di scopo, contenuti nelle Costituzioni statali (⁷). La rilevanza degli scopi nel diritto e nella giurisprudenza comunitaria, piuttosto che richiamare passare connotazioni assolutistiche dello Stato, ne ricorda di attuali

(⁴) Cfr. RINELLA, *Osservazioni in ordine alla ripartizione delle competenze tra Comunità europea e Stati membri alla luce del principio di sussidiarietà*, 435 s., 447. Per ulteriori rilievi sul collegamento tra art. 5 T.C.E. e ed effetto utile, anche in relazione alla decisione «mais greco», v. TIZZANO, *La ruota dei poteri*, 23.

(⁵) Cfr. BÖHM, *Kompetenzabgrenzung, passim*, e in part. 223 (ivi ult. ind.).

(⁶) ENGELSCH, *Die Idee der Konkretisierung*.

(⁷) V. al riguardo, in generale, BAROTTE, *Principi, passim*, e, anche in relazione alla situazione germanica, ZACHARSKI, *Il diritto*, 152 ss. Ult. ind. *infra*, par. 3, e nel Capitolo quinto.

in riferimento alla "gestione" della funzione normativa delle Costituzioni da parte delle Corti costituzionali⁽⁸⁾.

1. L'interpretazione assume un peculiare ruolo determinante rispetto ai modelli di sviluppo del diritto comunitario e delle conseguenze che essi comportano rispetto all'estensione di tale diritto in ambito penale. È un ruolo che, come di seguito emergerà, trova un'ampia base portante nel caposaldo della carta costituzionale comunitaria, l'art. 164 T.C.E., di cui è già poco sopra affiorata una notevole importanza⁽⁹⁾.

L'art. 164 T.C.E. impone, oltre che il rispetto del trattato, il rispetto del «diritto» *tout court*, la difesa, tutela del diritto (*ensure...the law is observed; Wahrung des Rechts*): «La Corte di giustizia assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente trattato»⁽¹⁰⁾. La Corte è competente a pronunciarsi, tra l'altro, oltre che sulla violazione del trattato, su quella di «qualsiasi regola di diritto» relativa all'applicazione del trattato stesso (art. 173 T.C.E.).

Dunque, rispetto del diritto e del trattato da parte di chiunque. Merita notare subito l'ampiezza del richiamo al diritto, la posizione affiancata del diritto e del trattato e il riconoscimento diffuso che principi e fondamenti del diritto legittimamente servono al riempimento di lacune e al completamento del diritto comunitario⁽¹¹⁾. Quest'ultima,

⁽⁸⁾ Sulla quale v., per ora, solo CERVATI, *La tema di interpretazioni della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, 55 ss.

Lo stesso TIEDERMANN (*Diritto comunitario*, 231) rileva l'impiego dell'argomentazione scopo-mezzo anche sul piano nazionale, da parte del Tribunale costituzionale tedesco - in relazione alla nota decisione del 22 ottobre 1986 in tema di rapporti tra diritto nazionale e diritto comunitario, c.d. *Solange II* (v. Capitolo quinto, nota 42).

⁽⁹⁾ Capitolo secondo, par. 1, e 2.

⁽¹⁰⁾ V. anche art. 31 T.C.E.C.A. e art. 136 T.EURATOM.

⁽¹¹⁾ Per tutti, SCHWEITZER-HUMMER, *Europarecht*, 105, i quali peraltro non perciò rinunciano a distinguere tra funzioni di controllo della legalità e funzioni che ne starebbero fuori (*Gestaltungsaufgaben*).

Cfr. MENGOZZI, *European Community Law*, 165, che, in tema di «filling gaps in Community law», e sul presupposto che «Solving a problem of Community law

specificca, funzione integrativa è palesata anche dall'art. 215 T.C.E., che in materia di responsabilità contrattuale della Comunità fa riferimento ai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri».

Più ampiamente, tramite l'art. 164 cit. è stato aperto il campo, come comunemente si afferma, al diritto c.d. non scritto⁽¹²⁾. Il «principio di osservanza del diritto»⁽¹³⁾ è cardine imprescindibile in grado di rappresentare il punto di partenza verso l'assorbimento di tutto quanto si ritenga ascrivibile al diritto e quindi alla comunità di diritto⁽¹⁴⁾. Si afferma, invero, che l'ordine giuridico di fondo è sostanzialmente di logica umana e giuridica che è «sistema universale» cui va demandata l'integrazione per risposte concrete⁽¹⁵⁾.

Effettivamente, con clausola generale, tramite l'art. 164 T.C.E. al diritto in complesso, e a quanto vi appartenga, è stato fornito un titolo di legittimazione positiva, nel senso che così il «diritto» è stato, comunque, posto da una autorità; ma, certo, non nel senso che esso possa per ciò solo concepirsi come precostituito, circoscritto una volta per tutte⁽¹⁶⁾. La sua menzione, se da un lato, manifestando un'aspira-

often requires reference to values, usually called «principles», which are other than those provided by pure logic», conclude col rilievo che «such «principles» are often found only outside the Treaties and the derivative Community acts».

⁽¹²⁾ Per l'espressa menzione degli «elementi non scritti» del diritto comunitario v., p.es., CGCE, 12 novembre 1969, Stauder, in *Raccolta*, 1969, 419. Cfr. TRABUCCHI, *Per una visione sistematica*, 12, anche in relazione alla decisione in causa Merinzi, laddove è stato espressamente ritenuto che la mancanza di una fonte scritta non esclude l'esistenza di un diritto da applicare.

⁽¹³⁾ CAPRISO, *Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, 942.

⁽¹⁴⁾ V., per tutti, GRABITZ (*Europäisches Verfassungsrecht. Gemeinschaftsrechtliche Grundzüge des Verfassungsrechts*, 1778) il quale nota che l'articolo 164 T.C.E., tramite la nozione di diritto, offre la chiave materiale e formale per una concezione della Comunità come comunità di diritto.

⁽¹⁵⁾ TRABUCCHI, *Regole di diritto*, 520.

⁽¹⁶⁾ Cfr., in diversa prospettiva, TRABUCCHI, *Regole di diritto*, 521, secondo cui «quei superiori principi di diritto entro i quali, per presupposto, è chiamata a vivere ognuna delle Comunità europee, non presentando anche il titolo di una legittimazione positiva, ben a ragione potrebbero venire sussunti nella categoria di cui parla Costa di un diritto naturale vigente, termine che non spaventa più il giurista moderno per qualificare le soluzioni che, sempre nello svolgimento di un ordine giuridico, «hominem sapientem» (Cfr. COSTA, *Diritto naturale: ideale o vigente*,

zione all'universale presupposto, è in grado di suscitare perennemente l'inesausto problema definitorio, per le soluzioni del quale, tuttavia, «ogni elenco sarebbe inadeguato»⁽¹⁷⁾, dall'altro però apre alla considerazione di quella pluralità di fonti che da sé pregiudica la possibilità di una definizione unitaria e stabile⁽¹⁸⁾; in nessun modo è rinvenibile un principio di tassatività delle fonti⁽¹⁹⁾. Al fondo vi è e rimane un problema di conoscenza, di sicurezza-cerchezza.

Il richiamo al diritto ripropone questi problemi se addirittura non li acuisce. Esso si risolve concretamente in un rinvio al diritto c.d. liberale⁽²⁰⁾. L'art. 164 T.CE pone questo diritto al confronto (reciproco)

639; ma v. pure CORTA, *I principi generali del diritto*, 495 ss.: «diritto positivo che risulta naturale» (509).

L'opzione giusnaturalistica avvia la riflessione sul «naturale», riguardo al quale si propongono serie difficoltà di superamento dell'obiezione non-cognitiva (v. al riguardo gli studi di ZACCARIA, *Il punto archineale*; Id., *La normalità della natura nella più recente filosofia italiana*, in AA.VV., *Problemi di etica, fondazione, norme, orientamenti*, 325; nonché BOBBIO, *L'illusione dei fondamenti assoluti*, in *Le fondamenti des droits de l'homme*, 7 s.; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*). Del resto, il diritto naturale non è mai riuscito a porre regole fisse di misura del rapporto tra i vari principi postulati, a risolverne i conflitti, e d'altra parte anche l'imperativo fondato sulla ferma fiducia in una legge morale assolutamente valida per ogni tempo e per ogni luogo non ha mai potuto prescindere dalla necessità che ha il soggetto di modellare la sua azione dentro la situazione in cui, volente o nolente, deve operare (Cfr. AA.VV., *L'etica della situazione*; FROSINI, *Etica della regola ed etica dell'eccezione*, in Id., *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, 17; MENCONI, *Ermenetica e dogmatica nella scienza giuridica*, 109). Vero è che potrebbe ormai affermata la tendenza al superamento dell'alternativa secca giusnaturalismo-giuspositivismo (ZACCARIA, *L'arte*, 210; KAUFMANN, *Dal giusnaturalismo*), con la consapevolezza della provvisorietà e limitatezza di ogni giustificazione di un insieme di principi per la convivenza (CATANIA, *Introduzione allo studio del diritto*, 104) e però con il riconoscimento che, il diritto, dei valori non può fare a meno (BOBBIO, *Essere, passare, SCARFELLI, Dalla legge al codice, del codice ai principi*, 3 ss.).

⁽¹⁷⁾ BOBBIO, *Diritto*, 770.

⁽¹⁸⁾ Cfr. REBUTTA, *Diritto*, 9. Solo per un primissimo approccio v. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*; MACCORMICK-WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*; FAZZA, *Introduzione*; LAMPY, *Die vier Dimensionen*.

⁽¹⁹⁾ Su questo principio v. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo*, 88.

⁽²⁰⁾ Rispetto a concezioni strettamente giuspositivistiche. Sulla nozione, in generale, per tutti, LOMBARDI VALLAURI, *Diritto libero*, 279 ss., e 283 per il caso del richiamo esplicito in testi legislativi; PARESCE, *Fonti del diritto*, 903 ss.

con la legge del Trattato: il prodotto ne risulta come diritto comunitario.

Pertanto, sono implicate azioni di individuazione del diritto (anche costituzionale), processi di «positivizzazione» integrativa. Ciò non sorprende se ci si pone in una prospettiva che comunque veda la positività giuridica come l'esito di un procedimento e di una prassi articolata di soggetti, procedimento e prassi che continuamente si fanno costruendosi necessariamente a partire dagli enunciati su cui si esercita l'azione ermeneutico-decisionale, per la quale gli atti applicativi susseguenti alla legislazione implicano prestazioni di natura produttiva e creatrice, che determinano sempre nuove possibilità di concretizzazione del diritto e delle istituzioni giuridiche esistenti⁽²¹⁾. Così, infatti, la positività diventa piuttosto una «inesausta apertura di potenzialità» che una loro definitiva chiusura⁽²²⁾: diritto positivo possibile, allora, prefigurante scelte tra più alternative possibili. Scelte pratiche avranno l'unica norma che potrebbe, in definitiva, correttamente dirsi positiva, quella «individuale»⁽²³⁾ che si determina sul caso concreto⁽²⁴⁾.

Cfr. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, 411 ss., il quale sostiene che «nessuna norma dei Trattati comunicati conferisce espressamente alla Corte il potere di «fare ricorso al diritto non scritto» (411), che la questione sull'esistenza di un riferimento giustificativo negli art. 164 e 173 T.CEE non è un «problema capitale», e tutto si riduce al riconoscimento della «funzione creativa della giurisprudenza» (CJCE, *Principi*, 543; «non dà indicazioni circa le regole giuridiche alle quali la Corte di Giustizia si deve attenere».

Sul piano penalistico, in quanto ricorre HASSEMER (*Einführung in die Grundzüge des Strafrechts*, 197 ss.) sono riscontrabili le difficoltà roccie dalla differenza tra un richiamo al diritto e un richiamo alla legge, anche sul piano nazionale (rispetto all'art. 20 III della Legge fondamentale tedesca, che prescrive il vincolo del giudice al diritto oltre che alla legge).

⁽²¹⁾ ZACCARIA, *Sul concetto di positività del diritto*, ora in Id., *L'arte dell'interpretazione*, 209.

⁽²²⁾ ZACCARIA, *Sul concetto*, 222.

⁽²³⁾ ZACCARIA, *Sul concetto*, 222 ss., 229 s. anche per la concezione dell'ordinamento come metodo mediante il quale, nonché realizzarsi un ordine sociale, dinamicamente si procede ad un'unificazione organizzativa e regolativa, secondo un generale criterio normativo, assunto come modello, dell'intero materiale giuridico: «Esso funziona come schema interpretativo e regolativo, destinato ad inquadrare e spiegare comportamenti, a conferire un significato a fatti e fenomeni sociali: ogni nuovo caso concreto, d'altronde, mettendo in questione la totalità dell'ordi-

In queste scelte la Corte di giustizia ha un ruolo dominante ⁽²⁾ perché, con i relativi procedimenti giudiziari e assieme ai soggetti che vi partecipano ⁽³⁾ è strumento qualificato di garanzia, essendo investita della «particolare missione» di assicurare il rispetto del diritto ⁽⁴⁾. Fra tutti i soggetti concreti del riconoscimento del diritto, la Corte comunitaria gode di attenzione preferenziale per il valore autoritativo del suo giudizio nei confronti di quello proveniente da un altro soggetto qualificato al riconoscimento istituzionale, il legislatore comunitario, e rispetto, inoltre, al giudizio dell'esecutivo comunitario.

2. Il diritto appare nella giustificazione delle decisioni della Corte, soprattutto nella specie dei principi generali del diritto. Su questa base, si è inserita nel diritto comunitario la considerazione della tutela dei diritti umani fondamentali, il modello c.d. umanocentrico ⁽⁵⁾ per cui i diritti umani costituiscono il tentativo di indicare i valori (il rispetto della dignità della persona umana) e i disvalori (la negazione di quella dignità) che gli Stati nonché la Comunità dovrebbero prendere come criteri discriminanti nella loro azione ⁽⁶⁾; i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti come condizioni di possibilità della democrazia

nammentò stesso, senza sosie lo costringe a rideterminarsi e a ridefinirsi secondo nuove formulazioni, dettate dalla ragion pratica» (cfr., riguardo all'inutilità del concetto di ordinamento giuridico, TARELLO, «*Ordinamento giuridico*», in *Id.*, *Cultura giuridica*, 173 ss.).

⁽²⁾ Questo è, in altri termini, il c.d. diritto vivente (cfr. MENGONI, *Diritto vivente*, 445 ss.; MENGONELLI, *Breve nota sulla tanto diffusa nozione di diritto vivente*, 2305 ss.), vivente come pratica sociale, come esperienza giuridica la cui nozione ha carattere inevitabilmente polivalente, o meglio dipendente dal valore che le si assegna, quando voglia uscire dal suo proprio significato puramente problematico (cfr. OPOCHER, *Esperienza giuridica*, 746).

⁽³⁾ Cfr. TIZZANO, *La Corte di Giustizia*, 32.

⁽⁴⁾ Sul valore della dimensione partecipativa al giudizio della Corte v. Capitolo quarto, par. 6.

⁽⁵⁾ PISCATORE, *Les objectifs de la Communauté Européenne*, 328.

⁽⁶⁾ Cfr. FIOROTI, *Per una filosofia dei diritti umani nella prospettiva di un nuovo ordine internazionale*, 912.

⁽⁷⁾ CASSESE A., *I diritti dell'uomo nel mondo contemporaneo*, 202.

pluralistica e istituzionalizzati quali criteri di legittimazione del diritto positivo ⁽⁸⁾.

Vi è stato, infatti, un riconoscimento di tali diritti da parte della Corte di giustizia che ne ha esplicitato l'esistenza come principi generali del diritto comunitario, proprio in forza del compito attribuito di garantire l'osservanza del diritto ⁽⁹⁾. La Corte ha progressivamente dato vita ad un *Bill of Rights* c.d. non scritto ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Con riferimento all'esperienza civilistica, MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, 516.

⁽⁹⁾ CGCE, 12 novembre 1969, 29/69, Sauder, in *Raccolla*, 1969, 419, Id., 17 dicembre 1970, 11/70, Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel, ivi, 1970, 1125; Id., 14 maggio 1974, 4/73, Nold/Commissione, ivi, 1974, 491; Id., 13 dicembre 1979, 44/79, Hauer/Land Rheinland-Pfalz, ivi, 1979, 3727; Id., 13 luglio 1989, 5/88, Wachauf, ivi, 1989, 2609; Id., 8 aprile 1992, 62/90, Commissione/RFT, ivi, 1992, 2575; Id., 5 ottobre 1994, 404/92, X/Commissione, in *Bolettino*, n. 27/94, 12.

In dottrina, in generale, TISABO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, 426; TRABUCCHI, *Regole di diritto e principi generali del diritto nell'ordinamento comunitario*, 511; MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, 1; RUSSELL, *Ricerche sul ruolo della persona*, DARMON, *La prise en compte des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes*, 23 ss.; TREBINZ, *Atto unico e tutela dei diritti dell'uomo*, 296. Per la dottrina penalistica: GRASSO G., *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una splicità criminale europea?*, 65; Id., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, 621; BERNARDI, *«Principi di diritto» e diritto penale europeo*, 156 ss.

Rilevati critici generali sulla giurisprudenza della CGCE in tema di diritti fondamentali sono avanzati da COPPEL-O'NEILL, *The European Court of Justice: Taking Rights seriously?*, ma v. le più fondate contro-obiezioni di WELER-LOCKART, «*Taking Rights Seriously*», *Seriously: The European Court and its fundamental Rights jurisprudence*.

⁽¹⁰⁾ MANCINI, *The Making of a Constitution of Europe*, 611; RECCHIA, *Corte di Giustizia delle Comunità Europee e tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca. Verso un «catalogo» europeo dei diritti fondamentali?*, 126.

Si noti che prospettive ancorate ad un modello costituzionale precostituito, comprensivo p.es. di un c.d. catalogo dei diritti fondamentali scritto o meglio codificato, in un dato modo conformato, o comunque strutturato sulla falsariga di un certo assetto nazionale (v. p.es. FROWEIN, *Die Herausbildung europäischer Verfassungsgrundsätze*, 149) sono difficilmente o per nulla in grado di utilizzare il

Fonti di ispirazione per la formulazione dei principi generali del diritto comunitario, quindi anche dei diritti fondamentali comunitari, sono, secondo la Corte, anzitutto le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e i trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo, trattati cui gli Stati stessi hanno aderito, compresa la Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁽¹⁹⁾.

Tuttavia queste fonti, in riferimento soprattutto a figure e contenuti prodotti nella tradizione di giurisprudenza pratica e secondo un processo detto di comparazione avalorativa⁽²⁰⁾, la Corte tende a rico-

loro modello in rapporto all'Unione europea e alla Comunità europea, ed anzi lo costruiscono in tal modo proprio al fine di negare carattere costituzionale all'ordine sovranazionale. Sotto questo profilo, genera perplessità l'affermazione, da parte di chi (per tutti Da Costa-Vinçosa-Piccola, *Y a-t-il des limites*, 12 s.) non riconosce il carattere costituzionale dell'impianto comunitario – e peraltro preferisce parlare di «tappe di costituzionalizzazione» che «en évoquant l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ... sans une catalogie opérant des droits fondamentaux, une constitution *proprio sensu* n'existe pas», e ancor più questa affermazione sorprende in considerazione del fatto che contestualmente si riconosce che «la découverte par la Cour de Justice, dans le traité, d'un catalogue non écrit des droits fondamentaux constitue également une étape essentielle de la constitutionnalisation du traité», e certo non si disconosce l'operatività di un siffatto catalogo. Così, allora, la «costituzione *proprio sensu*» dipenderebbe, in definitiva, dalla mera scrittura di quel catalogo, se non da una norma superiore arbitrariamente assunta come tale, individuata nella menzionata Dichiarazione.

D'altro canto, la pretesa di un «catalogo» – come affermarsi anche in ambito penale (PATRONO, *Diritto penale dell'impreca*, 145 s.) – è strettamente collegata soprattutto al convincimento che i testi costituzionali forniscono chiaramente risolutivi rapporti di gerarchia tra valori, il che, a nostro parere, non risulta confermarsi (v. *infra*, par. 3, e nel Capitolo quinto, par. 3 e 4).

⁽¹⁹⁾ La Corte ha fatto riferimento, tra l'altro, nei congrui casi, oltre che alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848, G.U. 24 settembre 1955, n. 221), al quarto Protocollo aggiuntivo del 1963 (reso esecutivo in Italia con d.P.R. 14 aprile 1982, n. 217, G.U. 6-7 maggio 1982, n. 124), alla Carta sociale europea del 1961 (ratificata in Italia con l. 3 luglio 1965, n. 929, G.U. 3 agosto 1965, n. 193, suppl. ord.), e alla Convenzione OIL, n. 111 del 1958 sulla discriminazione nell'impiego e nella professione (ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 6 febbraio 1963, n. 405, G.U. 6 aprile 1963, n. 93).

⁽²⁰⁾ Cfr. GRASSO, *Comunità Europee*, 61; BERNARDI, «Principi di diritto», 174

struire quanto di comune vi è nei vari diritti di cui fruisce l'Europa, ne vaglia le possibilità di trasposizione nell'ambito comunitario alla stregua della loro comparabilità con la struttura e le finalità comunitarie e fissa, quindi, la soluzione migliore per la Comunità stessa, senza stretti vincoli a soluzioni già sperimentate nei diritti statali o nel diritto internazionale⁽²¹⁾.

Il diritto comunitario si evolve sulla base di un così ampio criterio, connotato da una già evidente complessità delle valutazioni coinvolte e rivelatore, quindi, della forte componente normativa dell'azione della Corte, come di quella di ogni altro interprete, che arricchisce il diritto comunitario anche costituzionale⁽²²⁾.

Questi aspetti dinamici sono ormai una componente essenziale del diritto comunitario e ne condizionano l'evoluzione anche sul piano del progressivo aggiornamento dei trattati (la giurisprudenza determina la legge); talune fonti di ispirazione indicate dalla Corte sono state in se-

⁽²¹⁾ Tra le decisioni citate sopra in nota 31, possono ricordarsi quelle nei casi *Saunders*, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Nold*, *Hauer* («eventuali questioni relative alla violazione di diritti fondamentali mediante atti emanati dalle istituzioni della Comunità possono essere valutate unicamente alla stregua del diritto comunitario. Il richiamo a criteri di valutazione speciali, propri della legislazione o del sistema costituzionale di uno Stato membro, inciderebbe inevitabilmente l'unità del mercato comune e comprometterebbe la coesione della Comunità, l'unità del mercato comune e comprometterebbe la coesione della Comunità, giacché menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario»), *Wachauf* («i diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte non risultano però essere prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la sostanza di tali diritti»); *X/Commissione* («il diritto alla tutela della sfera privata, sancito dall'art. 8 della CEDU e che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, costituisce uno dei diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Esso comporta in particolare il diritto di una persona a tenere segreto il suo stato di salute. Tuttavia si possono apportare restrizioni ai diritti fondamentali, a condizione che esse rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa del diritto così garantito»).

⁽²²⁾ V. *amplius infra*, par. 4.

giuro menzionate nel citato Preambolo dell'Atto unico europeo; e il nuovo art. F par. 2 TUE, che ha ribadito la rilevanza dei diritti fondamentali nel diritto comunitario, stabilisce sì che l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ma sempre (in tanto) «in quanto principi generali del diritto comunitario»⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ Riguardo all'azione dell'Unione, può notarsi che l'art. L TUE sembra escludere, a prima vista, il sindacato della Corte di giustizia sul rispetto dei diritti fondamentali nella trattazione dei cennati settori penalistici della giustizia e degli affari interni di cui al Titolo VI TUE, art. K ss., benché questo rispetto sia imposto, oltre che dal generale art. F par. 2, dall'art. K.2 dello stesso Titolo VI, ove sono richiamate la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione sui rifugiati (sull'intenzione storica sottesa all'art. L TUE, di escludere i "pilastri" della PESC e della CGAI dal controllo della Corte insistere sul rispetto dei diritti fondamentali, v. CURTI GIALDINO, *Il trattato di Maastricht*, 46. E cfr. LABAYLE, *L'application de titre VI*, 54 e 58, per il rilievo della previsione facoltativa, in convenzioni, del ricorso alla CGCE, di cui all'art. K.3, ultimo par.: «la Cour de justice est donc la grande absente». Ulteriori indicazioni nel Capitolo quarto, par. 7).

Tuttavia, secondo TESAURO (*I diritti fondamentali*, 427; e v. anche NASCIBENE, *Brevi ricerche*, 233 s.) l'esclusione di cui all'art. L può risultare non «decisiva», nella misura in cui appare difficilmente immaginabile che la Corte non tragga alcuna conseguenza dalla dichiarazione di cui all'art. F. Quest'ultimo, infatti, qualifica i diritti fondamentali come «principi fondamentali del diritto comunitario», concetto questo che comprende, necessariamente, almeno il diritto dei trattati costitutivi e delle loro successive revisioni» (Cfr. COSTANTINISCO, *La struttura*, 271 ss., che conclude per una radicale esclusione, e d'altra parte non manca di evidenziare che lo stesso art. L risulta «giustificabile». V., inoltre, per la piena applicazione dell'art. F.2 a tutta la materia comunitaria propria ex art. L CURTI GIALDINO, *Il Trattato di Maastricht*, 46).

Può rammentarsi, comunque, che la CGCE si è già espressa (prima dell'entrata in vigore del Trattato sull'Unione) in un senso corrispondente all'idea che l'art. 164 T.CE, quindi la garanzia giurisdizionale assicurate alla funzione della Corte di assicurare l'autonomia dell'ordine giuridico comunitario, costituiscono limiti materiali alla revisione dei trattati costitutivi (come rilevato *supra*, Capitolo secondo, par. 1). Da ciò potrebbe trarsi un'indicazione nel senso che il Trattato sull'Unione non potrebbe risolversi in uno strumento rivolto a modificare il riferimento ai principi generali del diritto e quindi ai diritti fondamentali in modo tale da annientare la stessa garanzia giurisdizionale che ne forma parte integrante.

3. La già rilevata complessità delle valutazioni che la Corte di Giustizia è chiamata ad operare nell'adempimento del suo compito di individuazione ed impiego del «diritto», acuisce il problema giuridico dei diritti umani. Questi diritti si propongono nei confronti di ciascuno e di tutti gli individui, siano essi singoli uomini o formazioni sociali, contro ogni pretesa ad un legiferare sovrano, arbitrario, e significano l'aspirazione ad una reciproca limitazione tra gli uomini e tra ogni uomo e la società, sempre però in costante tensione verso la ricerca della misura⁽⁸⁾, cioè della regola.

Il problema non è tanto quello del fondamento testuale, dato che le nostre costituzioni nazionali e comunitarie e convenzioni internazionali comprendono tali diritti, quanto quello della concreta garanzia⁽⁹⁾ che ne definisce il contenuto nelle singole situazioni concrete. Tale problema si svolge sul piano della valutazione della garanzia stessa, laddove i diritti umani affrontano il nodo della loro reciproca comparabilità storica⁽¹⁰⁾.

Questo nodo non è agevolmente scioglibile nella prospettiva di sicche alternative interpretative, quando lo si esamini sotto il profilo della difficoltà di reperire un criterio unificante nell'apprezzamento del "peso" delle posizioni coinvolte, nella individuazione della "legittima" misura della garanzia, quindi nella determinazione della garanzia adeguata. Entra in gioco il riconoscimento del «diritto» da parte dei concreti centri di imputazione della decisione.

⁽⁸⁾ Cfr. COTTA, *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, 10 ss.

⁽⁹⁾ BOBBIO, *L'illusione dei fondamenti assoluti*, 7; CARLASSARE, *Introduzione*, in AA. VV., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, 1; GREGORI, *Il problema del metodo nell'interpretazione dei diritti dell'uomo illustrato con casi di diritto e procedura penale*, 507; SPADARO, *Il problema del «fondamento» dei diritti fondamentali*, 455 ss.; FROSINI, *Teoria e tecnica dei diritti umani*, 37 ss.; PALAZZO-BERNARDI, *Italia*, in DELMAS-MARTEY (a c. di), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, 165.

⁽¹⁰⁾ V., al riguardo, i contributi di FIOROT, GENTILE, SINAGRA in AA. VV., *Diritti dell'uomo e ideologie contemporanee*; FIOROT, *Per una filosofia*, AA. VV., *I diritti dell'uomo e la partecipazione politica*; COOTER, *Le migliori leggi giuste*, 526; COTTA, *Attualità e ambiguità*, 1; PECES-MARTINEZ, *Diritti e doveri*, 139; MASSINI CORREAS, *Diritti umani*, 211; FROSINI, *Teoria e tecnica dei diritti umani*, 14, *L'uomo artificiale*; GHIRARDI, *Un antico problema sempre attuale*, 63; LOMBARDO VAL-LAURI, *La portata filosofica della regione civile dei diritti dell'uomo*, 205.

Già la norma costituzionale di principio ⁽¹⁾, anche quando consista nel significato dell'enunciazione scritta di inviolabilità o fondamentalità di un diritto, e sia ritenuta cogente, prescrittiva, si risolve in una sorta di delega all'interprete ⁽²⁾, sicché si pone con una pretesa ad una espansione illimitata. Essa non implica la posizione delle conseguenze, non specifica (quasi) neppure in via generalissima una disciplina, il «cosa si deve fare» ⁽³⁾, non dà quindi regola nel senso tradizionale (indicazione di azione o decisione necessaria) ⁽⁴⁾, ma vincola soltanto al valore ⁽⁵⁾, fungendo da «valvola» ⁽⁶⁾ che stimola la «sensibilità assiologica» dell'interprete ⁽⁷⁾. Dato che non hanno fattispecie, ai principi, ben più che alle regole, non si è in grado di attribuire alcun significato operativo ulteriore se non facendoli «reatire» con qualche caso concreto, con altre norme e fatti: lo sviluppo del loro significato ulti-

⁽¹⁾ CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 14, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto, in Stati sui principi generali dell'ordinamento giuridico*.

⁽²⁾ SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, 11.

⁽³⁾ BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 312: «principio designa qualcosa che si contrappone concettualmente a compimento, a conseguenza che ne discende, e così alla norma compiuta e formulata»; BARTOLE, *Principi*, 523: «La generalità e pervasività delle loro indicazioni lascia indeterminare le fattispecie di loro applicazione; è cioè difficile applicare ad essi quello che secondo tradizione era ed è il modello normale di regola giuridica, per cui alla ricorrenza di una determinata premessa è fatta conseguire automaticamente, o quasi, una data conseguenza»; VIOLA, *Autonomia e ordine del diritto*, 213: «Essi non prescrivono di compiere o non compiere un'azione specifica, ma prescrivono un atteggiamento da assumere, un orientamento da seguire, indicano una cosa che deve essere tenuta in considerazione, un valore che richiede attenzione, una tendenza da rispettare».

⁽⁴⁾ BARATTA, *Autonomie giuridiche e conflitti di coscienza*, 70; BOBBIO, *Principi generali del diritto*, 887; GUASTINI, *Sui principi, pareri*, PATTARO, *Alle origini della nozione "principi generali del diritto"*, 25 ss.

⁽⁵⁾ VINCOLO al valore, da intendersi come scopo istituzionale (MACCORMACK-WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, 91), ovvero bene destinatario di azione non definita in un ambito generico di necessaria considerazione, oggetto di *favor*, ovvero lo pone a criterio interpretativo (ampiamente BIN, *Diritti e argomenti*, 9) suscettibile, tra l'altro, di risolvere antinomie (GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, 133).

⁽⁶⁾ L'ispirazione è tratta dai noti «*Wertbegriffe*» di WURZEN, *Das juristische Denken*, 86.

⁽⁷⁾ CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, 211.

mo non è determinabile in astratto ma solo in concreto, e solo in concreto se ne può intendere la portata, poiché essi si fissano nell'ordinamento con la regola del caso ⁽⁸⁾, specie quando non si sia ancora manifestata una regola indiscussa (*hard case*), e vi sia conflitto tra gli assetti regolativi derivati (derivabili) dai vari principi, conflitto tra i principi ⁽⁹⁾.

Quando, poi, il principio deve essere costruito, come nel diritto comunitario, nel modo sopra segnalato, l'ipotesi del conflitto — tra quelli delle varie tradizioni costituzionali, e delle convenzioni internazionali —, diventa l'ipotesi «normale»; l'interprete può trarre ispirazioni dal materiale giuridico di varie esperienze, ma si imbatte anche in conflitti dei rispettivi principi, conflitto di valori e di sistemi di valori, da armonizzare all'interno dell'impianto comunitario calandosi sul punto in decisione e tenendo conto di scopi e struttura dell'impianto medesimo che a loro volta costituiscono principi generali e sono in grado di suscitare lo stesso genere di conflitti.

Tra questi frangenti, assumono importanza massima, come le stesse esperienze nazionali dimostrano, quelli in cui vi è questione di attribuzione di potestà normative ⁽¹⁰⁾ — che è appunto il fulcro del tema

⁽⁸⁾ ZACCARIA, *Creatività e principi*, 204 ss., il quale pone in luce che un principio, anche se è radicato in un contesto assiologico preordinamentale, è qualificabile soltanto per la sua appartenenza ad un ordinamento e per la sua capacità di inserirsi in esso: quando si è coinvolti sul piano dell'appello ai valori, ai principi, non è dato di far risulterà l'esistenza di soluzioni fisse, astratte e generalizzanti dei problemi giuridici, che siano cioè poste fuori della considerazione di come il valore si inserisca in un'area di dati normativi e in una concreta problematica interpretativa, correlata a concreti rapporti di vita, di come cioè la formulazione positiva del principio si fissi nell'ordinamento con la regola del caso.

V., inoltre, ZAGREBSKY, *Il diritto nudo*, 149; COTTA, *I principi generali del diritto: considerazioni filosofiche*, 493: i principi generali sono una pluralità, e la scienza giuridica ritiene di non poter fare a meno di coordinarli, rendendoli compatibili, gerarchizzarli — per l'insopprimibile esigenza dell'ordine —, il che però è in grado di fare, eliminando ambiguità, sovrapposizioni e antinomie, soltanto in base alla propria esperienza della vita giuridica effettiva, *law in action*.

⁽⁹⁾ BARTOLE, *Principi*, 512 ss., 517, 522, 529 anche per ulteriori rilievi in ordine all'imprevedibilità comunque del confronto con fattispecie reali, VIOLA, *Astoria*, 214 ss.

⁽¹⁰⁾ Sul piano degli Stati, si tratta in genere di questioni di potestà normative concorrenti con quella del legislatore «centrale»: cfr. BARTOLE, *Principi*, 517.

che ci occupa —, là dove pure i principi consistenti in valori-scopi, se orientati direttamente e immediatamente sul caso rivelano nell'interpretazione tutta la loro potenzialità c.d. normogenetica nell'ambito dell'adeguamento al caso di una soluzione del conflitto, cioè del reperimento della regola del caso.

Individuati i termini astratti della potenziale creatività di un principio, l'interprete pone a confronto i risultati che ha raggiunto con il problema dell'esperienza che attende soluzione giuridica; quando i principi sono in conflitto, le soluzioni sono pure in conflitto fino a che non si sveli un termine medio. La ricerca del termine medio chiama in gioco il «peso», la «misura», il «bilanciamento», la «valutazione» delle potenzialità esplicative dei principi (¹⁹). Al confronto non stanno già (soltanto) i principi, bensì i vari e opposti assetti normativi con le (valutazioni delle) relative realtà disciplinate, che da quei principi sono in grado di derivare.

La Corte di Giustizia è in grado di procedere non diversamente dalle Corti costituzionali che, come l'italiana e la tedesca, sono costantemente alla ricerca della cd. «concordanza pratica» dei valori per la migliore soluzione possibile nella concreta situazione storica. Ciò si desume dalle menzionate decisioni della Corte di Giustizia in tema di diritti fondamentali (²⁰), pur stando a quelle poche indicazioni che possono trarsi dalle scarse motivazioni delle relative sentenze (²¹). Non viene a dissolversi il valore, il principio; solo che la pratica concordanza di valori fondamentali implica limitazione reciproca nelle applicazioni pratiche, quindi sacrificio di posizioni, nel momento della «comparazione assiologica» (²²).

(¹⁹) BARTOLE, *Principi*, 525, 529.

(²⁰) RÜGELING, *Grundrechtsschutz*, 216 ss., 223 ss., 228 ss. V. anche *infra*, note 54-57.

(²¹) Sui problemi pratici, anche di stile, relativi alla formazione delle decisioni della Corte di Giustizia, e in particolare sulle ragioni della forma autoritativa che queste di solito assumono, v. la disamina critica di EVERLING, *Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 127 ss.

(²²) GRUBER, *Il problema del metodo nell'interpretazione di diritti dell'uomo illustrato con casi di diritto e procedura penale*, 553, 540 ss.

Presupposto dell'armonizzazione è, ovviamente, il riconoscimento che la concordanza, o conflitto, di valori sorge solo in sede pratica, perché i valori c.d. intrin-

La dottrina, certo, si affatica nella ricerca di stabili criteri di riferimento comunitario, concernenti il grado di tutela da accordare ai diritti fondamentali, mentre tuttavia la Corte di Giustizia ricerca la soluzione migliore per la Comunità (²³). I criteri si stemperano negli ap-

seci sono inconfrontabili e solo nei loro momenti estrinseci, quando da valori di vengono fini, possono entrare in conflitto e rendersi suscettibili di armonizzazione, secondo soluzioni che vorrebbero il minor sacrificio concretamente possibile, anziché il non-sacrificio comunque. Cfr. PRETI, *Rechtswert und Logik*, 225: «valori intrinseci ... sono inconfrontabili: non è possibile, non ha neppure senso metterli in gerarchia. E solo sul piano pratico che possono, in determinate circostanze, entrare in conflitto — cioè solo nei loro momenti estrinseci, quando da valori divergono fini, e, in tal caso, devono venire gerarchizzati». GRANOMAGGIO, *L'interpretazione*, 78.

(²³) Osserva CALA G. (*Principi del diritto*, 543) che spesso la Corte non soltanto non si attiene principi che siano davvero comuni agli ordinamenti statali, ma nemmeno segue il metodo della comparazione critica, sicché, «il riferimento ai principi generali di diritto assume essenzialmente la funzione di rendere meno trasparente, con l'utilizzazione di un parametro che può sembrare obiettivo, il ruolo creativo di regole giuridiche che la Corte di Giustizia svolge». L'A. rileva come il criterio impiegato dalla Corte sia spesso quello della «regola migliore», che «comporta ampia discrezionalità» (536). Che questo sia il criterio impiegato è ben evidenziato, di recente, da RÜGELING, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, 228 ss., da ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, 549, 553, 555, con *ul. bibl.* (ivi, 544 ss., indicazioni riguardo alla sostanziale assenza di procedure comparative puntuali nelle argomentazioni della Corte, nonché sulla non necessità della «comunanza» di un principio agli effetti dell'iscrizione tra i principi comunitari), da GERNAU, *Die Stellung der Betroffenen*, 46 ss. E v. già ZWIEGERT, *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 610 ss.

Nella letteratura penalistica, DANNECKER, *Strafrecht*, 10. Cfr., inoltre, BEN-NARDI, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, 103 e nota 208 (nonché Id., «*Principi di diritto*», 174 ss.). L'A., nell'esaminare alcuni dei criteri proposti in relazione ai diritti fondamentali (*maximum standard*, «orientamento prevalente» e «better law»), non esclude la rilevanza di ciascuno, e ritiene che comunque il livello di sviluppo e di tutela sia più alto di quello previsto in taluni sistemi nazionali. Osserva, altresì, che il criterio del *better law* implica che «tra i diversi sviluppi conferiti a livello nazionale ad un dato diritto fondamentale, deve essere privilegiato quello comunitariamente migliore» in quanto più in linea con la struttura e le finalità dell'ordinamento comunitario.

Tuttavia, data quest'ultima definizione, a noi non pare che il criterio del miglior diritto implichi necessariamente che si affermino regole attestate sopra al livello minimo di tutela riscontrabile tra le varie soluzioni nazionali (o la soluzione

prezzamenti di proporzionalità⁽⁶⁶⁾ che implicano bilanciamento di interessi, valutazioni di necessità, insomma esercizio di ragionevolezza in concreto – criterio di opportunità razionale empirica⁽⁶⁷⁾. Ciò impegna

secondo cui il livello dovrebbe essere almeno pari al livello minimo riscontrabile tra i livelli nazionali: per questa soluzione v. GRASSO, *L'incidenza*, 77; v. anche Id., *La protezione*, 620. Data la rilevanza del punto di vista comunitario e data l'esclusione della necessaria rilevanza di criteri nazionali di apprezzamento, potrebbero affermarsi soluzioni che non raggiungono un tale livello e si attestano su di un autonomo livello minimo comunitario. Si potrà, allora, eventualmente, il problema del conflitto con tutti i diritti nazionali. Quel che, comunque, rappresenta il dato essenziale è il centro di imputazione della valutazione dello stesso *standard* nazionale, che è un organo comunitario, come in specie la Corte di Giustizia, e non un organo dello Stato (v. al riguardo, WÜLLER, *Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection*, in CASSESE-CLAPHAM-WÜLLER, *Human Rights and the European Community*, 587 s., 593 s.).

Può ulteriormente notarsi che ogni operazione comparativa tra i diritti fondamentali nazionali riesce impraticabile e insuscettibile di condurre a risultati che possano dirsi complessivamente adeguati rispetto ai valori considerati dal punto di vista nazionale. Vi sono serie difficoltà già nella prospettiva del mero confronto tra i sistemi nazionali, per la diversa struttura dei diritti, la diversa garanzia, l'opzionalità di una scala di intensità della protezione nei vari paesi. L'improprietà in sede comunitaria di molti strumenti di garanzia e la stessa teoria dello *standard* massimo, ammesso che sia praticabile, rischia di pregiudicare valori ed interessi collettivi che dal punto di vista nazionale sono considerati intangibili (SOKRANTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e in quello italiano*, 63 ss.).

(66) In generale, sul principio di proporzionalità in diritto comunitario v. BAL-LARINO, *Lineamenti*, 200 s.; GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, 837 ss.; BENEDETTI, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*, 108 ss.; SCHWARZ, *Droit administratif européen*, 721 ss.

(67) In generale, su questa funzione della ragionevolezza (prudenza), v. per un primo approccio, ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, 167 ss., 203 ss. (con riferimenti alla prospettiva nazionale, italiana e germanica), e, in prospettiva critica, specie con riferimento alla riproposizione del problema della sovranità, PAOLARELLA, *I limiti del diritto mite*, 195 ss. Di recente, inoltre, BEDUSCH, *Tipicità e diritto*, 145 ss. e *passim*; VIOLA, *Autorità e ordine*, 214 ss., 452). Della prudenza-ragionevolezza si ripercorrono i passi nella storia del diritto, fino ad ancorarla ad una delle più alte espressioni della filosofia greca, la *phronesis* aristotelica. V. i riferimenti ad Aristotele in PAITARO, *Alle origini della nozione «principi generali del diritto»* 25, nonché in ZAGREBELSKY, ult. cit., 168. Cfr., tuttavia, CAPPELLINI, *Juris prudentia versus scientia juris*, 348 s.; CAVALLA, in *Soggetto e principi generali del diritto*, 219;

oltre a BERTI, *Le ragioni di Aristotele*, 142. Id., *Ribaltazione anticipata dell'Ethos*, 881 ss.

Per riscontri dell'assimilabilità e assimilazione di proporzionalità e ragionevolezza, v. in generale, ancora, ZAGREBELSKY, *Il diritto*, 216 nota 29, e gli studi comparativi di CERVATI e CERRI in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza*, risp. 55 ss. e 131 ss., nonché LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, 307 ss.

Riguardo alla *Verhältnismäßigkeit* quale criterio di diritto comunitario, per la ricerca della pratica concordanza dei valori (sulla specifica nozione, HESSE, *Grundsätze des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 29), attraverso giudizi sintetici, non diversamente da come procedono le Corti costituzionali nazionali, v. oltre a RENGELING (*Grundrechtsbegriff*, 216 ss., 223 ss., 228 ss.), GRASSO G., *Recenti sviluppi*, 757, il quale evidenzia che il principio di proporzionalità ha la funzione di garantire l'essenza dei diritti fondamentali; BERNARDI, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, 105 s., 68 ss. Nella vastissima giurisprudenza, per tutte, in generale, 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*, in *Raccolla*, 1990, 4063; CGCE, 5 ottobre 1994, 133/93 – 300/93 – 362/93, *Crispoltoni / Fattoria Autonoma Tabacchi*, in *Bollettino*, n. 27/94, 35 ss.

In ambito comunitario, si segnalano, inoltre, le conclusioni dell'A.G. Warner in causa 34/79 (*Regina / Henn e Darby*, in *Raccolla*, 1979, 3829 s.), verrenti in ambito penalistico. Di rilievo, tali conclusioni, anche per il richiamo espresso alle nozioni di NEVILLE-BROWN (*General principles of Law and the English Legal System*, 177 s.) sulla circostanza che la proporzionalità è un aspetto della ragionevolezza (e v. anche il riferimento alla decisione della CGCE in causa 104/75, *de Peliper*, in *Raccolla*, 1976, 613). Sulla stessa linea le conclusioni dell'A.G. Capotorti in causa 115 e 116/81 (ivi, 1982, 1720), con riferimenti ai criteri che limitano il potere degli Stati di applicare la clausola dell'ordine pubblico in tema di misure di espulsione o divieto di ingresso contro stranieri: ai criteri della ragionevolezza e della proporzionalità trovano sicuramente applicazione anche nel campo del diritto comunitario (Cfr. GRASSO, *Comunità europee*, 311). V. inoltre le conclusioni dell'A.G. Van Gerven in causa 326/88 (*Raccolla*, 1990, 2927), la quale proporzionalità e ragionevolezza sono accomunate, in tema di restrizioni del principio penale di colpevolezza.

Per richiami testuali alla ragionevolezza da parte della Corte di Giustizia, con riferimento al contenuto del precetto, alla comminazione di pena, ad estremi soggetti di violazioni penalmente sanzionate, v. CGCE, 12 dicembre 1989, 265/88, *Mesner*, in *Raccolla*, 1989, 4209, e le decisioni in causa *Watson e Belman*, in causa *Choquet*, in causa *Rivoira* e in causa *Levy* riportate *infra* par. 5.1, note 110 e 97. Si è già riferito dell'assegnazione di un ruolo alla ragionevolezza nella costru-

nia»⁽⁸⁾ che, oltre il campo del dimostrativo, si estende al dominio del preferibile⁽⁹⁾, laddove emerge la natura essenzialmente politica del criterio che la scelta giuridica impone di far valere.

La decisione giuridica nel singolo caso si rivela né mera applicazione della legge né puro atto di volontà. Si pone, invece, quale sintesi avvalorante in un processo interpretativo dove viene assunta come essenziale una comprensione integrativa giocoforza orientata in un più o meno definito spazio culturale. Il punto di partenza dell'argomentazione in diritto si collega a presupposti di contenuto — dignità dell'uomo, diritti fondamentali, istituzioni "di diritto" etc. — che svolgono un ruolo fondante rispetto al diritto. Essi determinano ogni soluzione giuridica secondo criteri pratici di collegamento tra concreti rapporti di vita e diritto.

Insomma, opera la c.d. logica flessibile, «flou»⁽¹⁰⁾, che è una logi-

zione di poteri comunitari c.d. impliciti (Capitolo secondo, par. 3.2.). Riguardo all'impiego del criterio dell'«interpretazione più ragionevole» in caso di dubbi interpretativi v. le decisioni nelle cause 15/60 (CGCE, 1 giugno 1961, Simon / CG-CE, in *Raccolla*, 1960, 234) e 70/63 (CGCE, 7 luglio 1964, Collotti, ivi, 1964, 892), e in dottrina, al riguardo, TIZZANO, *La Corte di Giustizia*, 73.

Ancora, in dottrina, per l'ambito comunitario, sull'implicazione, nel quadro generale dell'apprezzamento di proporzionalità operato dalla Corte di Giustizia, di bilanciamenti di interessi e ragionevolezza, v. DE MOOR-VAN VOGT, *Hurdles in the Way of Law Enforcement*, 94. Per la notazione di sovrapposizioni applicative tra principio di proporzionalità e principio di ragionevolezza, v. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria*, 561. Sulla necessaria implicazione di bilanciamenti, fuori da (terroni) riferimenti a standards fissi, WEILER, *Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection*, in CASSESE-CLAPHAM-WETTER, *Human Rights and the European Community*, 588 s., 593 s.

Rispetto alla CEDU, e all'impiego di criteri di ragionevolezza da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. OST, *Originalità dei metodi di interpretazione*, 275 ss., e in part. 310.

Per la situazione nazionale italiana ed ulteriori rilievi si rinvia al Capitolo quinto, par. 3.

⁽⁸⁾ BOBBIO, Prefazione a PELLEGRINO, *Trattato dell'argomentazione*, I, XIII s.

⁽⁹⁾ ANTISERA, *Filosofia analitica e discorso prescrittivo*, 226 s.; OREO, *La logica del ragionevole nel processo del continuum del giudice*, 111 ss.; ESSER, *Vorermständis*, 9. Cfr. GIANFRANCESCO, *Logica e argomentazione*.

⁽¹⁰⁾ DELMAS-MARTY M., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, 262 e passim. Per una ipotesi di proposizione, in generale (e su più pertinenti premesse), DELL'ACQUA, *La giurisprudenza come sistema e il «gioco» dell'interpretazione*, 493 ss.

ca combinatoria dei vari punti di vista ed interessi in gioco, impiegabili anche in relazione al diritto penale⁽¹¹⁾, e anzitutto al suo fondamento, e che delinea distinzioni in termini non già di astratte gerarchie bensì di orientamento e tendenziale armonizzazione. Di fronte alla Costituzione comunitaria, il penalista si imbatte negli stessi problemi di fondo, sia pur amplificati, che gli pongono le Costituzioni nazionali, laddove pure concezioni del diritto, della costituzione, e conseguenti, diverse interpretazioni di quest'ultima con relative teorie che la spieghino aprono il campo ad una pluralità di argomentate soluzioni che distribuiscono pesi diversi ai valori in gioco.

Ciò può dirsi con riguardo alla situazione italiana, che può ritenersi più emblematica di altre sia per la relativamente alta quantità e qualità dei riferimenti penalistici contenuti nella Carta, sia per la costanza e l'intensità di considerazione che vi ha dedicato la scienza penalistica italiana, nella consapevolezza, peraltro comune alla scienza penalistica continentale, che il diritto penale è diritto costituzionale applicato⁽¹²⁾. La migliore dottrina penale⁽¹³⁾ è ben consapevole che anche i principi propri del diritto penale sostanziale — almeno alcuni, quelli espressi non meno di quelli inespliciti — si caratterizzano per indeterminatezze od incertezze di contenuti, riconducibili soprattutto alla loro pretesa ad un'efficacia incondizionata e ad un'espansione illimitata, nonché alla possibilità di diverse letture e di corrispondenti diverse elaborazioni dottrinarie. E la stessa dottrina ben individua, al fondo del diritto penale italiano, due fondamentali principi ispiratori che, ancorché in-

La flessibilità emerge dalla giurisprudenza pratica. Soprattutto si manifesta chiaramente in quella di *common law* (cfr., per tutti, TAMMEO, *Rechtslogik und materielle Gerechtigkeits*, 134: «Das common law-System ist biegsam und flexibel»), ma con tutta evidenza connota anche quella costituzionale italiana (v. *infra*, Capitolo quinto, par. 3.).

⁽¹¹⁾ PALAZZO, Presentazione a DELMAS-MARTY, *Dal codice*, XV.

⁽¹²⁾ Il quadro più completo è offerto da PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*. Uff. ind. nelle note che seguono e nel Capitolo quinto, par. 3 e 4. Riassuntivamente, di recente, WOLTER, *Menschenrechte und Rechtsgüter der in einem europäischen Strafgesetzbuch*, 5.

⁽¹³⁾ VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, 701. Per l'orientamento della giurisprudenza costituzionale si rinvia al Capitolo quinto.

negabili, esprimono immediatamente finalità contrapposte e pur continuamente in cerca di reciproca composizione: la difesa sociale da un lato e il rispetto del singolo in quanto persona umana dall'altro⁽⁶⁵⁾.

La contrapposizione dei valori esprime la difficoltà di rinvenire il principio risolvente⁽⁶⁶⁾ sicché si conferma che la Costituzione resta un catalogo di divergenze⁽⁶⁷⁾ mentre si offre a tutti come punto di convergenza.

Ritlessi di questa situazione possono riscontrarsi riguardo ai tentativi di dare astrattamente gerarchia alle classi dei beni tutelabili penalmente, per cui la dottrina penale ha riconosciuto come «inconvenienti» dell'«aggancio forte» alla Costituzione, intesa come sistema chiuso o autosufficiente di valori materiali, il fatto che la linea ricostruttiva prescelta dipende da non controllabili «opzioni di fondo» che precludono l'interpretazione testuale⁽⁶⁸⁾, sicché anche l'aspirazione ad un'opera di revisione e ricostruzione dell'ordinamento penale ordinario nella parte che riguarda i beni e il grado dell'offesa, sulla base di principi informativi e limitativi da rinvenire in Costituzione, risulta frustrata dalla constatazione che il testo costituzionale non è né una

«tavola logaritmica» che consenta svelatamente di trovare soluzioni e risultati, né «un *deus ex machina* che conduca per mano all'epilogo desiderato»⁽⁶⁹⁾.

Più in generale è riconosciuto che per quanto si tenda ad assigna-

⁽⁶⁵⁾ ANTONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 97 e passim, al quale si rinvia per ulteriori notazioni sulla «relatività» dei valori con riferimento alla problematica del bene giuridico in ambito penalistico, e in rapporto alla concezione tradizionale di ispirazione liberale. Tra l'altro, l'A. (p. 157) evidenzia che il testo costituzionale non esplicita l'importanza dei beni in esso contenuti, di talché ogni operazione di certezza risulta «in qualche modo falsificabile, e resta oltre tutto più delicata perché gli stessi valori costituzionali sono soggetti a mutamenti storici sia nel loro esatto significato che nel grado della loro importanza» (p. 204). Per quest'ultimo rilievo v. già FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, 58 (sul punto, in relazione alla considerazione dei valori economici, v. infra, Capitolo quinto, par. 4.). V., inoltre, DONINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, 615. Sulla impossibilità di stabilire a priori un'astratta gerarchia di beni costituzionali v. ancora, di recente, FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione*, 38 s.

Sulla questione in esame, si veda, inoltre, la posizione espressa da DONINI (*Il diritto e cooperazione nell'imputazione del reato*, 85 ss.). L'A. evidenzia, tra l'altro, le difficoltà del «fare dogmatica» in tempi di trasformazione, e segnala come la rilettura teleologica della legge ordinaria, finalizzata all'assetto dei valori e dei beni di rilevanza costituzionale consente «formalmenne» (p. 93) la critica del sistema ordinario ma sostanzialmente sposta tutti i problemi concernenti i principi penalistici sul piano costituzionale (p. 96) dove si apre il margine per scelte «di valore» (97). Lo stesso A., peraltro, pur se programmaticamente si ispira al testo della Costituzione (p. 92 ss.), tuttavia postula che «molti principi che essa contiene hanno una valenza squisitamente politica, e neppure questa sempre univoca, e sono codificati in formulazioni che non si prestano immancabilmente ad una diretta applicazione, senza la mediazione politica di leggi ordinarie» (95). Afferma, quindi, che l'«esistenza di valori costituzionali è «quanto meno suscettibile di accoglimento in sede penale, quanto più venga ad incidere in *malum partem*» (p. 97).

Quest'ultimo orientamento desta qualche perplessità, dal momento che il problema costituzionale penale si concentra anzitutto sui valori espressi dalla norma che, attribuendo potestà punitiva, segna l'inizio della dimensione «sfavorevole» cui si riferisce il DONINI, e che però non può essere «sfavorevole a priori». Secondo un consolidato insegnamento, il *favor societatis* sta sullo stesso piano delle garanzie individuali (VASSALLI, *I principi*, 707), nel senso, volendo, che il diritto penale al contempo crea e limita la libertà (JUSCIEFSKY, *Lehrbuch des Strafrechts*, 3). Il potere statale può essere un pericolo per i diritti fondamentali e nondimeno può fungere da garante dei diritti stessi (NOWAKOWSKI, *Die Grund- und Menschenrechte*, 282).

⁽⁶⁶⁾ VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, 705 ss.

⁽⁶⁷⁾ Ferme restando le acquisizioni intorno alle difficoltà di limitare lo strumento ermeneutico, anche in diritto penale, fuori da un principio assiologico oltre che da una struttura del ragionamento fondamentalmente analogica: per tutti, ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*; RAMACCA, *Istituzioni di diritto penale*, 142 ss.; HOPPEL, *Zu Sinn und Reichweite des sogenannten Analogieverbot*.

⁽⁶⁸⁾ CAPORASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, 36. Cfr. FLORA (*Il testo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale*, 1187), il quale auspica il raggiungimento, su un comune «cerchio d'intesa», della «consapevolezza che tali principi costituzionali sono, a qualsiasi livello, irrinunciabili», perché «la compressione non può scendere sotto i livelli minimi» (p. 1218). Con ciò l'A. pare confermare l'inesistenza, finora, di un comune terreno di intesa, che pare comprendere anche i livelli minimi. V. anche PATERVITI (*Diritto penale dell'economia*, 28 s.), il quale rileva che «leggi ispirate a principi confliggenti, o comunque prive di coordinazione, non possono essere ricordate ... volendo insistere a cercare principi validi per tutta la legislazione penale, se ne troverebbero pochi ... si può dubitare che i concetti suscettibili di essere escesi a tutte le norme penali siano sufficienti per l'elaborazione di un sistema».

⁽⁶⁹⁾ FIANDACA, *Concezioni e modelli*, 35.

re ai principi di diritto uno *status* di *prins* logico e una funzione di razionalizzazione non soggetta a condizionamenti ideologici, rimane l'esigenza di verificare in concreto l'attività di sviluppo e di «implementazione» di essi, che comunque risulta notevolmente condizionata dalle più diverse componenti (dottrinarie, politiche, sociali, culturali, etc.), con la conseguente impossibilità di stabilire *a priori* e con esattezza gli esiti derivanti dall'applicazione di un dato principio⁽⁶⁹⁾. L'affermazione dell'esistenza delle condizioni per la possibilità di una determinazione sufficientemente certa dei significati dipende anche dalla qualità del dato positivo, e questa possibilità non può essere assunta a dogma o punto di partenza del lavoro del giurista, essendo piuttosto un obiettivo e non sempre raggiungibile⁽⁷⁰⁾.

Residua, insomma, l'eventualità che si debba mantenere una linea interpretativa che riconosca l'apertura ad una pluralità di soluzioni in cerca di contemperamenti, così temperando anche l'idea di certezza e garanzia nel loro significato tradizionale⁽⁷¹⁾. In definitiva, già i principi generali, che sembrano proporsi a chiusura del diritto, manifestano,

(69) BERNARDI, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, 66.

(70) Come rileva PULITANO, *Quale scienza del diritto penale?*, 1230.

(71) RAVACCA, *Istituzioni di diritto penale*, 109: «l'ideale certezza nel regolamento dei rapporti oggetto delle norme si scontra con la realtà, che non tollera la riduzione dei fenomeni della vita, variabili e complessi, negli schemi rigidi - anche se tecnicamente raffinati - delle norme giuridiche. La relatività dell'idea di certezza nel diritto si presenta così come una risposta obbligata».

Cfr. COTTA, *La certezza del diritto. Una questione da chiarire*; LUZZATI, *La usanza delle norme*, 425: «Nell'ambito di una sorta di economia dei valori i soggetti che pongono e che attuano le norme vengono costantemente chiamati ad esprimere giudizi di bilanciamento fra la certezza del diritto e gli altri valori o principi con cui la certezza è totalmente o parzialmente incompatibile. La scelta del grado di certezza desiderabile - o del grado di incertezza tollerabile - è una scelta squisitamente politica». V. inoltre, per stimolanti rilievi in prospettiva comparatistica, PEGORARO, *La tutela della certezza giuridica in alcune Costituzioni contemporanee*, 21 ss.; e per profonde considerazioni sulla possibilità del darsi di un conflitto del valore-certezza con se stesso, RUGGERI, *La certezza del diritto allo specchio*, 137 ss. Per taluni interessanti profili v., altresì, - ma in una prospettiva diversa dalla nostra - FORNASARI, *Riflessione sui principi sovralegali del diritto penale*, 347 ss.

invece, l'apertura di quest'ultimo⁽⁷²⁾ che tuttavia si chiude nel momento in cui è fissata la regola del caso. Nella fissazione della regola anche l'«opzione di fondo» cerca la propria conferma di esser parte della realtà giuridica e tale è suscettibile di divenire come imprescindibile, decisivo contributo della funzione normativa svolta dall'interprete⁽⁷³⁾. Il soggetto, con la sua produzione, non è eliminabile dal principio, anche quando virtualmente il dato formale dell'ancoramento ai testi rappresenta quel «velo sottilissimo»⁽⁷⁴⁾ che divide l'interpretazione delle norme costituzionali, orientata necessariamente in base ai valori come questi vivono nelle menti degli interpreti, dall'espressione di meri giudizi di valore.

4. La ricognizione del diritto comunitario è strettamente ancorata al valore della giurisprudenza pratica. Il diritto comunitario evolve secondo modelli che presentano forti somiglianze con quelli di *common law*⁽⁷⁵⁾, e il compito di ricognizione del diritto svolto, tra gli altri, dalla Corte di Giustizia si risolve in un arricchimento della costituzione comunitaria⁽⁷⁶⁾.

Peraltro, la dottrina, mentre rileva sia che la Corte è sempre disposta a riallacciarsi in qualche misura alle precedenti decisioni, sia che in complesso vi è da parte della Corte una «pietrificazione», una «paura di revoca» della propria giurisprudenza, precisa tuttavia che le decisioni stesse non hanno nei confronti della Corte alcun normativo effetto di precedente vincolante⁽⁷⁷⁾ (*stare decisis* orizzontale). Più in generale, il precedente non sarebbe fonte del diritto comunitario⁽⁷⁸⁾.

(72) Su questa peculiare connotazione dei principi generali, e i suoi riflessi in ambito penalistico, v. RAVACCA, *Istituzioni di diritto penale*, 111. Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione*, 39.

(73) Cfr. PUGLIATTI, *Consuetudine e diritto*, 53 ss. e *passim*.

(74) MANI G., *Principi generali*, 116.

(75) Sul punto, RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, *passim*.

(76) V. per tutti, anche con riferimento a profili penalistici, ZULFEG, *Der Begriff*, 764.

(77) SCHWEITZER-HUMMER, *Europarecht*, 107; HARTLEY, *The Foundations*, 75.

(78) Per l'affermazione che i precedenti rimangono tali, e per quanta autorità si voglia loro attribuire, non sono fonni nel diritto comunitario v., per tutti, LUTTER, *Die Auslegung angeleglichen Rechts*, 593 ss.

Ma è sul piano delle fonti di cognizione dei principi, del diritto, che il valore delle decisioni si manifesta e quindi non può essere trascurato. Le decisioni vengono a far parte delle fonti di ispirazione del diritto e formano parte integrante dell'*acquis* comunitario, ciò che si riflette nel cenno atteggiamento della Corte.

È vero che resta nelle mani della Corte stessa il riconoscimento di principi che valgano ad insaurire esigenze di coerenza interna dell'attività decisoria, e almeno un *self-restraint* ⁽⁷⁹⁾, senza, inoltre, che ciò escluda mutamenti giurisprudenziali ⁽⁸⁰⁾. La «giurisprudenza costante» rimane, comunque, vincolante in veste di «prima-facie reason» ⁽⁸¹⁾, come pure il singolo precedente. Ciò del resto dovrebbe affermarsi anche nell'ipotesi in cui fosse riconosciuta la regola dello *stare decisis* orizzontale, perché ad essa si contrappone sempre la diversità storica del caso con l'evoluzione dell'esperienza anche giuridica ⁽⁸²⁾. Parimenti dicasi, *mutatis mutandis*, riguardo all'effetto c.d. trascendente che conseguirebbe dalle pronunce della Corte, per cui quelle interpretative vincolerebbero almeno tendenzialmente tutte le giurisdizioni degli Stati membri investite di una questione identica a quella già decisa in altro caso ⁽⁸³⁾.

Su queste basi, si può certo acquisire maggior consapevolezza dell'importanza della giurisprudenza comunitaria in sede di ricogni-

⁽⁷⁹⁾ Cfr. al riguardo MANCINI, *Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, 229, V, inoltre LASOZ-BENKIE, *Law and Institutions*, 171, per la considerazione che la Corte di Giustizia «is not and cannot be bound by its own decisions», e che è poco probabile che la stessa Corte abbia, nonché il desiderio, il potere «to declare itself bound by its decisions».

⁽⁸⁰⁾ V., p.es., di recente, per una testuale ammissione di mutamento di opinione, il caso c.d. Hag II, in tema di funzione del marchio (CGCE, 17 ottobre 1990, 10/89, in *Raccolta*, 1990, 3711); ed ancora, riguardo alle «misure di effetto equivalente», CGCE, 24 novembre 1993, 267/91 e 268/91, Keck, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 650 con commento di MALACITI.

⁽⁸¹⁾ BENGOETREA, *The Legal Reasoning*, 69.

⁽⁸²⁾ Per un ampio quadro dimostrativo v. l'esposizione che in tema di *stare decisis* è offerta da MATTEI, *Common Law*, 214 ss., 247 ss.

⁽⁸³⁾ Su questa sorta di (tendenziale) *stare decisis* verticale v. MENGONZI, *Euro-Pean*, 190, 12, *La rule of law*, 518; DRAETTA, *Elementi di diritto comunitario*, 233. Ivi indicazioni giurisprudenziali - tra l'altro, cfr. Corte cost., 23 aprile 1985, n. 113, in *Foro it.*, 1985, I, 1600.

zione del diritto comunitario. Ciò si è già chiarito per taluni profili penalistici, mentre per altri, anche più significativi, sarà verificato in seguito. Emerge, però, il rischio di desumere dalle decisioni della Corte di giustizia più di quanto in esse non sia detto, quando le si disancori dal caso deciso. La comprensione e spiegazione del diritto di c.d. creazione giurisprudenziale, quindi delle regole c.d. fattuali, devono rimanere legate al caso, mentre l'estensione della *ratio decidendi* ad altri casi è sempre il frutto di operazioni selettive e analogiche. La stessa individuazione della *ratio decidendi*, non sempre possibile, va fatta con estrema prudenza, ciò che non accade se il desiderio di affermare tesi legate a costruzioni teoriche induce a valutare la prassi attraverso lo specchio deformante, perché aprioristicamente delineato, delle prime ⁽⁸⁴⁾.

Per quest'ultimo profilo, preme ulteriormente notare che già in passato è stata costatata la tendenza della dottrina penalistica a leggere la giurisprudenza comunitaria con un certo «esprit partisan» a beneficio dello Stato ⁽⁸⁵⁾, in modo tale da separare il diritto comunitario dal diritto penale mantenendo quest'ultimo nell'alveo del dominio statale. Nel corso del lavoro, laddove vi sarà occasione di riscontrare la persistenza di un siffatto atteggiamento, e di valutarne le ragioni, si tenterà di sfuggire a tendenze allo stesso modo eccessivamente favorevoli nei confronti della Comunità.

5. I diritti fondamentali comunitari, i diritti inviolabili dell'uomo verrebbero ad imporsi, anche per la risoluzione dei nostri problemi sull'esistenza di competenze penali comunitarie, quale «categoria fondante» ⁽⁸⁶⁾. Una volta riconosciuto valore ai diritti umani fondamentali nell'ordinamento comunitario, si apre la via a che normazione comunitaria, nei campi assegnati, tenga conto della tutela dei diritti stessi coinvolti nei concreti rapporti di vita da disciplinare. Si determina in tal modo, per così dire, una competenza in tema di diritti fondamentali: l'emergere della rilevanza dei diritti fondamentali affievolisce il ruolo

⁽⁸⁴⁾ Secondo il lucido monito di TIZZANO, *La Corte di Giustizia*, 59.

⁽⁸⁵⁾ BIANCAVELLI, *Les principes généraux*, 135.

⁽⁸⁶⁾ Per usare l'espressione di MENGONI, *L'Europa dei codici*, 516.

lo spartitorio del principio di competenza, in quanto essi rompono i confini delle sfere di rapporti di vita di cui la Comunità può occuparsi, (già e se) intesa sotto l'esclusiva finalità economica⁽⁹⁷⁾, e orientano a sé detta sfera dilatandola e quindi proponendosi come oggetto di normazione.

Per la verità, non è mai stata preclusa, di massima, una «conciliazione comunitaria» tra esigenze economiche e diritti dell'uomo, e viceversa⁽⁹⁸⁾, anche se ne restano da precisare i concreti termini. La direzione opposta alla separazione tra valori «economici» e valori «non economici» («personali») già orientava il presupposto che l'originario obiettivo di instaurare un mercato comune era stato concepito fin dall'inizio in funzione strumentale all'unione politico-democratica delle nazioni. Si è in seguito sempre più chiarito un quadro di obiettivi finali ispirati ad esigenze di libertà, eguaglianza e giustizia sociale. Queste esigenze conducono all'apprezzamento dell'inscindibilità e della reciproca connessione, nei concreti rapporti di vita e nella stessa realtà

(97) BALDASSARRE, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale italiana*, 30 ss. Si veda, inoltre, CAPIZZANO, *I diritti dell'uomo e la riforma su basi assiologiche del diritto agrario comunitario*, XXIX, «un primo effetto dirompente [...] dell'ampliamento della sfera delle libertà [...] sia proprio nella messa in crisi del principio cardine del sistema e cioè quello di attribuzione di competenze: un ordinamento che si assume fondato sui diritti fondamentali le competenze se le prende da solo e non ci sono ritagli al suo interno [...]».

Il fenomeno è chiaro alla dottrina comunitarista. Basterebbe rilevare (come pure osserva RUSSELL, *Rilevanza dei diritti*, 33) quanto scrive MANCINI (*La tutela*, 3) allo scopo di render ragione dell'assenza in origine, nel trattato, di un catalogo dei diritti fondamentali. Quest'ultimo sarebbe apparso a taluni Stati «minacciato perché potenzialmente capace di espandere i poteri attribuiti alla nuova Comunità». V., inoltre, WEILER, *Il sistema comunitario*, 139; più di recente TEL, *Methods of Protection of Fundamental Human Rights in the European Community: Towards a Second and Third Generation of Protection*, in CASSSE-CLAPHAM-WEILER (eds.), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, 573 ss. — con rilievo sulla sindacabilità della legge nazionale da parte della Corte di Giustizia, per ragioni concernenti il rispetto dei diritti umani fondamentali; ANCOR, *Corte di Giustizia Cee*, 747.

(98) CAPOTORTI, *Intervento*, in CASSSE-CLAPHAM-WEILER, *Human Rights and European Community*, 168; MONACO, *sub art. 2*, in QUADRI-MONACO-TRABUCCHI, *Trattato*, I, 38. V. quanto riportato nel Capitolo primo, par. 1.

normativa, tra diritti economici, sociali, culturali, civili e politici⁽⁹⁹⁾. E ciò ha favorito, tra l'altro, il riconoscimento dei diritti fondamentali in ambito comunitario.

Il riconoscimento di questi valori, cui tende l'impianto europeo, fa cadere grigie interpretative ispirate, invece, da una concezione prettamente economicistica-mercantilistica dell'apparato comunitario, laddove si rischi di porre il campo di attività, il mercato, e i suoi obiettivi a breve termine, assieme alle libertà economico-proprietarie che tutto questo mira a realizzare e al progresso economico, a scopi esclusivi che illuminano la regolamentazione comune⁽¹⁰⁰⁾.

5.1. Sotto un primo profilo, può dirsi che alla triade Stato-Sovranità-Diritto penale si sovrappone il *Menschenrechtsstatus* del cittadino quale *status* europeo e internazionale, a limitare la sovranità degli Stati nella loro politica criminale⁽¹⁰¹⁾. Basti pensare alle potenzialità espansi-

(99) A questi stretti rapporti si riferisce, tra l'altro, anche notando che la povertà pregiudica di fatto il godimento di diritti fondamentali, la Risoluzione del Parlamento Europeo sul rispetto dei diritti dell'uomo nella Comunità europea, dell'11 marzo 1993 (GUCE C 115 del 26 aprile 1993).

(100) La stessa Corte di Giustizia è in grado di negare una siffatta, ristretta, visione. Questa risulta esser stata più volte rifiutata dalla Corte, p.es. laddove sono stati ravvisati limiti alla libertà di commercio e alla libera concorrenza, o alla libertà di circolazione delle merci, giustificati da scopi di interesse generale e comunitario come la tutela dell'ambiente, «uno degli scopi essenziali della Comunità» (CGCE, 7 febbraio 1985, 240/83, Procuratore della Repubblica/Association de défense des bruleurs d'huiles usagées, in *Raccolla*, 1985, 531; CGCE, 20 settembre 1988, 302/86, Commissione/Regno di Danimarca, ivi, 1988, 4627), o la tutela della salute dei consumatori (CGCE, 13 novembre 1990, 331/88, Fedesa, ivi, 1990, 4059), così come è stato ravvisato il limite della funzione sociale rispetto alla libertà di esercizio delle attività professionali (CGCE, 13 dicembre 1979, 44/79, Liberté d'exercice/Land Rheinland Pfalz, ivi, 1979, 3727), nonché la stessa funzione in ordine ai beni e alle attività oggetto della tutela del diritto di proprietà, del libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche (CGCE, 14 maggio 1974, 4/73, Nold/Commissione, ivi, 1974, 491), e quando sono state ammesse restrizioni alla libera prestazione di servizi in nome di una politica culturale volta alla tutela della libertà di espressione delle diverse componenti sociali, culturali, religiose o filosofiche esistenti in uno Stato membro (CGCE, 25 luglio 1991, 288/89, Gouda/Commissariat voor de Media, ivi, 1991, 4007).

(101) Per tutti JUNG, *Zur «Internationalisierung» des Grundgesetzes «ne bis in idem»*, 493; Id., *Sanktionssysteme und Menschenrechte*, 43 ss.

ve della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁽⁷²⁾.

Il menzionato compito di arricchimento della costituzione comunitaria si è adempiuto, tramite la Corte di Giustizia, con la formulazione di principi generali comunitari del diritto penale aventi funzione regolativo-limitativa della potestà punitiva degli Stati membri e di potestà sanzionatorie comunitarie, tale da restringere l'area dell'intervento sanzionatorio determinata dagli Stati stessi o dalla Comunità. Nei riflessi penalistici imposti dalla considerazione dei diritti fondamentali come diritti della difesa, la correlata limitazione del potere statale già implica l'esistenza di una competenza penale comunitaria, di tipo negativo.

In casi volta a volta concernenti o il sistema sanzionatorio comunitario o quelli nazionali si è appalesato col tempo, tramite la Corte di Giustizia, un crogiolo comunitario di principi di intonazione penalistica, una «parte generale» comunitaria di diritto penale, che la dottrina

(72) In generale, sul significato della CEDU e sulla sua influenza rispetto ai vari diritti nazionali, per il versante penalistico, si rinvia a: DEMAS-MARTY (a c. di), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Id., *Politica criminale e diritti dell'uomo in Europa*, 209; AA. VV., *Europäische und Menschenrechte*; GREGORI, *Il problema del metodo nell'interpretazione dei diritti dell'uomo illustrato con casi di diritto e procedura penale*, 501; ESPOSITO, *L'applicazione pratica dei principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel processo penale italiano*, 513; CHIAVARO, «Cultura italiana del processo penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: frammenti di appunti e spunti per una «microstoria», 527; PITTARO, *L'ordinamento italiano e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 391 ss.; PALAZZO-BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: interazioni e lontananza*, 30; RIZ, *Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Straf- und Strafrechtsverfahren Italiens*, 645; FUCHS, *Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das österreichische Straf- und Strafrechtsverfahren*, 444; KULL, *Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Straf- und Strafrechtsverfahren der Bundesrepublik Deutschland*, 406, 601; SCHROTH, *Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Straf- und Strafrechtsverfahren Großbritanniens*, 470; TUCCHESI, *Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Straf- und Strafrechtsverfahren der Schweiz*, 667; LEIGH, *The Influence of the European Convention on Human Rights on English Criminal Law and Procedure*, 3 ss.

Ulteriori indicazioni, con riguardo al diritto comunitario, *infra*, Capitolo quarto, par. 1. e 3.2.

non ha mancato di rilevare, evidenziandone lo stretto collegamento con esigenze di tutela di diritti fondamentali nell'ambito comunitario interessante comunque sanzioni punitive⁽⁷³⁾.

Più precisamente, va delineandosi un quadro suscettibile di essere inteso e costruito all'insegna di due parti generali sovranazionali comunitarie di diritto penale, una costituzionale, legata direttamente al trattato, ed una di diritto comunitario derivato⁽⁷⁴⁾.

Non serve dilungarsi in dettagliati elenchi sui principi penalistici affermatasi nella giurisprudenza comunitaria. Basti qualche esempio tra i più significativi.

Nell'esercizio delle sue funzioni la Corte di giustizia è da tempo giunta ad interlocuire su legalità e irretroattività penale⁽⁷⁵⁾. La Corte

(73) Per tutti, TIEDEMANN, *Diritto comunitario, passim*; GRASSO G., *Recenti sviluppi*, 744 ss.; BIANCARELLI, *Le principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale*, 131 ss.; LEBROS, *L'arrêt BMW e le droit pénal européen*, 220 ss. Ult. ind. nelle note che seguono.

(74) L'importanza della distinzione tra i casi in cui la Corte di Giustizia si riferisce a previsioni di livello costituzionale, e quelli per i quali, invece, il riferimento riguarda diritto derivato, è ben evidenziata, in generale, da RASMUSSEN, *The Court of Justice of the European Communities and the Process of Integration*, 234 s.

Per l'illecito penale-amministrativo (ma detto amministrativo) comunitario, lesivo di interessi finanziari, l'approvazione di una serie di norme generali tramite il regolamento di cui è si è detto in nota 15 del Capitolo primo, nulla è in grado di togliere al valore dei principi generali comunitari di grado costituzionale (lo si confronti con le più esaurienti raccomandazioni, quasi integralmente derivabili da principi già affermati dalla Corte di Giustizia, contenute nel *Rapport de synthèse* curato da BACIALUPO-GRASSO-TIEDEMANN).

(75) V. tra le altre, CGCE, 10 luglio 1984, 63/83, Regina/Kirk, in *Raccolta*, 1984, 2718; CGCE, 2 febbraio 1988, 309/85, Barra/Siaro belga e Città di Liegi, ivi, 1988, 355; CGCE, 25 settembre 1984, 117/83, Karl Könecke GmbH & Co. KG, *Fleischwarenfabrik/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, ivi, 1984, 3291. Cf., per tutti, BIANCARELLI, *Le principes généraux*, 131 ss.; VERMEULEN, *Fundamental Rights in Administrative Application and Enforcement of Community Law*, 73 ss.; GRASSO G., *L'incidenza*, 67; Id., *La protezione dei diritti fondamentali*, 621 ss.

Riguardo al recepimento del principio di legalità-determinatezza della fattispecie preceutiva, secondo critici comunicati con riferimento al sistema di sanzioni punitive contro imprese formatosi in base agli artt. 85, 86 e 87 co. 2 T.C.E., ABANTO, *Gesellschaftsprinzip und Bestimmtheitsgrundsatz in europäischer Perspektive*; CANNATA-ASCOLI, *Il sistema sanzionatorio comunitario*, 62. In giurisprudenza,

di giustizia si è, inoltre, pronunciata positivamente sulla compatibilità col diritto comunitario perfino di una ipotesi di responsabilità oggettiva (senza colpa) prevista da un diritto nazionale (*). In altri casi, tuttavia, la Corte sembra aver posto requisiti soggettivi (*). Essa, ad ogni modo, riguardo all'ambito di applicazione di sanzioni punitive comunitarie, parrebbe tendere sia verso l'esclusione di forme di responsabi-

per tutte, CGCE, 13 febbraio 1979, 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG/Commissione, in *Raccolla*, 1979, 553 ss., e al riguardo GRASSO G., *Comunità europee*, 98 e 109. Su questa decisione, per taluni altri importanti profili, si rinvia al Capitolo quarto, par. 3.2., nota 76.

(*) CGCE, 10 luglio 1990, 326/88, *Anklagenmyndigheden/Hansen & Sø/v. S.*, in *Raccolla*, 1990, 2930 (in ipotesi, peraltro, di responsabilità penale di un'impresa, quale datore di lavoro, prevista da legislazione danese e sanita tramite pene pecuniarie); v., al riguardo, THEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, 218 s.; ZUCCALA, *La responsabilità oggettiva nel sistema penale italiano con riferimento ai principi dell'Unione Europea*; GRASSO G., *Recenti sviluppi*, 756, il quale esclude, sulla base della decisione in esame, che il principio *nulla poena sine culpa* costituisca l'espressione di un diritto fondamentale, riconosciuto e tutelato a livello comunitario.

Per le conseguenze, nel caso specifico, sul piano nazionale v. il rapporto danese curato da VESTERGAARD, in ESER-HUBER, *Strafrechtsentwicklung in Europa* 4.1, 128.

Un orientamento diverso, rivolto a fissare a livello comunitario il principio *nulla poena sine culpa*, valvole contro incriminazioni nazionali che prescindano dall'elemento soggettivo, si rinviene chiaramente espresso nelle conclusioni dell'A.G. Lenz relative alla menzionata causa 143/91 (*Raccolla*, 1992, 5054 ss.). Di contro, ragionevoli restrizioni del principio di colpevolezza sono ammesse dall'A.G. Van Gerven nelle conclusioni relative alla citata causa 326/88.

Un'ipotesi particolare ma molto significativa riguardo alla quale potrà misurarsi il valore del principio di colpevolezza comunitario nei confronti delle legislazioni statali è quello della anglosassone «due diligence defence», per cui in buona sostanza si realizza un'attribuzione all'incolpato dell'onere della prova dell'assenza di colpa. V., al riguardo, DANNECKER, *Der Abschluss der lebensmittelrechtlichen Verantwortung durch das Verteidigungsvorbringen der gegnerischen Sorgfalt* – *Vorbildcharakter des britischen «due diligence defence» für die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union?*, 203 ss.

(*) La dottrina tende a ritenere che certe decisioni della Corte di Giustizia avrebbero imposto un ancoramento di fattispecie punitive nazionali ad estremi di soggettività conformati secondo esigenze comunitarie (DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, 33 s.; DE GUARDIA, *L'élement intentionnel dans les infractions douanières*, 487; BOUTOUC, *L'influence de droit communautaire sur le droit pénal interne*,

lità per fatto altrui (non proprio) o comunque per comportamenti non «riferibili» al soggetto della cui responsabilità si tratta (*), sia verso l'imprescindibilità dal requisito della colpevolezza anche in ipotesi in cui non sia espressamente previsto (*).

103; FRANCE, *The Influence*, 329 ss.). Si tratterebbe delle seguenti pronunzie: CG-CE, 15 dicembre 1976, 41/76, *Donckerwolcke/Proc. Rep. Tribunal de grande instance de Lille e a.*, in *Raccolla*, 1976, 1937; CGCE, 28 marzo 1979, *Rivora e a.*, 179/78, ivi, 1978, 1157 (v. i punti da 16 a 20 in motivazione); CGCE, 11 maggio 1989, *Wurmser e a.*, 25/88, ivi, 1989, 1124; CGCE, 26 ottobre 1989, 212/88, Levy, ivi, 1989, 3526: «una normativa nazionale che assegna l'importazione di prodotti provenienti da uno Stato membro, in cui essi sono in libera pratica, e originati di un paese terzo, al rilascio di una licenza d'importazione costituisce una restrizione quantitativa vietata dall'art. 30 del trattato, a meno che lo Stato membro sia autorizzato dalla Commissione, a norma dell'art. 115 del trattato, ad escludere i prodotti di cui trattasi dal trattamento comunitario. In mancanza di una siffatta autorizzazione, gli Stati membri non possono chiedere all'importatore di dichiarare, circa l'origine dei prodotti, quanto non gli sia noto o non possa essergli ragionevolmente noto; essi possono sottoporre l'omissione o l'incertezza di una data dichiarazione a sanzioni penali, ma non a quelle contemplate per le false dichiarazioni rese al fine di realizzare importazioni vietate, anche se la falsa dichiarazione sia stata resa con intento fraudolento. In presenza di una tale autorizzazione e nei limiti di quest'ultima, gli Stati membri possono dichiarare le importazioni effettuate senza licenza preliminare soggette alle sanzioni penali previste per le importazioni, senza dichiarazione, di merci vietate; essi possono imporre all'importatore di dichiarare l'origine dei prodotti importati e sottoporre la violazione di tale obbligo alle sanzioni penali contemplate in caso di false dichiarazioni rese al fine di effettuare importazioni vietate».

(*) Ciò si desumerebbe dalla giurisprudenza che riconosce rilevanza alla forza maggiore (CGCE, 18 marzo 1980, *SpA Ferreria Valsabbia e a./Commissione*, cause riunite 154 e altre/78, 39 e altre/79 in *Raccolla*, 1980, 1022 s.). Cfr. GRASSO, *Recenti sviluppi*, 755 s.; e, anche per il significato di tale riconoscimento rispetto a diritti nazionali in cui trovi previsione la possibilità di punire e prescindere dalla colpevolezza, THEDEMANN, *Diritto comunitario*, 228.

(*) Cfr., in relazione alle affermazioni della Corte nella causa Thyssen (16 novembre 1983, 188/82, Thyssen AG/Commissione, in *Raccolla*, 1983, 3723 ss.), DANNECKER, *Sanktionen und Grundsätze des Allgemeinen Teils im Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft*, 341; THEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, 224 s. V., inoltre, le conclusioni dell'A.G. Van Thomsen nella stessa causa (p. 3740), e al riguardo, con ulteriori notazioni, GRASSO G., *Comunità europee*, 105 ss.

Riguardo alla problematica dell'errore v., oltre a GRASSO G., cit., THEDEMANN, *Sullo stato della teoria dell'errore*, HILDEBRANDT, *Der Irrtum*.

Esemplare, ai fini dell'apprezzamento della posizione della Corte nei confronti del diritto penale, è il caso Sagulo: la Corte si ritiene in grado di stabilire in generale se un inasprimento qualitativo della pena editoriale (pena detentiva anziché pecuniaria) collegato in ambito nazionale alla reiterata violazione di una norma penale, sia conforme ai «principi generali del diritto penale» e perciò non dia luogo ad obiezioni sotto il profilo del diritto comunitario⁽¹⁰⁹⁾. Così, la Corte anzitutto mostra di credere che tali principi esistano in ambito comunitario, e in secondo luogo afferma di poter e saper precisare contenuto e portata dei medesimi. Infatti, ha deciso che nessun valore aggravatorio può attribuirsi ad una condanna precedente, pur passata in giudicato, se questa si fonda su disposizioni incompatibili col diritto comunitario.

La Corte di giustizia, del resto, non ha mancato l'appuntamento con considerazioni di efficienza, nel momento in cui ha indicato ruoli legittimi di criteri di politica penale concernenti la misura astratta di pena. Ha stabilito, tra l'altro, la rilevanza, agli effetti della determina-

Il tema del rispetto del principio *nulla poena sine culpa* in ambito comunitario si è particolarmente sviluppato con riferimento al regime della sanzione consistente nell'incameramento della cauzione, sanzione cui la Corte ha, tuttavia, negato natura penale in uno con la necessità dell'estremo della colpa⁽¹¹⁰⁾, per tutte, CGCE, 18 novembre 1987, 137/85, Maizena/BALM, ivi, 1987, 4603. In dottrina, diversamente, THEDEMANN, *Diritto comunitario*, 220 s.; Id., *Das Kantonsrecht der EWG*, 2727 ss.; BARENTS, *The System of Deposits*, 239 ss.).

Si noti, infine, che l'orientamento della CGCE dovrà misurarsi con recenti pretese della Commissione a che «sanzioni tali da indurre gli esportatori a rispettare le norme comunitarie» e «aventi contenuto punitivo» — come la diminuzione della dovuta restituzione all'esportazione, in caso di richiesta per importo superiore a quello spettante —, «siano applicate indipendentemente dall'elemento soggettivo colposo»: v. reg. CE della Commissione n. 2945/1994 del 2 dicembre 1994, primo e secondo considerando.

⁽¹⁰⁹⁾ CGCE, 14 luglio 1977, 8/77, Sagulo e aa., in *Raccolla*, 1977, 1504 s. (corrisivo nostro). Cfr. pure CGCE, 16 febbraio 1978, 88/77, Ministero della pesca/Schoonenberg e aa., ivi, 1978, 492: «in conformità a quanto già affermato da questa Corte nella sentenza 21 marzo 1972 (causa 82/71, Pubblico Ministero della Repubblica italiana/SAL, Racc. pag. 119 [v. *infra*, par. 6.2, n. 2.r.]), una condanna penale inflitta in forza di un atto legislativo interno riconosciuto contraria al diritto comunitario è anch'essa incompatibile con questo diritto». Al riguardo, PEDRAZZA, *Droit comunitaire*, 53 s.; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, 198 con ult. ind.

zione dei livelli editoriali di pena, del fatto che la notizia della commissione di un certo illecito sia prevedibilmente di più difficile acquisizione rispetto a quella di altra ma per ogni restante verso simile violazione. Questa difficoltà di acquisizione sarebbe ragione legittima di una pur misurata differenziazione tramite incrementi punitivo-quantitativi⁽¹¹¹⁾.

In un'altra occasione la Corte ha tenuto conto dell'«indole puramente amministrativa» di una certa infrazione «nazionale» — omessa o inesatta denuncia, da parte dell'importatore, della provenienza originaria della merce —, indole autonomamente individuata dalla stessa Corte. E ne ha dedotto l'eccessività di sanzioni nazionali come la confisca o la sanzione pecuniaria rapportata al valore della merce⁽¹¹²⁾. Così, il tema della proporzionalità è stato agganciato anche a presupposti «ontologici» sulla natura dell'illecito.

Sopra tutto, invece, in tema di proporzionalità della sanzione, anche detentiva, la Corte di giustizia ha individuato principi generali del diritto penale, concretizzandoli in regole. Già il rapporto tra sanzioni punitive nazionali e comunitarie con il rischio di sovrapposizione di più punizioni per lo stesso fatto è stato affrontato nella ricerca di una soluzione conforme al canone del *ne bis in idem* sostanziale⁽¹¹³⁾. Ed è,

⁽¹¹⁰⁾ CGCE, 2 agosto 1993, 276/91, Commissione Repubblica Francese, in *Riv. int. dir. pen. ec.*, 1993, 935 (testo sintetizzato), in relazione ad un fatto di importazione di autovettura senza pagamento di IVA, per cui in applicazione di una fattispecie di reato doganale francese era stata inflitta dall'autorità competente una condanna all'ammenda di 22.000 franchi fr. e alla confisca del veicolo. Cfr. pure CGCE, 25 febbraio 1988, 299/86, Drexler, in *Raccolla*, 1988, 1213, e al riguardo GRASSO G., *Comunità europee*, 324.

⁽¹¹¹⁾ CGCE, 15 dicembre 1976, 41/76 Donckerwolcke/Procuratore della Repubblica, in *Raccolla*, 1976, 1936 s. V., inoltre, CGCE, 30 novembre 1977, 52/77, Cayrol/Rivoira, ivi, 1977, 2279 s., e al riguardo GRASSO, *Comunità europee*, 323.

⁽¹¹²⁾ Cfr. per il riconoscimento di temperamenti rispetto al cumulo tra sanzioni comunitarie e sanzioni nazionali, CGCE, 13 febbraio 1969, 14/68, Wilhelm e aa./Bundeskartellamt, in *Raccolla*, 1969, 16; CGCE, 14 dicembre 1972, 7/72, Boehringer Mannheim GmbH/Commissione, ivi, 1972, 1289. Cont., di recente, TPGCE, 6 aprile 1995, 149/89, in *Bollettino*, n. 10/95, 47.

In dottrina, sul principio del *ne bis in idem* sostanziale in ambito comunitario v. PALERMO FARRIS, *Concorso apparente di norme e concorso di reati, passim*; VOGLI, *Tuffa ai danni degli interessi finanziari*, 23; GRASSO G., *Nuove prospettive*, 870; LECROS, *Observations*, 147.

Finale

inoltre, risaputo che la Corte di giustizia è riuscita a delinquare una forma di controllo delle sanzioni punitive, sul piano della necessità-proporzionalità⁽¹⁰⁴⁾, molto più intensa di quella, pur notevole, che viene esercitata dalla Corte costituzionale italiana⁽¹⁰⁵⁾.

Si è ravvisato, allora, un tendenziale, embrionale effetto di armonizzazione tra le sanzioni previste nei diversi Stati membri con riferimento a questo sindacato di necessità-proporzionalità, e nei casi considerati⁽¹⁰⁶⁾. Si riconosce che il diritto comunitario, anzitutto tramite i meccanismi dell'art. 5 T.C.E., preclude «la previsione/irrogazione di pene sproporzionate per difetto o per eccesso», e si arriva a parlare di «compressione» verso il basso (ma anche verso l'alto) dei livelli edittali, della discrezionalità del giudice penale in tema di commisurazione di pena⁽¹⁰⁷⁾, in considerazione di decisioni della Corte di giustizia che in dati casi hanno indicato la necessità per il giudice penale di compiere la quantificazione in concreto della pena verso il minimo edittale⁽¹⁰⁸⁾ (o viceversa di ricercare nel proprio ordinamento una sanzione «non simbolica» per le violazioni attinenti all'ambito comunitario⁽¹⁰⁹⁾).

⁽¹⁰⁴⁾ Sulla necessaria proporzionalità di ogni misura che comporti conseguenze negative per l'interessato (sia essa o no una sanzione) v. CGCE, 21 gennaio 1992, 319/90, Pressler/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, in *Raccolta*, 1992, 214.

⁽¹⁰⁵⁾ La Corte italiana, a differenza di quella comunitaria, sembra attenersi al criterio della coerenza interna delle scelte legislative (Cfr. GRASSO, *Comunità europea e diritto penale*, 330 ss.), almeno nell'intenzione dichiarata. Ma v. Corte cost., 10 luglio 1991, n. 333, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 285, e al riguardo, ivi (p. 308), PALAZZO, *Dogmatica ed empiria nella questione di costituzionalità della legge antidroga*, Utl. ind. nel Capitolo quinto, par. 3, nota 66, e par. 4.2.

⁽¹⁰⁶⁾ PEDRAZZI, *Droit comunitaire*, 74; GRASSO, *Comunità europee*, 332.

⁽¹⁰⁷⁾ BERNARDI, *Principi di diritto*, 202.

⁽¹⁰⁸⁾ CGCE, 14 luglio 1977, 8/77, Segulo e ae., in *Raccolla*, 1977, 1507. V. al riguardo anche GRASSO, *Comunità europee*, 333 s., e PEDRAZZI, *Droit comunitaire*, 79.

⁽¹⁰⁹⁾ Si tratta di quanto si desumerebbe dalle sentenze nelle cause 14/83 (Von Colson e a./Land Nordrhein-Westfalen) e 79/83 (Dori Ilarz/Deutsche Tradax GmbH), entrambe del 10 aprile 1984, in *Raccolla*, 1984, risp. 1891 e 1921. Su queste decisioni, oltre a BERNARDI, *Principi*, v. CURTIN, *Effective Sanctions and the Equal Treatment Directive: The Von Colson and Ilarz Cases*, 505 ss. A questi orientamenti giurisprudenziali in senso gravatorio, qui indicati per ragioni di concisione espositiva, va riferito quanto si dirà nel paragrafo che segue.

Saremmo in presenza, dunque, di «armonizzazione», ma certo di un'armonizzazione che, per lo strumento che la veicola, può implicare un effetto diretto e immediato⁽¹¹⁰⁾.

Finora la Corte di giustizia non è, tuttavia, giunta ad impegnarsi in stringenti controlli di proporzionalità implicanti il raffronto tra una determinata sanzione nazionale e quelle previste per il medesimo fatto in altri ordinamenti nazionali⁽¹¹¹⁾. Questo dato, tra altri, può stare ad

⁽¹¹⁰⁾ Va aggiunto che la CGCE, nell'ambito del procedimento ex art. 177 T.C.E. rinviato al giudice interno il controllo di proporzionalità di sanzioni penali, ed anche il controllo di ragionevolezza su precetti. Si veda, per esempio, CGCE, 7 luglio 1976, 118/75, Watson e Belmann, in *Raccolla*, 1976, 1185. Nella questione era coinvolta normativa italiana, penalmente sanzionata, che fissava in capo ai residenti obblighi di notifica dello straniero ospitato, e in capo agli stranieri obblighi di auto-notifica. La Corte ha affermato che sussiste violazione del diritto comunitario se il termine prescritto per la notifica all'autorità dell'ingresso del cittadino straniero non è contenuto in termini ragionevoli, e se le sanzioni comminate sono sproporzionate rispetto alla gravità dell'infrazione.

Ancora, può essere ricordata CGCE, 28 novembre 1978, 16/78, Choquet, ivi, 1978, 2293, concernente la seguente questione: «Se sia compatibile con il diritto comunitario il fatto che uno Stato membro esiga dai cittadini degli altri Stati, per la guida di autoveicoli, l'ottenimento di una patente nazionale e il punisco, in caso di guida senza detta patente, ad onta del fatto che si tratti di persone autorizzate al soggiorno a norma degli artt. 48 ss. T.C.E. ed in possesso di analoghe patenze nazionali». La Corte ha stabilito, tra l'altro, che l'onere imposto da uno Stato membro a un cittadino di altro Stato membro, di ottenere una patente nazionale, nonostante il possesso di una patente rilasciata dalle autorità dello Stato di origine, potrebbe risultare incompatibile col Trattato «se risultasse che le condizioni imposte dalla normativa nazionale al titolare di una patente rilasciata da un altro Stato membro non possono trovare una ragionevole giustificazione nelle esigenze di sicurezza della circolazione stradale».

Cfr., inoltre, sotto i profili qui considerati, la decisione in causa Levy, 212/88, riportata *supra* in nota 97.

Per la notazione di ulteriori ipotesi di affidamento al giudice penale di valutazioni secondo clausole elastiche, si rinvia a PEDRAZZI, *Droit comunitaire*, 70. Per i riflessi nella giurisprudenza italiana v., per tutte, Cass. pen., 21 febbraio 1989, Gambino, in *Cass. Pen.*, 1990, 1354, e il relativo commento di CIGLIO, *Diritto comunitario e scelte sanzionatorie degli stati membri*.

⁽¹¹¹⁾ Questo procedimento, entra, talvolta, nella considerazione degli Avvocati generali. Si segnalano le conclusioni dell'A.C. Trabucchi in causa Watson e Belmann (CGCE, 7 luglio 1976, 118/75, in *Raccolla*, 1976, 1185), laddove, in tema di disciplina nazionale del controllo sugli stranieri, sono state prese in considerazione

indicare che anche dal punto di vista penalistico la Corte di giustizia non ha ancora assunto taluni peculiari connotati di una Corte (suprema) federale (112).

In nessun modo, tuttavia, si potrebbe, al contempo, sostenere (per quanto pur valga) che in complesso la Corte stessa, in ambito penale, si è mostrata priva di «afflato spirituale-etico» nell'affermazione, contro la normativa ordinaria sia nazionale che comunitaria, di valori fondamentali propri della dimensione costituzionale penalistica (113). Al riguardo, oltre a quanto finora rilevato, può conclusivamente richiamarsi la ferma giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di limiti comunitari alle ragioni di ordine pubblico nazionale, rispetto alla previsione di misure (nazionali) penali-criminali (anche in senso lato, quali misure preventive o di sicurezza) contro stranieri, rispetto alle quali, come è ben noto, la Corte è riuscita a valorizzare il precipitato del diritto comunitario (114) secondo canoni di civiltà (115) che ancora oggi

risultano almeno in parte sconosciuti a qualche giudice interno⁽¹¹⁶⁾, o tali risultavano e tuttora risulterebbero, in mancanza del diritto comunitario, addirittura a qualche diritto nazionale⁽¹¹⁷⁾.

L'impianto costituzionale comunitario si riflette, dunque, sulle pari e leggi speciali nazionali condizionando, tra l'altro, le relative parti generali. E riflessi penalistici della costituzione comunitaria richiamano un ruolo incisivo nei confronti non solo di normativa penale-amministrativa comunitaria, ma anche di normativa penale-criminale riconducibile alla pretesa sovranazionale alla penalizzazione come, per esempio, quella che dovesse derivare dalla Convenzione relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee⁽¹¹⁸⁾.

Di rilievo è, inoltre, la potenziale ampiezza di questa parte generale che pur già mostra notevole dimensione. Il formarsi di una parte generale penale comunitaria non risulta condizionato *a priori* a determinati temi penalistici, ma insiste ed è in grado di insistere sull'intero tema penale⁽¹¹⁹⁾. Non può essere diversamente dal momento in cui entrino in gioco i diritti fondamentali.

discipline sanzionatorie nazionali tra loro divergenti (p. 1204); e v. pure le conclusioni dell'A.G. Van Gerven in causa Hansen (CGCE, 10 luglio 1990, 326/88, ivi, 1990, 2930) e in causa Vandevenne (CGCE, 2 ottobre 1991, 7/90, ivi, 1991, 4383) riguardo alle discipline nazionali di casi di responsabilità penale oggettiva.

(112) Si pensi alla Corte Suprema U.S.A. V., al riguardo, *Paro, Considerations sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura esecutiva delle pene in Italia e negli U.S.A.*, 719, anche per taluni interessanti rilievi sul problema del contrasto o no di siffatto sindacato col principio per cui la potestà penale appartiene ai singoli Stati.

(113) Rileva, ma in generale, BALDASSARRE (*La tutela internazionale dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale italiana*, 33) che la Corte di Giustizia, in tema di valori fondamentali, non ha ancora attuato il «salto culturale» che collega le grandi Corti federali al diritto costituzionale, e che la stessa Corte «continua ad utilizzare modelli di ragionamento improntati a quelli privatistici». Sul punto v., inoltre, BALLARINO, *Una duplice tutela*.

(114) V. soprattutto la direttiva del Consiglio del 25 febbraio 1964 (64/221/CEE), GUCE 4 aprile 1964.

(115) Sotto vari profili, si vedano le seguenti, principali pronunce: CGCE, 4 dicembre 1974, 41/74, van Duyn/Home Office, in *Raccorda*, 1974, 1337; Id., 26 febbraio 1975, 67/74, Bonsignore/Oberstadtdirektor der Stadt Köln, ivi, 1975, 297; CGCE, 28 ottobre 1975, 36/75, Rutli / Ministre de l'Intérieur, ivi, 1975, 1219; Id., 27 ottobre 1977, 30/77, Regina/Bouchereau, ivi, 1977, 2012; Id., 22 maggio 1980, Regina/Secretary of State for Home Affairs su lic. di M. Santillo, ivi, 1980, 1585; Id., 3 luglio 1980, 157/79, Regina/Pieck, 1980, 2171; Id., 18 maggio

35.

(116) Cfr. GRASSO, *Comunità europee*, 315.

(117) La rilevanza dei principi generali penali del diritto comunitario potrà presentarsi, tra l'altro, in sede di interpretazione della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari comunitari (che rimane per ora in fase di Proposta: v. quanto riferito in nota 15 del Capitolo primo) che in quanto atto dell'Unione soggiace ai principi generali del diritto comunitario (v. anche l'art. 8 per l'ipotesi del contrasto sull'applicazione, e sull'eventualità di un coinvolgimento della Corte di Giustizia. Va ricordato, altresì, quanto esposto nella precedente nota 37, riguardo alla competenza della Corte di Giustizia in tema di rispetto dei principi generali del diritto comunitario da parte dell'Unione). Inoltre, tali principi rileveranno in sede di applicazione da parte del giudice nazionale delle norme incriminatrici che gli Stati avranno introdotto in ossequio alla Convenzione; quest'ultima ponendosi, assieme a tali principi, quanto meno come imprescindibile strumento interpretativo (v. anche *infra*, Capitolo quarto, par. 6.).

(118) Dal punto di vista del diritto nazionale, sulla circostanza che l'incidenza del diritto comunitario si irradierebbe soltanto sul piano della parte speciale v., ma a suo tempo, PEDRAZZI, *L'influenza*, 611. *Contra*, e più di recente, GRASSO G.,

5.2. Resta da indagare se e eventualmente in che misura i diritti fondamentali comunitari reagiscono sulla conformazione di principi comunitari che orientino la ricognizione delle competenze penali positive. Ci si deve chiedere se i diritti fondamentali comunitari contribuiscono a legittimare una politica criminale comunitaria e una politica penale assieme all'impiego di mezzi rivolti ad attuarle. Questo è un secondo profilo di rilevanza dei diritti fondamentali, che si pretende in funzione fondante verso un ambito penale comunitario.

I diritti fondamentali sono in grado di costituire un punto di forza di un'argomentazione tesa a confermare l'esistenza di competenze penali comunitarie. Quando i diritti fondamentali siano assunti nella loro dimensione c.d. oggettiva, come sistema di principi-valori che informano l'ordinamento, oltre (prima del) l'originaria concezione che li intende come soggettivi diritti di difesa secondo modelli strettamente liberali, si apre anche 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⁽¹²¹⁾.

Dai dati giurisprudenziali risultano stretti rapporti tra difesa comunitaria dei diritti dei singoli e dimensione penalistica del diritto comunitario. In questo senso non depone solo l'orientamento generale secondo un modello funzionale, proprio del diritto comunitario e manifestato dalla Corte di giustizia fin dalle prime, già menzionate pronunzie che hanno fissato i caratteri del diritto comunitario⁽¹²²⁾, per cui gli obblighi gravanti sugli Stati sono intesi come incondizionati, si trasformano in diritti soggettivi dei singoli tutelabili davanti ai giudici nazionali e in tal modo si attuano le finalità comunitarie e così il diritto obiettivo nella legalità comunitaria infrangendo la sovranità statale⁽¹²³⁾. Si è già notato sia che il diritto comunitario pretende dai giudici

Comunità europee, 266; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, 12 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, 66.

⁽¹²¹⁾ Una chiara e diffusa descrizione critica delle assunzioni e dei processi da noi sintetizzati nel testo, può trovarsi in ALEXV, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, 49 ss.; BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundgesamtheiten*, 1 ss.; ZACHARIELSKY, *Il diritto mile*, 112 ss., 123 ss.

⁽¹²²⁾ Capitolo secondo, par. 1.

⁽¹²³⁾ SORRENTINO, *La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione*

ci interni la ricerca di pene non simboliche per le violazioni del diritto stesso, sia che in ragione dell'apertura comunitaria al diritto penale manifestatasi con la sentenza "mais greci" la considerazione comunitaria degli individui non comporti più soltanto l'effetto di liberalizzazione che ha caratterizzato gli sviluppi del diritto comunitario e inizia a porsi, invece, nel fuoco dell'effetto repressivo, sempre però in vista dell'attuazione di finalità comunitarie, del diritto comunitario che, però, comprende anche i diritti fondamentali⁽¹²⁴⁾.

Porrebbe apparire breve il passo verso la legittimazione degli obblighi di penalizzazione imposti agli Stati membri, tramite i diritti stabiliti dal diritto comunitario. Certa dottrina già conclude in questo senso⁽¹²⁵⁾.

La menzionata sentenza Francovich a taluno sembra consentire di andar oltre nel senso del rafforzamento della pretesa comunitaria alla penalizzazione, poiché lascia affacciare l'ipotesi che siano state gettate essenziali basi per la costruzione di un ulteriore strumento che sanzioni, mediante il meccanismo risarcitorio, l'inadempimento "penale" degli Stati (tutela insufficiente)⁽¹²⁶⁾. Se così fosse, la norma penale (pur sempre) "mancante" verrebbe individuata tramite la giurisdizione nazionale da parte del diritto comunitario, non esclusa la mediazione della Corte di giustizia.

europaea, 84 s.; TIZZANO, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee*, 163; OLIVER, *Le droits communautaires et le volet de recours nationaux*, 348 ss. (anche per un ampio panorama giurisprudenziale); MASTIMACKE, *On the Legitimacy of European Law*, 622.

Destinatario autentico dell'ordinamento comunitario è in tutti i sensi il singolo cittadino degli Stati membri (BATTIATO, *Lineamenti*, VII), che nel medesimo ambito funzionale di esplicazione si avvia ad essere cittadino europeo (sulla cittadinanza europea, LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, 113 ss.), in rapporto con un'entità politica europea (cfr. LA PERGOLA, *Sguardo sul federalismo e i suoi dinamismi*, 504). Questo rapporto si aggiunge a quello nazionale (doppia cittadinanza nazionale) (CARROZZA, *Nazione*, 155).

⁽¹²⁴⁾ V., rispettivamente, il paragrafo precedente e il par. 2. del Capitolo secondo.

⁽¹²⁵⁾ BIRCKMANN, *Die Überlagerung*, 112.

⁽¹²⁶⁾ FRANCK, *The Influence*, 352. La decisione in causa Francovich è citata nel Capitolo secondo, nota 16.

Interessa evidenziare che, se si utilizzano le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia nel caso Francovich, l'adempimento "penale" degli Stati si misurerebbe in termini di causalità omissiva recante lesione dei diritti dei singoli. La garanzia comunitaria dei diritti individuali comprenderebbe profili concernenti la tutela penale dovuta a tali diritti.

Il caso Francovich ha suscitato ulteriori ipotesi di sviluppo del diritto comunitario sotto aspetti penalistici. Ormai si intravede la possibilità che in futuro il risarcimento del danno si colora «di una tinta afflittivo-punitiva nei confronti dello Stato»⁽¹²⁶⁾. Perché non pensare, allora, ad analoghe soluzioni rispetto alla stessa Comunità, e, più oltre, anche alle persone fisiche che rivestono cariche di responsabilità per lo Stato o per la Comunità?

Lasciamo per ora aperti questi interrogativi e correlati problemi, che meritano una trattazione a parte e potranno essere affrontati meglio più avanti, quando saranno maturati ulteriori, importanti dati utili⁽¹²⁷⁾.

6. L'ipotesi del contrasto in tema di diritti fondamentali tra valutazioni fondate sul diritto comunitario e valutazioni fondate sul diritto nazionale viene in considerazione per gli aspetti che possano coinvolgere il problema delle competenze penali comunitarie.

La riferibilità dei diritti umani alla Comunità oltre che agli Stati pone le condizioni della c.d. neutralizzazione del potere sovrano⁽¹²⁸⁾, come valore conseguito⁽¹²⁹⁾, perseguibile e realizzabile in concreto⁽¹³⁰⁾.

I diritti umani tenderebbero a polverizzare la sovranità nelle autonomie individuali. Pure lo Stato è avviato a funzionare secondo la

⁽¹²⁶⁾ PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*.

⁽¹²⁷⁾ Si rinvia al Capitolo quarto.

⁽¹²⁸⁾ Cfr., per tutti, BOLAFFI, *Introduzione a KIRCHHEIMER, Costituzione senza sovrano*, XXVIII s.; SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, 95 ss.

⁽¹²⁹⁾ Cfr., pur con riferimento a problematiche attinenti all'interno (sovranità interna) dello Stato, CATALASSA, *Amministrazione e potere politico*, 8.

⁽¹³⁰⁾ Cfr., pur sempre nella prospettiva (della sovranità) interna allo Stato Di GASPARRE, *Il potere nel diritto pubblico*, 372 ss.

«meccanica istituzionale» in cui si innesta il principio democratico, laddove gli apparati istituzionali, anziché meri luoghi di potere, dovrebbero diventare il luogo di incontro tra i cittadini sovrani e il potere politico⁽¹³¹⁾. Resta la consapevolezza della pluralità dei centri di riferimento nonché della necessità di guadagnare il diritto nella concretezza dei rapporti di vita piuttosto che di scoprirlo prefabbricato⁽¹³²⁾. Sulla legalità costituzionale comunitaria poggiano, tramite il riferimento al diritto, compresi i diritti fondamentali, gli esiti della frattura tra legalità e legittimità⁽¹³³⁾, che coinvolgono la stessa legalità costituzionale.

Conseguenza importante del riconoscimento della rilevanza dei diritti fondamentali in ambito comunitario è che (anche) rispetto ai diritti fondamentali si è aperta una dimensione pluralistica, la considerazione della quale richiede di non cadere nell'equivoco artificioso verbalistico della sostituzione del primato (sovranità) della costituzione⁽¹³⁴⁾, benché comunitaria, alla sovranità dello Stato o al primato della(e) costituzione(i) nazionale(i)⁽¹³⁵⁾. Da un lato il diritto comunitario, soprattutto tramite la Corte di giustizia, non può che pretendere supremazia per la propria concezione dei diritti umani⁽¹³⁶⁾, dall'altro lato i diritti nazionali, specie quelli dotati di organi di garanzia delle proprie Costituzioni come le corti costituzionali, potrebbero assegnare prevalenza alla propria concezione sul presupposto soprattutto che la legittimazione delle manifestazioni di supremazia del diritto comunitario dipenda dalle Costituzioni statali che conferiscono efficacia ai trattati nella sfera altrimenti spettante al diritto nazionale.

Data la rilevanza complessiva delle valutazioni coinvolte, i punti di equilibrio nelle due prospettive, anche a parità dei dati e dei criteri

⁽¹³¹⁾ BERTI, *Profilo dinamico della sovranità statale*, 1283 s. V. peraltro, nella vastissima letteratura, i rilievi di RUGGIERI, *Stato di diritto*, 371 ss. e *passim*.

⁽¹³²⁾ ZACHARIELSKY, *Il diritto misto*, 9 ss.

⁽¹³³⁾ Su questa frattura, per tutti, SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtsunsicherheit*, 37 ss.

⁽¹³⁴⁾ Sulla «sovranità» della Costituzione v., di recente, i rilievi di FROSINI, *Kelsen e le interpretazioni della sovranità*, 31 ss., 36 ss.

⁽¹³⁵⁾ V. *supra*, Capitolo primo, par. 2.

⁽¹³⁶⁾ PERINCE, *Gemeinschaftsverständnis und Grundrechtsbegriff*, 2409 ss.

generali impiegati, potrebbero risultare non coincidenti⁽¹³⁷⁾. È noto che la stessa esigenza di riconoscimento dei diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia si è chiaramente manifestata come includibile in funzione di legittimazione della pretesa supremazia comunitaria proprio di fronte alla (tuttora permanente) rivendicazione, da parte delle corti costituzionali italiana e tedesca, di sanare se del caso l'inesistenza o l'ineadeguatezza della difesa comunitaria di tali diritti⁽¹³⁸⁾.

In questa situazione, se è vero, come pare, che nel riconoscimento dei diritti umani è individuabile un tratto comune, fondante, di vertice, il luogo della comunicazione, dell'incontro e saldatura tra diritto comunitario e diritto statale⁽¹³⁹⁾, è anche vero che, al contempo, gli stessi diritti rappresentano il momento della separazione, fino alla frattura. Tuttavia, su questi presupposti, i diritti umani finiscono col ritrarsi in funzione di ultima istanza qualora sorga un conflitto, cioè un problema di selezione tra norme contrastanti e di diversa provenienza, che pur ai diritti medesimi sian dette, ognuna per parte sua, ispirate. Il soggetto che decide, vale a dire chiunque sia interessato alla conoscenza del diritto comunitario, è luogo di comunicazione tra i due versanti, e nella sua opera interpretativa contribuisce a stabilire il contenuto specifico del criterio di risoluzione del conflitto.

6.1. L'ipotesi del conflitto conduce ad apprezzare il ruolo svolto dalla giurisprudenza pratica, e in particolare del giudice interno che lo rilevi.

Il giudice interno è ad un tempo giudice nazionale e giudice comunitario, chiamato sia per il diritto interno che per il diritto comunitario⁽¹⁴⁰⁾, cioè dall'uno e dall'altro ritenuto proprio giudice. Al giudi-

ce, in fondo, di volta in volta spetta la parola finale nella scelta del diritto competente⁽¹⁴¹⁾ dato che manca una (altra) autorità costituita per decidere *super partes* quando sia da osservare una norma comunitaria e quando quella statale⁽¹⁴²⁾: si è, infatti, in presenza di due plessi che

Comunità europea, 17, 22), il quale rileva che, all'interno del meccanismo istituito dall'art. 177 T.C.E., così come in genere quando applicano diritto comunitario, i giudici agiscono come una sorta di organi decentrati dalla giurisdizione comunitaria, in quanto concorrono a garantire l'osservanza di quel diritto. Similmente BALANO, *Lineamenti*, 95: «Al giudice nazionale, quando applica il diritto comunitario, non si dovrebbe dare alcun mezzo per sottrarsi al compito che gli incombe: esso deve considerarsi, in tutto e per tutto, come un organo del sistema giuridico comunitario». Per un quadro della giurisprudenza della Corte di Giustizia al riguardo v. BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, 1 ss.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. RUGGERI, *Continuo e discontinuo*, 1618 ss.; SCABENTINO, *La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea*, 88, 93 ss., 105; CAPRISO, *Le ideologie giuridiche dello Stato nazionale moderno e l'ordinamento comunitario nella giurisprudenza italiana*, 285 ss.

Per una concezione diversa da quella esposta nel testo, cfr. PERLINGERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, 31 ss., laddove si muove sulla premessa che il giudice è «nazionale», coerentemente alla postulata scelta di fondo (p. 26 ss.), secondo cui «la fonte, l'idea forte, è rappresentata dalla Costituzione nazionale».

⁽¹⁴²⁾ Nota questa mancanza GRASSO P. G., *Il "patrimonio" del Diritto costituzionale nell'Europa di oggi*, in CASTELLANO (a cura di), *L'Europa e il diritto*, 112.

Cfr., inoltre, FALCON, *Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, 78, il quale rileva che il principio (cassolutamente straordinario) per cui le regole del diritto comunitario sono applicate da ciascun operatore giuridico a preferenza di successive e confliggenti regole di diritto nazionale, trova ragione nel difetto di unità giurisdizionale dell'ordinamento comunitario, in relazione a quelli nazionali (inesistenza di un potere di «annullamento» con relativo effetto costitutivo *erga omnes*, per contrasto con la norma comunitaria, della norma nazionale successiva).

Alcuni AA. sostengono che non è chiaro chi abbia il potere di dire l'ultima parola nell'applicazione del criterio di separazione delle competenze, e rilevano l'esigenza di creare una giurisdizione costituzionale comunitaria: ONIDA, *Considerazioni sul tema*, 1730; PERLINGERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, 102. Più tosto perplesso, nel percepire le conseguenze dell'approccio pluralistico, pare anche G. U. RESCIGNO, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea*, 3120.

Riguardo al problema di istituire una efficiente giurisdizione sui diritti umani si rinvia a FORLATI PICCHIO, *A quando il rinvio pregiudiziale per l'interpretazione di norme internazionali sui diritti dell'uomo?*, 259 ss.

⁽¹³⁷⁾ DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, 252 s.

⁽¹³⁸⁾ Indicazioni nel Capitolo quinto, par. 2, e nota 42.

⁽¹³⁹⁾ RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170/1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla "teoria" della separazione alla "prassi" dell'integrazione intersistematica?*, 1620; HABELE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, 916 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. TIZZANO *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri della*

insistono in uno stesso ambito territoriale e personale, reclamando a sé di riconoscere le proprie (ed altrui) competenze, anche in tema di diritti fondamentali (tramite, tra l'altro, le rispettive, supreme, autorità giurisdizionali).

Il giudice decide quale sia il sistema politico istituzionalizzato di cui egli è rappresentante ed espressione, la cui stabilità mira a conservare⁽¹⁴⁹⁾.

Se ne può presentare il caso soprattutto quando non si attui nemmeno il c.d. concordato giurisprudenziale tra Corte di giustizia e Corte costituzionale sulla definizione dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno⁽¹⁵⁰⁾ (modello del «rapporto di cooperazione» tra le Corti⁽¹⁵¹⁾). Questo accordo, così rilevante, e la cui auspicabilità è resa inevitabile dall'azione coordinativa dei corpi politici rappresentativi, induce di per sé a costatare il correlato tramonto della «sovranità» del potere politico⁽¹⁵²⁾ (c.d. Europa dei giudici⁽¹⁵³⁾). In più, esso è inteso come modo di garanzia di quella «costituzione della comunità culturale» che i diritti umani sono chiamati a rappresentare, oltre la statica costruzione di uno *ius commune*, in una *communicatio juris* concepita in senso diacronico⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. MENEGHELLI, *Una semplice osservazione su un certo modo d'intendere la funzione del giudice*, 23.

⁽¹⁵⁰⁾ ANGIOLINI, *I «principi fondamentali» della Costituzione italiana comono (non senza pericoli) sul filo del diritto comunitario*, 156.

⁽¹⁵¹⁾ V., per una recente riproposizione, lo stesso Tribunale costituzionale tedesco (12 ottobre 1993), e al riguardo BONINI, *Riflessioni a margine della sentenza 12 ottobre 1993*, 1277.

⁽¹⁵²⁾ ANGIOLINI, *I «principi fondamentali» della Costituzione italiana comono (non senza pericoli) sul filo del diritto comunitario*, 155 s.

⁽¹⁵³⁾ Da diverse angolazioni, nella vasta letteratura, cfr. FREDDI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità europea*, 102 s., 107; MENGOLZI, *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, 511 s.; PALADIN, *Forma italiana di governo*, 411; LECOURT, *L'Europe des juges*, COLLIN, *Le gouvernement des juges*.

⁽¹⁵⁴⁾ CORASANITI, *Protezione costituzionale e protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, 599. V. pure BERTI, *Interpretazione costituzionale*, 193, secondo cui la forza degli ordinamenti non sta nelle loro rispettive e dimensionalmente ridotte sovranità, ma nel porsi come trasmettitori e custodi di regole fondamentali prodotte dalla cultura e dalla civilizzazione su scala universale.

Finora, tuttavia, permane la crisi, pur «virtuale», segnata in particolare dall'ipotesi del disaccordo sul livello adeguato di protezione dei diritti fondamentali⁽¹⁵⁵⁾. Un fallimento del modello della «cooperazione» tra Corte di giustizia e Corti costituzionali riflette una «crisi di legittimazione»⁽¹⁵⁶⁾ delle rispettive valutazioni, crisi soprattutto del valore legittimante assegnato ai relativi fondamenti.

Si è in grado perciò di recepire l'importanza del ruolo svolto dal giudice. Gli rimane affidata una scelta che potrebbe risultargli insostenibile, anche sotto profili penalistici, su «matrici ideologiche»⁽¹⁵⁷⁾ tra loro incompatibili. Egli resta «primo» organo di garanzia dei diritti umani⁽¹⁵⁸⁾ nell'opera di reperimento della regola del caso, compreso quello che coinvolga la distribuzione di competenza penale; con tutte le conseguenti difficoltà di affermare una scelta che possa davvero dirsi suffragata da ragioni chiare e trasparenti suscettibili di controllo, piuttosto che rappresentativa del limite della possibilità di misurare i prodotti dell'attività di interpretazione-applicazione del diritto secondo un metro di completa verificabilità scientifico-razionale⁽¹⁵⁹⁾.

La dottrina penale che ritiene inaccettabile la molteplicità di solu-

Sulle (non del tutto coincidenti) nozioni di «costituzione culturale» e «Kulturverfassung» si veda, rispettivamente, a PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, 166 ss.; HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, 210 ss. Per profili di considerazione penalistica v., per tutti, CADOPPI, *Il ruolo delle Kulturnormen nella «opzione penale» con particolare riferimento agli illeciti economici*, 293. V. anche infra, Capitolo quarto, nota 31.

⁽¹⁵⁵⁾ SACCO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, 293.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. RICHUX M.-F., *Démocratie relative*, 422.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr., per l'imprevedibilità della ricostruzione della «matrice ideologica» per la comprensione del sistema nel suo complesso, e dei singoli istituti, MOCICA, *Il diritto penale tra essere e valore*, 24 ss.

Considerazioni sul piano penale-comunitario possono rinvenirsi in KROUSTALAKIS, *The role of the national judge*.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. BATTAGLINI, *Il giudice interno «primo» organo di garanzia della Convenzione europea dei diritti umani*, 189.

⁽¹⁵⁹⁾ Su questa alternativa, PUTLANDO, *Quale scienza del diritto penale?*, 1235 s. Nel secondo corso essa svela – a nostro avviso – l'imprevedibilità dal momento di soggettività-normatività interpretativa, assieme alla finitudine della ragione umana nel giudizio giuridico.

zioni in quanto pregiudizievole del rispetto dell'uomo⁽¹²⁹⁾ non troverà in questa regola che l'esito dell'adattamento del postulato di legalità ad un regime pluralistico del diritto penale, nonostante tale regime non entri persuasivamente nella mentalità giuridica penalistica.

Il giudice, dunque, rappresenta l'esistenza di un criterio di comunicazione tra diritto comunitario e diritto nazionale; è qualificato strumento di comunicazione tra i due, e contribuisce a stabilire il contenuto specifico di tale criterio. Su queste basi, come ora vedremo, si erge la costruzione dell'interlegalità o internormatività penale nel quadro dei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale, ciò che corrisponde alla cooperazione animatrice del diritto comunitario, che determina l'integrazione.

6.2. Nell'ambito del generale influxo che il diritto comunitario ha sul diritto nazionale, una pretesca inquivoca ad attingere la sfera penale è stata individuata dalla dottrina nell'impiego della norma regolamentare in senso estensivo dell'ambito della tutela prestato a certi beni da norme penali nazionali. Questo, tramite la norma comunitaria, vedrebbe esteso al bene comunitario il proprio raggio di tutela. Si realizzerebbe così una funzione direttamente e immediatamente estensiva dell'area della punibilità "nazionale" (c.d. assimilazione), con vera e propria insorgenza di nuove fattispecie incriminatrici⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁹⁾ CIESBAK, *Le perspectives d'unification du droit pénal. Signification, possibilités et difficultés*, 157.

⁽¹³⁰⁾ Questa tecnica è stata inaugurata tramite l'art. 5 reg. CEE n. 28/62 (GU-CE 28 maggio 1962), concernente l'organizzazione di una inchiesta sui salari: «I dati individuali forniti in occasione delle inchieste possono essere utilizzati soltanto ai fini statistici. È fatto divieto di utilizzarli a scopo fiscale e di comunicarli a terzi. — Per le infrazioni alle disposizioni del comma precedente, particolarmente la violazione di segreti commerciali ed industriali, sono applicabili le disposizioni legislative in vigore negli Stati membri in materia di inchieste statistiche nazionali». Si è poi consolidata con l'art. 5 reg. CEE n. 188/64 (GUCE 24 dicembre 1964) concernente l'organizzazione di un'inchiesta sulla struttura e sulla ripartizione dei salari nell'industria: «I dati individuali, raccolti nel quadro dell'inchiesta, sono comunicati alla Commissione in forma anonima. Questi dati possono essere utilizzati soltanto a fini statistici. È fatto divieto di utilizzarli a scopo fiscale e di

Esistono, inoltre, regolamenti contenenti generiche previsioni di obblighi per gli Stati membri di ampliare la sfera della repressione stra-

comunicati a terzi. — In caso di infrazione alle disposizioni di cui al comma precedente, e più specialmente in caso di violazione di segreti commerciali o industriali, si applicano le norme legislative vigenti negli Stati membri in materia di statistiche nazionali».

Riguardo a queste fattispecie si veda TIEDEMANN, *Diritto comunitario*, 214 s.; GRASSO G., *Comunità europee*, 130, secondo il quale trattasi di «rilevanza penale mediana» delle norme comunitarie che in tal caso attuano la c.d. assimilazione (principio di), per la quale la fattispecie penale nazionale vede modificata la propria struttura e oggettività giuridica. SCUBBI, *Diritto penale comunitario*, 1226 s., che rileva trattarsi di ipotesi di «diritto penale comunitario in senso proprio»; OLMI, *La sanzione des infrazions au droit communautaire*, in AA.VV., *Droit communautaire*, 172 (lett. a); BRUNS, *Der strafrechtliche Schutz der europäischen Markterzeugung für die Landwirtschaft*, 91 (con ult. incl.); JOHANNES, *Das Strafrecht*, 103; criticamente, MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, secondo il quale le norme in questione creano soltanto obblighi per gli Stati di modificare l'ordinamento interno.

La stessa tecnica è stata impiegata nell'art. 19, co. 1 del reg. CEE n. 1468/81 in materia di mutua assistenza nel campo agricolo e doganale (GUCE L 1444 del 2 giugno 1981): «Le informazioni comunicate in qualsiasi forma in applicazione del presente regolamento sono riservate. Esse sono coperte dal segreto d'ufficio e godono della protezione accordata alle informazioni di natura analoga dalla legislazione nazionale dello Stato membro che la riceve o dalle norme corrispondenti applicabili agli organi comunitari» (v., al riguardo, CARUSO, *Prospettive di diritto comunitario*, 419; DE ANGELIS, *Protezione giuridica*, 706). Le disposizioni del reg. 1468 cit. e «segnatamente le disposizioni in materia di riservatezza delle informazioni» sono richiamate dall'art. 7 reg. CEE n. 3677/90 del 13 dicembre 1990 (GU-CE L 357 del 20 dicembre 1990).

Ancor più recenti assimilazioni possono rinvenirsi nell'art. 10 co. 4 del reg. CE n. 1681/94 dell'11 luglio 1994 (GUCE L 178 del 12 luglio 1994), relativo alle irregolarità e al recupero delle somme indebitamente pagate nell'ambito del finanziamento delle politiche strutturali nonché all'organizzazione di un sistema d'informazione in questo settore: «Le informazioni comunicate o acquisite a norma del presente regolamento, in qualsiasi forma si presentino, sono coperte dal segreto d'ufficio e beneficiano della protezione concessa ad informazioni analoghe dalla legislazione nazionale dello Stato membro che le ha ricevute e dalle omologhe disposizioni relative alle istituzioni comunitarie»; e, con testo identico, nell'art. 10, co. 4, reg. CE n. 1831/94 della Commissione, del 26 luglio 1994 (GU-CE L 191, 27 luglio 1994), relativo all'irregolarità e al recupero delle somme indebitamente pagate nell'ambito del finanziamento del Fondo di coesione nonché all'instaurazione di un sistema di informazione in questo settore.

tale in modo tale da ottenere l'effetto dissuasivo ovvero l'adeguatezza della sanzione (c.d. armonizzazione o coordinamento). Questi provvedimenti non sembrerebbero costituire da sé nuove norme penali, fuori cioè della eventuale, specifica mediazione legislativa nazionale ⁽¹³⁶⁾. Tuttavia, deve notarsi che essi potrebbero assumere rilevanza pari a quella dei regolamenti che producono il menzionato effetto di assimilazione, qualora fossero ritenuti in grado di orientare verso un'interpretazione estensiva, o comunque informata al diritto comunitario, di esistenti norme penali, da parte degli organi statali.

Invero, un obbligo di interpretazione estensiva, cioè interpretazione in modo tale da ricomprendere la tutela dei beni comunitari nel fuoco della norma penale nazionale, secondo un certo orientamento già sarebbe desumibile dal principio di c.d. fedeltà comunitaria (art. 5 T.C.E.), e darebbe luogo ad un'influenza c.d. diretta del diritto comunitario sul diritto nazionale nella specie della creazione di nuove fattispecie penali ⁽¹³⁷⁾. Si tratterebbe, allora, di interpretazione conforme al diritto comunitario ⁽¹³⁸⁾, di talché la formazione della nuova fattispecie

⁽¹³⁶⁾ P. ex. art. 64 n. 1 reg. CEE n. 337/79 (riguardo al quale v. quanto riferito nel Capitolo secondo, nota 37, in relazione alla pronunzia della CGCE in causa 217/83); art. 2 e 3 reg. CEE n. 2262/84 in tema di misure speciali nel settore dell'olio di oliva; art. 39 reg. CEE n. 2137/85 concernente l'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (GIEE), riguardo ad adempimenti pubblici; art. 8 reg. n. 3677/90 (mod. dal reg. 900/92), in tema di precursori per la produzione di stupefacenti. Per i necessari ragguagli v. GRASSO, *Comunità europea, 189 ss.*; PORTO, *Le competenze comunitarie per la lotta alla droga e al traffico di stupefacenti*.

⁽¹³⁷⁾ L'ipotesi è formulata da TIEDERMAN, *Diritto comunitario*, 215.

⁽¹³⁸⁾ In generale, riguardo all'interpretazione conforme al diritto comunitario, dal punto di vista comunitario, per la giurisprudenza: CGCE, 10 aprile 1984, 14/83, Von Colson e Kamann, in *Raccolla*, 1984, 1891; CGCE, 26 febbraio 1986, 152/84, Marshall, ivi, 1986, 723 e CGCE, 13 novembre 1990, Marleasing, 106/89, ivi, 1990, 4135 (con attribuzione, in buona sostanza, di un effetto orizzontale alle direttive in un campo attinente al diritto pubblico dell'economia: TESAURO, *Le sanzioni*, 498; BALLARINO, *Lineamenti*, 111 s.); CGCE, 14 luglio 1994, 91/92, Facchini Dor/Recrei srl, in *Dir. com. sc. int.*, 1994, 361.

Nella dottrina penalistica, v. PEDRAZZI, *Droit communautaire et droit pénal des états membres*, in AA.VV., *Droit communautaire*, 52; BENNARDI, *Principi di diritto*, 161; DEAN, *Aspetti penali della legislazione agricola comunitaria*, 183; SCUBBI, *Diritto penale comunitario*, 1230; BOSCARILLI, *Le interrogazioni al Parlamento europeo nel quadro dei riflessi penali del diritto comunitario*, 1496.

penale risulterebbe opera diretta della fonte comunitaria (nuovo diritto penale).

Tuttavia, sotto il nome di interpretazione estensiva della norma nazionale si nasconde il problema della ricognizione delle fonti coinvolte e dei rispettivi rapporti. Certo, non si può prescindere dal rilevare che la considerazione di potenziali influssi del diritto comunitario sul diritto penale evidenzia l'importanza di quella «preliminare e complessa attività interpretativa» cui è chiamato il giudice «nazionale» penale ⁽¹³⁹⁾, della quale abbiamo già illustrato i tratti essenziali ⁽¹⁴⁰⁾, per cui il giudice penale in definitiva potrebbe trovarsi in condizione di fissare la norma penale se del caso inserendola in una cornice comunitaria. Ma, se si ammette che sulla base di una esistente norma penale nazionale il diritto comunitario sarebbe in grado da sé di estendere il raggio di tutela penale, allora risulterebbe arduo negare rilevanza penale alle

Per l'ipotesi di interpretazione penale conforme al diritto comunitario, avente portata restrittiva, nella vasta casistica dell'interpretazione conforme al diritto comunitario, può ricordarsi il noto e controverso caso dello statuto penale dell'operatore bancario, insistente sulla relativa qualifica di pubblico ufficiale, riguardo al quale si rinvia a CASTELLANA, *Profilo di soggettività penale*, 40; PALERMO, *Le Sezioni Unite interpretano la noia*, 696; Id., *Lo statuto penale*, 1361; MUSCO, *Quale statuto penale*, 907, e alla decisione della CGCE in causa 166/85, Bullo, del 7 aprile 1987, in *Raccolla*, 1987, 1392. Taluni profili attuali di incidenza della normativa comunitaria sulla nozione di pubblico ufficiale sono posti in luce da VALLANTE, *Norme comunitarie*, 107 ss.

Per l'impegno immediato di principi comunitari in materia penale-ambientale («chi inquina paga») nel senso di escludere che la previsione di interventi di soggetti pubblici nel sopportare oneri economici comporti «derospesabilizzazione» dei privati v. Cass. pen., sez. III, 19 maggio 1993, Battistessa, in *Cass. pen.*, 1994, 3093; analogamente, nel senso di escludere che le Regioni possano introdurre una legislazione più permissiva di quella statale in tema di inquinamenti, Cass. pen., sez. III, 4 febbraio 1993, Marzi, ivi, 1994, 1059.

Ult. ind. *infra*, nota 194.

⁽¹³⁹⁾ Tale attività è considerata da PALAZZO, *Legge penale*, 351. L'A., in tema di dispiegamento di efficacia del diritto comunitario sull'ordinamento penale, assegna al diritto stesso «possibilità, certamente implicanti una preliminare e complessa attività interpretativa del giudice nazionale, offerte dagli elementi normativi eventualmente presenti nella fattispecie incriminatrice, ovvero anche dall'incidenza che la fonte comunitaria può dispiegare sull'oggetto giuridico e, per suo tramite, sull'interpretazione della fattispecie».

⁽¹⁴⁰⁾ Poco sopra, par. 6.1.

norme di diritto comunitario derivato che modellano i beni giuridici "comunitari", negarne cioè il collegamento con esistenti norme penali nazionali. Non vi sarebbe ragione di escludere in genere che norme comunitarie comportino una pretesa a collegarsi con norme penali nazionali esistenti, contribuendo a delineare l'offesa o modalità di offesa, anche in sostituzione di altre norme nazionali, compresa l'ipotesi in cui in tal modo si realizzi un ampliamento dell'area della punibilità.

Di qui a poco si ritornerà sul punto ⁽¹⁶⁷⁾. Intanto preme notare che la stessa interpretazione conforme al diritto comunitario potrebbe concepirsi, con la sua obbligatorietà, in collegamento con i regolamenti in esame.

Veniamo, ora, all'influsso maggiormente diffuso di norme regolamentari sull'area della punibilità ⁽¹⁶⁸⁾, influsso c.d. indiretto, che si realizzerebbe ogniquale una norma comunitaria fosse ritenuta rilevante agli effetti di un riferimento a norme giuridiche contenute, anche tramite elementi c.d. normativi, in fattispecie incriminatrici o giustificanti o esimenti contemplate dalle leggi statali.

Ciò può accadere non solo in ipotesi in cui nella fattispecie nazionale la normativa comunitaria è specificatamente nominata con rinvio formale ⁽¹⁶⁹⁾, ma anche quando vi è soltanto un riferimento ad un ge-

⁽¹⁶⁷⁾ *Infra*, in questo paragrafo.

⁽¹⁶⁸⁾ Cf., per tutti, GRASSO G., *Comunità europee*, 23 ss., 255 ss., 269 ss.; TIEDENMANN, *Diritto comunitario*, 213; PEDRAZZI, *L'influenza*, 621; Id., *Droit communautaire*, 54.

⁽¹⁶⁹⁾ Il rinvio recettizio, si noti incidentalmente, pone il problema dell'esclusione dell'interpretazione pregiudiziale della CGCE (PALAZZO, *Legge penale*, 351), e in generale coinvolge il tema del divieto di riproduzione di atti comunitari in testi nazionali (TRASPANI, *Legge penale*, 11). Obiezioni su questi presupposti sarebbero, tuttavia, superabili già per la considerazione che la tecnica del rinvio recettizio corrisponde all'esigenza comunitaria di tutela penale degli interessi comunitari. Tale rinvio dovrebbe intendersi concepito come aggiunta e non già come alternativa rispetto al riconoscimento dell'immediata e diretta applicabilità di norme comunitarie c.d. *self-executing* (si ricorda che all'ormai superato problema della riproduzione di norme comunitarie in atti nazionali, pratica affermata solo in Italia, era sorto il mancato riconoscimento dell'efficacia *ex se* delle norme medesime, ragione per cui la Comunità si opponeva a tale pratica. Sul punto, anche per riferimenti giurisprudenziali, v. BALLARINO, *Lineamenti*, 240 ss.; GUZZETTA, *Costituzione e regolamenti comunitari*, 72, nota 38).

nus normativo che il diritto comunitario è di per sé in grado di innescare. In quest'ultima ipotesi, il diritto comunitario, in forza del suo primato, che come abbiamo detto insiste sull'apparato penale statale ponendolo al servizio degli scopi comunitari, e in forza della sua immediata applicabilità, si proporrrebbe come applicabile anche in vece di una eventuale norma nazionale cui pure detto riferimento si attagli, qualora quest'ultima sia incompatibile con la norma comunitaria.

È ormai chiaro, al riguardo, che oltre ad un effetto sulla punibilità di tipo negativo o restrittivo, in particolare scriminante ⁽¹⁷⁰⁾, potrebbe prospettarsi un effetto positivo di queste norme, nel senso del contributo alla determinazione del comportamento vietato, della penalizzazione (effetto c.d. *in malam partem*). Questo effetto conseguirebbe, tra l'altro, quando la norma penale nazionale fosse una norma c.d. in bianco ⁽¹⁷¹⁾, o quando l'ipotesi penale colposa fosse suscettibile di esser collegata ad una norma comunitaria preventiva ⁽¹⁷²⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ Basti ora ricordare (che la giurisprudenza comunitaria giudica del) l'incompatibilità col diritto comunitario della legislazione nazionale che ostacoli la libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali. V. la famosa sentenza della Cass. di Dijon (CGCE, 20 febbraio 1979, 120/78, *Revue Central AG*), *desmonopolverwaltungs für Brannweiler*, in *Raccolta*, 1979, 649, e al riguardo RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, 232 ss.; per i profili penalistici, per tutte, oltre CGCE 21 marzo 1972, 82/71, SAIL (di cui *infra*, nel testo, all'altezza della nota 173), v. CGCE, 4 giugno 1991, 13/91 e 113/91, *Debus*, in *Rev. crim. dir. pen. ec.*, 1993, 574. In dottrina, anche per ulteriori ind. giurisprudenziali, ancora RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, 269 ss.; FRAGOLA-ATZORI, *Prospettive*, e, per il rilievo che la *Güterabgrenzung* rimane ascritta al piano comunitario, quando beni giuridici comunitari confliggano con beni giuridici nazionali penalmente tutelati, ZITTEG, *Der Beitrag des Strafrechts*, 766. Un quadro giurisprudenziale recente, vasto ed aggiornato sul tema delle limitazioni negative apportate dal diritto comunitario rispetto al diritto penale nazionale è offerto da FRANCE, *The Influence*, 324 ss.

Nella giurisprudenza italiana v., per tutte, Cass. pen., 19 gennaio 1994, Antonci, in *Rivista penale dell'economia*, 1994, 398.

⁽¹⁷¹⁾ GRASSO G., *Comunità Europee*, 292; DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale*, 974.

⁽¹⁷²⁾ V. già AZZALI, *Profilo in tema di presupposti, di metodo e di contenuto*, 488 ss.; SOUBBI, *Diritto*, 1230; NOVARESE, *Rapporti*, 771; ed ora anche THOMAS, *Die Anwendung europäischer materiellen Rechts im Strafverfahren*, 2237, e TIEDENMANN, *Diritto comunitario*, nota 21.

Le illustrate ipotesi di influenza del diritto comunitario regolamentare sul diritto penale nazionale soggiacciono al rilievo che esse sarebbero in grado di operare soltanto sul presupposto dell'esistenza di una norma penale nazionale. A questo riguardo si impongono alcune riflessioni che daranno modo sia di illustrare come si presenti la pretesa a una competenza penale da parte della Comunità, sia di fornire i primi dati per una corretta impostazione dei problemi di valutazione che si pongono dal punto di vista nazionale, e sui quali si tornerà in seguito ⁽¹⁰⁷⁾.

La considerazione dell'influsso della normativa comunitaria sul diritto penale nazionale è stata ritenuta elemento di confusione inutile nel quadro del dibattito sull'esistenza di competenze penali comunitarie. Questo giudizio si basa sul presupposto che in forza dell'art. 5 T.C.E. gli Stati membri devono impiegare le loro competenze in modo conforme alle loro obbligazioni, compreso quando si tratti di competenze sovrane che essi si sono riservate, come sarebbe il caso di quelle penali ⁽¹⁰⁸⁾. Detti influssi corrisponderebbero, quindi, ad una «comunitarizzazione» del diritto penale nazionale, implicante la determinazione comunitaria di una competenza nazionale e non già una nuova competenza penale (comunitaria) ⁽¹⁰⁹⁾. Perciò si realizzerebbe l'«ipotesi complessa» in cui la regola comunitaria fornirebbe, al massimo, la «norme d'incriminazione» mentre la «règle de répression» rimarrebbe nazionale ⁽¹¹⁰⁾. Il problema della competenza penale attarrebbe, invece, all'ipotesi in cui la penalizzazione del diritto comunitario fosse attribuita alla Comunità nel senso che quest'ultima potesse fissare san-

Cfr., inoltre, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, pt. 2, 66, e PUTLANDO, *ibid.* art. 1, in CASATI-STELLA-ZUCCALA, *Commentario breve al codice penale*, 8. Questi AA. parrebbero non escludere del tutto l'estensione dell'area della punibilità nella cornice già prevista dalla norma incriminatrice nazionale, tramite la fissazione di parametri per la determinazione della colpa diversi e più stringenti di quelli desunti dal diritto nazionale.

⁽¹⁰⁷⁾ Capitolo quinto (può fin d'ora considerarsi quanto per economia di esposizione viene riferito in nota 8).

⁽¹⁰⁸⁾ LABAYLE, *L'application du titre VI*, 42.

⁽¹⁰⁹⁾ LABAYLE, *L'application du titre VI*, 41 s.

⁽¹¹⁰⁾ LABAYLE, *L'application du titre VI*, 42: «Des hypothèses complexes peuvent en découler, qui voient tantôt la règle communautaire fournir la norme d'incrimination tandis que la règle de répression demeure nationale».

zioni di natura penale, ipotesi che andrebbe esclusa, mentre non sarebbe dubbia l'esistenza della competenza comunitaria necessaria a stabilire una «incriminazione» ⁽¹¹¹⁾.

Questa soluzione, tuttavia, non chiarisce problemi che si pongono proprio in relazione alla ricorrenza «determinazione comunitaria» della competenza penale nazionale, per i quali si profila, al di là di inquadramenti formali, l'eventualità che sussista una certa disponibilità della sanzione penale da parte della Comunità, qualora a quest'ultima sia dato di ancorare tale sanzione a incriminazioni che non dipendono integralmente dalla fonte statale. Al riguardo può notarsi che l'influsso in esame davvero solleva una questione che concerne l'esistenza di competenza penale comunitaria a quale dei due ordinamenti appartiene la norma che attribuisce rilevanza penale alla norma comunitaria? Insomma, la Comunità ha il potere di correlare (o no) una sua norma alla norma penale nazionale, o questa correlazione dipende tutta dallo Stato?

Il fulcro della questione può apprezzarsi ponendo mente a circostanze in cui rilevi stabilire se la norma comunitaria regolamentare sia in origine concepita per essere concretamente operante nel sistema penale degli Stati membri e quindi per sostituirsi, in forza del primato e dell'immediata applicabilità, a norme nazionali incompatibili affidandosi, al posto di queste ultime, alla norma penale nazionale per dar vita a quelle ipotesi c.d. complesse formate da norma penale nazionale e norma comunitaria ⁽¹¹²⁾.

Orbene, se la norma comunitaria comportasse una pretesa di operare penalmente affermando così scelte diverse da quelle nazionali, allora la sua prevalenza implicherebbe che la penalizzazione dipende dal

⁽¹¹¹⁾ LABAYLE, *L'application du titre VI*, 42.

⁽¹¹²⁾ La questione rileva, tra l'altro, nel momento in cui si dubbi dell'insorgenza proprio di ipotesi c.d. complesse, per esempio affermandosi che, per le esigenze penali, il meccanismo di disapplicazione della norma nazionale sarebbe da escludere, cioè sostenendosi, nei congrui casi, che sotto il profilo penalistico, dal punto di vista nazionale, la norma nazionale ben opera in collegamento con la norma penale (nazionale), senza necessità di impegnare in sua vece la norma comunitaria, dato che la prima norma contribuisce a fissare con la seconda livelli di tutela o modalità di lesione adeguati al tipo e alla misura della sanzione penale comminata, mentre la terza rimane a regolare utilmente rapporti non penali.

diritto comunitario, cioè che la norma comunitaria è portatrice di un significato penale ovvero di una pretesa penale comunitaria che tende a estendere il dominio comunitario sull'intera norma penale nazionale.

Una costruzione della rilevanza penale della norma comunitaria come quella dianzi illustrata pare stare a capo di una ormai risalente e nota pronunzia della Corte di giustizia ex art. 177 T.C.E.⁽¹⁷³⁾, pronunzia concernente una questione proposta da un giudice penale italiano. Si trattava dell'interpretazione di norme del trattato e regolamentari, tutte non penali *prima facie* ma rilevanti al fine di decidere sull'esistenza di un illecito penale. La Corte ha, tra l'altro, affrontato un'eccezione proposta dalla Repubblica italiana, secondo cui la stessa Corte di giustizia avrebbe dovuto dichiarare irricevibile la questione stessa, perché la relativa soluzione avrebbe potuto influire sull'applicazione del diritto penale di uno Stato membro. Dunque, una rivendicazione di competenza («sovranità») penale statale ed esclusiva da parte dell'Italia.

Ecco la risposta: «L'art. 177, redatto in termini generali, non fa alcuna distinzione a seconda del carattere penale o meno del procedimento nazionale nell'ambito del quale le questioni pregiudiziali sono state formulate. L'efficacia del diritto comunitario non può variare a seconda dei diversi settori del diritto nazionale nei quali esso può spiegare effetti. La Corte è quindi competente a risolvere le questioni sottoposte».

In ultima analisi, con questa secca replica la Corte ha dato per stabilito che dal punto di vista comunitario il diritto comunitario può spiegare effetti sul diritto penale nazionale: si è valse, infatti, del presupposto secondo cui l'efficacia del diritto comunitario concerne anche il settore penale nazionale e non diversamente da tutti gli altri settori del diritto nazionale.

Questa è, dunque, la ragione che fonderebbe la competenza della Corte di giustizia ex art. 177 T.C.E., in materia penale. Essa, però, implica l'affermazione che il diritto comunitario può concepirsi in uno con la pretesa di spiegare effetto sui sistemi penali nazionali, cioè nella veste di diritto che rileva penalmente secondo criteri comunitari. Così,

la Comunità, rivendicando competenza a creare norme rilevanti anche penalmente, pretenderebbe competenza penale non solo negativa – come nel caso sottostante alla decisione in esame –, ma anche positiva – come lascerebbe intendere la negazione di un diversità del settore penale rispetto agli altri⁽¹⁷⁴⁾. Ciò pare stare al fondo dell'osservazione della dottrina, collegata all'esame della decisione esposta, che il diritto penale degli Stati membri, almeno per quel che ne ritiene la Corte di Giustizia, non gode di una «forza di resistenza superiore»⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷³⁾ Lo rileva PEDRAZZI, *Droit communautaire*, 50 (v. la nota che segue).

⁽¹⁷⁴⁾ GRASSO, *Comunità europee*, 259 (con ult. ind.), il quale esclude, poi, l'effetto positivo, ma dal punto di vista nazionale, in base al principio di legalità penale-parlamentare, come si dirà (Capitolo quinto, par. 1.1.).

Contro l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, PEDRAZZI ribadisce una diversità del diritto penale, per cui solo l'effetto negativo potrebbe ammettersi (*Droit communautaire*, 50 s.). Le ragioni addotte sono in parte di ispirazione nazionale (legalità). Per il resto, sul piano comunitario, l'A. pone in luce soprattutto l'inesistenza di espressioni previsioni di competenza penale, della quale si è già trattato e ulteriormente si dirà in seguito (Capitolo quarto, par. 2 e 3).

Alla decisione in esame si è richiamato, tra l'altro, l'A.G. Darmon nella causa 9/89 (*Raccolla*, 1990, 1401), per respingere una censura della Spagna rivolta contro l'art. 11 *quater* del reg. 2241/87 (v. quanto riferito nel Capitolo primo, note 18 e 23). Secondo la Spagna, sarebbe stato imposto allo Stato membro, in contrasto con i principi comuni di diritto penale, di estendere la propria giurisdizione oltre il limite della competenza per territorio. Secondo l'A.G., «lo stesso principio della supremazia del diritto comunitario osta a che uno Stato membro faccia valere le proprie norme di diritto interno, sia pure di natura penale, per rifiutarsi di adempiere i suoi obblighi comunitari».

L'obiezione sollevata dalla Spagna è stata respinta dalla Corte per altre ragioni, pur implicanti il riconoscimento della pretesa comunitaria alla penalizzazione, cioè sulla base della considerazione che «le infrazioni al regime dei contingenti che devono essere punite dallo Stato membro di sbarco o di trasbordo in forza dell'art. 11 *quater* sono quelle commesse al momento dello sbarco o del trasbordo di catture in un porto di questo Stato membro o nelle acque marittime soggette alla sua sovranità o giurisdizione» (punto 29 in motivazione).

Nella stessa causa l'A.G. ha rilevato, altresì, «ad abundantiam», che l'autonomia degli Stati membri in materia di procedura penale e in materia di sanzioni, non viene menomata dall'art. 11 *quater*, sempreché la misura prescelta privi il responsabile dell'infrazione dell'utile economico di quest'ultimo. Lo Stato di sbarco ha del resto facoltà di infliggere *unicamente sanzioni amministrative* (cossivo nostro. Quanto evidenziato non pare accordarsi con il tenore testuale dell'art. 11 *quater*). Questi rilievi, da cui già emerge un limite all'autonomia penale degli Stati

⁽¹⁷⁵⁾ CGCE, 21 marzo 1972, causa 82/71, SAIL, in *Raccolla*, 1972, 119 ss.

Pare, inoltre, chiaro che, sulla base dei dati anche giurisprudenziali fino a questo punto emersi, una qualificazione degli influssi in esame come indiretti o riflessi non è idonea ad esprimere, dal punto di vista comunitario, la negazione di competenza penale comunitaria, ma semmai soltanto la circostanza che l'effetto della penalizzazione entra in considerazione in concreto, rispetto ad una certa serie di ipotesi, in funzione dell'esistenza di norme penali negli ordinamenti degli Stati membri. L'influsso, però, sarebbe immediato e diretto, e si affaccia l'eventualità che esso pretenda di comportare, sempre sul piano comunitario, che le pene previste dagli Stati si colleghino a fattispecie concrete diverse da quelle che sarebbero abbracciate se si considerassero soltanto le norme nazionali.

Dato, inoltre, che l'ipotesi normativa "complessa", una volta formata, è ad un tempo statale e comunitaria, si può pensare persino ad un'esclusione di (o comunque all'apposizione di condizioni a) successive modifiche della norma penale operate da parte statale, compresa l'abrogazione, se siffatta ipotesi viene concepita come strumento di attuazione di una pretesa penale sovranazionale ormai concretizzata, secondo il principio di penalizzazione desunto dall'art. 5 T.C.E. Una pretesa che lo Stato da sé non avrebbe il potere di negare, perché la norma di modifica, compresa quella abrogativa, incorre nella disapplicazione qualora risulti incompatibile col diritto comunitario.

Pertanto, si chiarisce che la comune opinione secondo cui nelle ipotesi in esame la sanzione penale resterebbe nel dominio statale, mentre soltanto la norma precettiva subirebbe influenze comunitarie⁽¹⁷⁾, regge se e nei limiti in cui sia dato di escludere non solo che la Comunità sia dotata di poteri dispositivi ultimi sulla stessa sanzione

membri, non hanno formato oggetto di considerazione diretta da parte della Corte che, peraltro, ha impiegato in motivazione riferimenti generici a «punizioni».

⁽¹⁷⁾ DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, 29 ss., 37; THIEDMANN, *Droit comunitario*, 213, il quale sviluppa la tesi secondo cui l'influsso del diritto comunitario sul diritto penale è soltanto indiretto, cioè non vi è creazione di fattispecie incriminatrici né di sanzioni comminate dal diritto penale o inflitte dal giudice penale, dal momento che oggetto di influenza da parte del diritto comunitario sono i comandi e i divieti presupposti dalla sanzione e dalla fattispecie penale quale descrizione della violazione della norma, ciò che si attaglierebbe p.e.s. alla norma penale c.d. in bianco sia alle ipotesi di colpa, FRANCE, *The Influence*, 338.

penale prevista dallo Stato, ma anche che l'instaurarsi di un rapporto tra norma comunitaria e norma penale nazionale comporti una pretesa penale comunitaria prevalente su quella statale.

Al contrario, finora risulta che la «comunitarizzazione» della competenza penale statale comporta che, nell'*iter* che va dalla creazione all'applicazione fino all'esecuzione di fattispecie precettive c/o sanzionatorie, si manifestino in vario modo cooperazioni tra organi comunitari e organi statali avvenuti come risultato la norma applicata al caso concreto, e come *prævis* l'"interlegalità" (17) e l'internormatività (18), così da implicare una partecipazione normativa della Comunità a sanzioni penali che soltanto riduttivamente potrebbero ancora definirsi autenticamente nazionali (19), data la prevalenza che il diritto comunitario si attribuisce. Ciò può apprezzarsi anche con riferimento al ruolo assunto dalle direttive in ambito penale, di cui ora si dirà.

6.3. Non sono mancate direttive comunitarie di contenuto ritenuto suscettibile di assumere rilevanza penale-negativa (*in bonam partem*) (20), e nemmeno direttive genericamente intonate in senso penalistico come quelle in materia di riciclaggio (91/308) e di *insider trading* (89/592) (21). Queste ultime hanno soprattutto recato l'acquisi-

(17) Per un quadro generale su questa figura v. DEL'ACQUA, *La validità giuridica tra forma e integrazione*, 603 ss.

(18) Cfr. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, 272: «Vero e proprio luogo del molteplice, la Comunità europea consente di cogliere i diversi aspetti dell'interattività giuridica».

(19) Cfr. VIGNES, *Bilan de recherches*, 76.

(20) MUCCIARELLI, *Osservazioni in tema di «immediata applicabilità» delle direttive comunitarie in materia penale*, 402 ss.; PISANI, *L'acquisto di «azioni» proprie aietaia*, 428 ss.; GRASSO, *Comunità europea in materia di sicurezza*, 296 ss.

Per talune ulteriori considerazioni concernenti il ruolo delle direttive comunitarie nella fissazione di aree di rischio consentito rilevanti agli effetti sia penali che civili v. FRANCO, *Adeguamento del diritto comunitario in materia di sicurezza*, 213.

(21) V. riferimenti *infra*, nota 212.

Sulla stringenza del meccanismo di condizionamento attivato tramite queste direttive - libertà di forme e di mezzi sanzionatori, ma con i limiti sia dell'obbligo di collaborazione di cui all'art. 5 T.C.E., sia del principio di uguaglianza nazionale e comunitario - v. THIEDMANN, *Droit comunitario e diritto penale*, 216 s.

zione che il contrasto di attività criminali pregiudizievole sul piano economico è interesse diretto della Comunità⁽¹³²⁾.

Si prevede che lo strumento della direttiva influenzerà e caratterizzerà in misura sempre maggiore il diritto penale-criminale «nazionale»⁽¹³³⁾, tant'è che la dottrina ormai affronta seriamente e intensamente la questione concernente il grado ammissibile di dettaglio di (eventuali) disposizioni di direttiva contenenti fattispecie penali⁽¹³⁴⁾. Intanto, chiaramente emerge l'ipotesi che si configurino obblighi di introdurre «x giorni di prigione» o «x ccu di ammenda»⁽¹³⁵⁾, vale a dire che nessuna scelta sia lasciata agli Stati⁽¹³⁶⁾.

La tesi secondo cui sarebbero ammesse in direttiva prescrizioni anche dettagliate di contenuto penalistico fa leva, a significare la difficoltà rispetto a norme regolamentari direttamente estensive dell'arca della punibilità, sull'orientamento giurisprudenziale comunitario secondo cui lo Stato non può giovare, allo scopo di perseguire penalmente una condotta, di prescrizioni contenute in direttive cui lo Stato stesso non ha dato attuazione (la direttiva non può creare obblighi a carico di un privato, e comunque devono essere rispettati i principi di certezza del diritto e di irretroattività)⁽¹³⁷⁾. Questo orientamento fino-

⁽¹³²⁾ VEDERBANE, *Il mercato interno nel quadro dell'azione di contrasto della criminalità economica*, in AA.VV., *Economia e criminalità*, 225.

Pertanto, le direttive in esame non hanno implicato univocamente che l'interesse alla penalizzazione da parte degli Stati sia interesse comunitario (v., per tutti, BOGGSBERGER, *Strafrecht in der Gemeinschaft*, 107 ss.), e tanto meno che all'azione degli Stati possa sostituirsi in dati casi quella della Comunità.

⁽¹³³⁾ V., anche per l'illustrazione di settori attualmente interessati o interessati-bili, in via progettuale, DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale*, 990 ss.; LUOT, *Revue*, 307 ss.

⁽¹³⁴⁾ GRASSO G., *Comunità europee*, 301; TUEDEMANN, *Diritto comunitario*, 218.

⁽¹³⁵⁾ VIGNES, *Bilan de recherches*, 77.

⁽¹³⁶⁾ HODGER, *The European Community's Competence*, 253.

⁽¹³⁷⁾ GRASSO G., *Comunità europee*, 301; 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, in *Raccolta*, 1990, 4068; CGCE, 8 ottobre 1987, 50/86, Kolpinghuis Nijmegen BV, ivi, 1989, 1969, e in *Riv. per. economia*, 1989, 207 (v. par. 13 e 15 della motivazione. Su questa pronunzia v., inoltre, NUNZIANTE, *Efficacia diretta e opposibilità ai singoli delle direttive comunitarie: riflessi in materia penale*, 207); CGCE, 12 maggio 1987, 372-374/85, Pubblico Minis-

ra preclude la possibilità di un'estensione in ambito penale, e in *malam partem*, di eventuali sviluppi dell'indirizzo generale assunto dalla giurisprudenza comunitaria in tema di disposizioni «dettagliate» di direttive «scadute», per le quali si è ormai affermata in generale una diretta applicabilità (ma) con efficacia «verticale» (a favore del cittadino, contro lo Stato)⁽¹³⁸⁾.

La rilevanza delle direttive sembra mantenersi ancora, dunque, nel solco dell'influsso c.d. indiretto del diritto comunitario sul diritto penale nazionale, la mediazione legislativa nazionale essendo imprescindibile all'effetto costitutivo della punibilità.

Tuttavia, se non formalmente (dal punto di vista nazionale)⁽¹³⁹⁾, sostanzialmente la sovranità decisionale è vulnerata (almeno dal punto di vista comunitario)⁽¹⁴⁰⁾, in virtù delle direttive, per la condizione comunitaria⁽¹⁴¹⁾. La fase creativa della fattispecie precettiva o sanzionatoria

ro/Taen e aa., in *Raccolta*, 1987, 2141; CGCE, 11 giugno 1987, 14/86, Pretore di Salva/Agnoti, ivi, 1987, 2570.

⁽¹³⁸⁾ Cfr., da ultimo, CGCE, 14 luglio 1994, 91/92, Faccini Dori/Recech Srl, in *Dir. com. sc. int.*, 1994, 361, con nota di CAPRILI, *Il problema dell'efficacia orizzontale delle direttive*; CGCE, 22 giugno 1989, 103/1988, ivi, 1991, IV, 129, con nota di BAZON, *L'efficacia diretta delle direttive CEE nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale*; CGCE, 8 ottobre 1987, 80/86, in *Raccolta*, 1987-9, 3969; CGCE, 24 marzo 1987, 286/85, in *Giust. civ.*, 1988, 2173; con nota di BARATTA; CGCE, 22 settembre 1983, 271/82, in *Foro it.*, 1984, IV, 165; CGCE, 19 gennaio 1982, 8/81, ivi, 1983, IV, 132; CGCE, 5 aprile 1979, 148/78, ivi, 1979, IV, 277, e al riguardo PEDRAZZI, *L'influenza*, 624.

V., peraltro, per l'affermarsi di un effetto orizzontale (tra i cittadini), oltre alla decisione Marleasing (nota 158), quelle in causa Eau de Cologne n. 4711/Provode (CGCE, 23 novembre 1989, 150/88, in *Raccolta*, 1989, 3891) e Fiarelli Costanzo/Comune di Milano (CGCE, 22 giugno 1989, 103/88, ivi, 1989, 1839), e al riguardo BALABRINO, *Lineamenti*, 109 ss.

⁽¹³⁹⁾ GRASSO, *Comunità europee*, 192 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ Per la nozione che, almeno dal punto di vista comunitario, la regola giuridica di diritto comunitario è comunque fatta per essere concretamente operante, v. PESCATORE, *The Doctrine of «Direct Effect»*. *An Infant Disease of Community Law*, 155.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. BERNARDI, *«Principi di diritto»*, 164 nota 296 (con ult. ind.), il quale segnala che perplessità rimangono, se non sotto il profilo della riserva di legge, sotto il profilo della riserva di sovranità; MASSI, *Sovranità penale*, 70, nel senso dell'illusorietà di ritenere salvo l'«onore del diritto penale» tramite la negazione

torità è inscindibilmente connessa alla considerazione dell'apporto sovranazionale⁽¹⁹²⁾ – se lo Stato lo esclude, assume però la conseguente responsabilità sul piano comunitario⁽¹⁹³⁾.

Ma vi è di più. Le norme contenute in direttive, perfino quelle non scadute o non ancora trasposte (recepte), sono utilizzate da giudici penali in funzione non soltanto restrittiva ma anche estensiva del significato di enunciati penali nazionali, in forza dell'interpretazione c.d. conforme alle direttive⁽¹⁹⁴⁾, concepita come luogo dell'interpretazione conforme al diritto comunitario⁽¹⁹⁵⁾.

dell'esistenza di una compressione della sovranità. La considerazione del punto di vista nazionale apre al problema del rispetto delle prerogative parlamentari. Sul punto si rinvia al Capitolo quinto.

⁽¹⁹²⁾ V., ad esempio, la previsione, in tema di *soffocare*, per cui «gli Stati membri sono tenuti ad attribuire ai programmi per elaborare la tutela riconosciuta dalle leggi sul diritto di autore alle opere letterarie» (direttiva 91/250/CEE, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, in G.U.C.F. n. L 122/42 del 17 maggio 1991. In Italia a questa direttiva è stata data attuazione con decreto legislativo 29 dicembre 1992, n. 518, che prevede, conformemente al disposto comunitario, fattispecie penale V, per tutti, MANNA, *La protezione dei dati personali nel diritto italiano*, 1996). Questa previsione implica che sul piano comunitario (e non solo) si instaura un limite alla nazionale «sovranità penale», nel senso sia della penalizzazione che della non-penalizzazione. Ciò avviene in ragione della connessione instaurata tra i due settori, *soffocare* e opere letterarie, per cui le sorti dell'uno seguirebbero automaticamente le sorti dell'altro: per la fattispecie astratta scelta un obbligo di penalizzazione al ricorrere di una fattispecie concreta in cui leggi nazionali sul diritto di autore contengono una tutela penale; l'eventuale scelta sulla non penalizzazione in tema di opere letterarie risulta condizionata dall'attuazione a queste ultime dei programmi per elaboratore.

⁽¹⁹³⁾ Cfr. GRASSO, *Comunità europee*, 1992 ss.

⁽¹⁹⁴⁾ Il tema è di particolare attualità nella RUT: cfr. HUGGER, *Zur Strafbarkeitserweiterung richterlicher Auslegung deutscher Strafgesetze*, 421, che conclude in senso negativo; DANKNER, *Armonizzazione del diritto penale*, 982; Id., *Strafrecht*, 64 ss. I relativi problemi sono sorti perché i giudici tedeschi hanno valorizzato giurisprudenza comunitaria formata su «collezione» di giudici italiani che tendono a valersi delle direttive in senso confermativo/estensivo della punibilità, come appunto emerge dalle questioni pregiudiziali di cui, in materia di ambiente, specie con riferimento alla nozione di rifugio, investono la Corte comunitaria: cfr. COCE, 28 marzo 1990, 206-207/88, Vessoso e Zanetti, in *Raccolta*, 1990, 1474 (e v. ivi, 1471, le conclusioni dell'A.G. Jacobs in senso negativo di un'estensione del diritto penale nazionale per effetto di interpretazione conforme a direttiva – la Corte, tuttavia, non ha preso posizione sul punto –. In dottrina, al

Così, viene a crearsi «direttamente» nuovo diritto penale in considerazione della fonte comunitaria (effetto verticale inverso). Ma soprattutto, allora, quest'ultima, avvalendosi del meccanismo, risulterebbe in grado di modificare aree di punibilità disponendo pure, in sostanza, della pena⁽¹⁹⁶⁾.

riguardo, BAKY, *La pénalité de compétence du juge national*, 81; COCE, 28 marzo 1990, 359/88, Zanetti e aa. ivi, 1990, 1518.

Alla c.d. «eccezione di esclusa» delle direttive nell'ordinamento italiano vi è tentato di porre rimedio tramite un'interpretazione conforme che estende la punibilità oltre l'ambito che risulta dalla considerazione di quanto l'effetto recepimento in via legislativa consentirebbe. Pret. Torino, 7 gennaio 1993, Santella, in *Dir. com. sc. int.*, 1994, 381, con commento di CASTELLANETA, *Rifiuti e materie prime secondarie: una distinzione inaccettabile*. Cfr. pure, anche per l'affermazione della vincolatività delle sentenze interpretative della Corte di giustizia (nella specie, la censurata sentenza in causa 359/88), Cass. Sez. Un. pen., 27 maggio 1992, n. 5, Viezzoli, in *Diritto e giurisprudenza agitata*, 1992, 538, con commento di MAZZA L., *Lo stoccaggio delle ceneri tra rifiuto e materia prima secondaria* (traduzione l'A. critica l'orientamento delle Sezioni Unite sulla base, tra l'altro, del rilievo che le direttive comunitarie e la decisione valorizzata dalla Corte sono superate da una direttiva successiva che detta una diversa nozione di rifiuto improprio agli Stati membri, certi obblighi di adottare appropriate misure di promozione della trasfazione dei rifiuti in materia prime secondarie).

Sempre in materia ambientale, il Pretore di Perugia (27 giugno 1995, Lantafoloni, in *Rivista penale*, 1995, 1311) ha sollevato questione di costituzionalità di una certa legge di contenuto sostanzialmente depenalizzante, per contrasto, ex art. 9, 10, 32 Cost., con la normativa comunitaria, data l'insufficienza delle sanzioni penali in materia. Secondo il Pretore, la direttiva CEE 271/1991, così come la giurisprudenza comunitaria che ha rilevato l'inadempimento dell'Italia alle direttive comunitarie per insufficiente tutela penale, contrastano con la normativa nazionale impugnata, dando luogo ad una violazione dell'art. 10 Cost.

Un esempio molto significativo della diversa rilevanza penalistica che in sede interpretativa potrebbe assumere il collegamento tra direttiva e legge traspositiva, piuttosto che il collegamento tra quest'ultima e le altre leggi nazionali, può rinvenirsi nella disciplina italiana dei cosmetici di cui alla l. n. 713/1986 (sul punto rinviato a quanto già osservato nel nostro *Profilo penale della nuova disciplina dei cosmetici*, 555 s.). V. anche SPORZA, *La direttiva 89/392/CEE sulle macchine utensili: un ulteriore esempio di «diritto penale comunitario»?*.

Riguardo alla considerazione della direttiva non scaduta quale «mitigating factor» v. RANACE, *The Influence*, 328.

⁽¹⁹⁵⁾ V. supra, nota 158.

⁽¹⁹⁶⁾ Diversamente, TIEDERMANN (*Diritto comunitario*, 213) annovera il caso nell'ambito dell'influenza «indiretta».

Questi casi sono suggestivi in quanto evocano fortemente, anche in ambito penalistico, la trasformazione del giudice nazionale in giudice comunitario, con il c.d. effetto «destabilizzante» che ne deriva⁽¹⁹⁷⁾ assieme alla rilevanza internormativa. Ne emerge quella preminenza e complessa attività interpretativa cui è chiamato il giudice interno penale, di cui si è detto, che svela il nodo dei rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale sul terreno della competenza penale.

7. Dal complesso quadro finora delineato è emerso che sotto il profilo comunitario esistono beni giuridici che sarebbero meritevoli di formare oggetto di tutela penale⁽¹⁹⁸⁾. Ed è diffusa l'opinione secondo cui

⁽¹⁹⁷⁾ MASSÉ, *Souveraineté pénale*, 67.

⁽¹⁹⁸⁾ È indubbia l'esistenza di beni giuridici «comunitari» di per sé considerabili in senso penalistico, come in specie le risorse finanziarie comunitarie, l'attività funzionale, e tutta la serie di beni non solo economici abbracciati dall'infermento della normativa comunitaria nei settori di competenza (GRASSO G., *L'incidenza del diritto comunitario*, 65; ILL, *Comunità europee*, 9 ss.; TIEDERMANN, *Diritto comunitario, passim*; PABSCH, *Der strafrechtliche Schutz, passim*).

Ai fini della presente trattazione, interessa non tanto il centro di imputazione del bene, quanto la questione se la Comunità possa occuparsene ed eventualmente i relativi limiti, e in particolare la questione se normazione penale sia autorizzata. Il problema non concerne, quindi, tanto l'oggetto della tutela penale, quanto il soggetto che gestisce la tutela stessa. Non ha rilevanza che i beni finora indicati siano propriamente definibili comunitari, e «nuovi» rispetto a quelli considerati o considerabili negli ordinamenti nazionali, o siano gli stessi ascrivibili al piano nazionale. I beni oggetto delle politiche comunitarie possono essere intesi come beni propri e magari in via esclusiva «della» Comunità, oppure no — in tutto o in parte. L'appartenenza del bene alla Comunità è da intendersi come appartenenza giuridica comune, sussistente quando di comune vi è un diritto che riguarda certi beni («comunità di diritto»); ciò determina la dimensione giuridica sopranazionale del bene.

In realtà la Comunità non ha beni giuridici autenticamente propri, salvo in materia di statuto del personale, bilancio e quindi risorse finanziarie, organizzative interne: ma il diritto comunitario si incardina soprattutto su relazioni giuridiche «prodotte» dagli ordinamenti degli Stati membri, e in questo senso su beni giuridici creati dagli ordinamenti statali, che le norme comunitarie regolano (BALDARINO, *Lineamenti*, 180 s., 187, 193). Comunque, un interesse della Comunità alla repressione, emergente nel momento in cui si appalesi competenza normativa-penale comunitaria, può considerarsi proprio della Comunità ma non deve neces-

una potestà punitiva comunitaria e un diritto penale comunitario sono di per sé necessari ed auspicabili⁽¹⁹⁹⁾. Su questa necessità è opportuno brevemente soffermarsi, non solo perché essa connota l'importanza in genere della questione che ci occupa, ma anche e soprattutto perché la necessità rileva nell'ipotesi che contribuisca in funzione fondante, come si è detto, alla costruzione delle competenze comunitarie.

La necessità di assegnare alla Comunità compiti di tutela penale esiste qualora sia insufficiente la tutela (anche) penale prestata dagli Stati membri sul piano nazionale e internazionale rispetto a beni da ritenersi meritevoli e bisognosi di protezione penale, e sempre che l'intervento della Comunità sia adeguato a porre rimedio a siffatta insufficienza. In altri termini, la necessità di una competenza penale comunitaria sussiste alla duplice condizione: 1) che fallisca il c.d. affidamento del diritto penale agli Stati, il modello, cioè, secondo cui il bene «comunitario» che necessita di tutela penale la trova tramite il diritto nazionale⁽²⁰⁰⁾ o tramite altre forme di diritto internazionale; 2) che la prognosi sull'utilità della normativa comunitaria in campo penale sia favorevole.

Resta, invece, fermo il riflettersi in un eventuale ambito penale-comunitario di consolidare aspirazioni all'impiego di canoni di sussidiarietà del diritto penale (*extrema ratio*)⁽²⁰¹⁾. E questi ultimi ben si coniungerebbero con la regola di sussidiarietà dell'azione comunitaria (art. B TUE e 3 B TCE)⁽²⁰²⁾.

sariamente corrispondere ad esigenze di tutela di beni ed interessi di beni «propri» della Comunità (cio vale, del resto, anche in relazione a quanto può dirsi dell'interesse statale alla repressione. Valgano le lucide osservazioni di QUADRI, *Diritto penale internazionale*, 44 ss.).

⁽¹⁹⁹⁾ Per tutti, JESCHKE, *Einleitung*, in *StGB. Leipziger Kommentar*, n. marg. 107; CONSO, *Conclusioni*, 302 s.

⁽²⁰⁰⁾ Riguardo a questo modello, peraltro dai più impiegato nella ricognizione delle conseguenze derivanti dalla negazione di competenze penali comunitarie — di cui in seguito di dirà —, v. ILL, *Diritto comunitario e diritto penale*, 9; PEDRAZZI, *L'influenza*, 628; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, 170 ss.; MEZZETTI, *La tutela penale, passim*; JESCHKE, *Die Strafgesetze*, 497; PICOTTI, *La legge penale*, 30.

⁽²⁰¹⁾ Cfr. ROMANO, *«Matericoletta ai penali», bisogno di penali e teoria del reato*, 52; HASSEMER, in *SIEBER (Hrsg.), Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, 127.

⁽²⁰²⁾ V. quanto riferito nel Capitolo secondo, par. 3.

Dunque, doppia sussidiarietà di un diritto penale comunitario. Tramite la duplice sussidiarietà, trova valido sostegno in ambito comunitario l'esigenza di una costante vigilanza critica sulle ragioni che potessero porsi a fondamento del valore strumentale dell'istanza penalistica⁽²⁹⁵⁾, soprattutto perché in tale ambito quest'ultima rischia di affermarsi soltanto nelle vesti di simbolo di un consolidamento dell'autonomia istituzionale⁽²⁹⁶⁾.

In concreto, la necessità di competenze penali comunitarie è riconosciuta perché la cenata esigenza di un diritto penale transnazionale trova base costante sia nella proiezione di interessi nazionali mediati dall'aspettativa del comune beneficio⁽²⁹⁷⁾, sia nella ritenuta insufficienza dei diritti penali statali. Al contempo tale esigenza implica la considerazione delle dimensioni transnazionali dei fatti di reato⁽²⁹⁸⁾, dimensioni non necessariamente materiali, compresa eventualmente la rilevanza comune a più Stati dell'interesse allo specifico bene offeso, quando non la sovranazionalità dell'interesse medesimo e/o del bene stesso⁽²⁹⁹⁾.

Insufficienze degli apparati statali si riscontrano soprattutto di fronte alla criminalità organizzata, la quale tende obiettivamente, an-

Per la dottrina penale, si consulti GRASSO G., *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*. Questo A., ritiene, tra l'altro, che la valutazione della sufficienza dell'intervento statale deve realizzarsi con riferimento alle azioni isolate degli Stati membri e non con riguardo ad una azione eventualmente concordata in sede intergovernativa.

⁽²⁹⁵⁾ TULKEYS, *Les fraudes communautaires: un observatoire pénal européen*, 217.

⁽²⁹⁶⁾ Sui modelli simbolici di legislazione penale, dove lo scopo latente prevale rispetto a quello dichiarato, v. PALFREY, *Il principio di effettività nel diritto penale*, 538. Cfr. inoltre BARATTA, *Die Menschenrechte zwischen struktureller Gewalt und Strafgesetzen*, 243 ss.

⁽²⁹⁷⁾ Prendendo a prestito un'espressione di BADINI, *Sovranità ed interessi nazionali nel cammino dell'Europa*, 7.

⁽²⁹⁸⁾ Su questa dimensione v. GRASSO, *L'incidenza*, 82; i contributi dei vari AA., in ESER-LACODNY (Eds.), *Principles and procedures for a new transnational criminal law*; BERNASCONI, *Il nuovo diritto europeo sul sequestro e il depistaggio di valori patrimoniali provenienti di reato transnazionale*, 1 ss.; PRISANI, *I rapporti tra l'organizzazione giudiziaria e il processo penale*, 36.

⁽²⁹⁹⁾ Su queste distinzioni v., ancora attuali, le riflessioni di QUADRI, *Diritto penale internazionale*, 36 ss.

che per il tramite dello strumento economico, a costituire un vero e proprio diritto autonomo contrapposto (sovraposto o frapposto⁽³⁰⁰⁾) a quello nazionale e internazionale, nonché sovranazionale, con aspirazioni fagocitanti. Ben lo dimostra l'esperienza italiana, e conferme si traggono purtroppo dall'analisi della situazione internazionale nei settori della lotta al traffico, tra l'altro, di armi e degli stupefacenti ed alle distorsioni del mercato, non solo finanziario, che sono conseguenza della circolazione di capitali di origine criminosa.

La criminalità organizzata risulta per certi versi favorita dalle misure di liberalizzazione della circolazione delle persone, dalla rinuncia ai controlli alle frontiere (Accordo di Schengen), insomma dal mercato unico e dai tanti prodotti normativi di un'Europa unita⁽³⁰¹⁾. Certo, l'integrazione europea non può essere intesa come fattore decisivo, in

⁽³⁰⁰⁾ Per talune lucide considerazioni al riguardo v. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, 21 ss.

⁽³⁰¹⁾ GRASSO, *L'incidenza*, 82. Per un quadro generale recente della situazione della cooperazione degli Stati in materia penale con riferimento all'apertura delle varie frontiere v. i contributi di vari Autori in NASCIMBENE, *Da Schengen a Maastricht*. Ulteriori approfondimenti circa il ruolo dell'Accordo di Schengen, e i riflessi nel campo della lotta alla criminalità, possono trovarsi in SCHUTTE, *The European Market*, 387; WLEKIZKI, *Development of an Effective International Crime and Justice Programme - A European View*, 267; KESSIDIAN, *La circulation des jugements pénaux dans l'Europe communautaire*, 139; COSTA-LACODNY, *De Schengen a Maastricht: libertés et contrôles dans l'Europe des citoyens*, 129; MASSÉ, *L'Espace Schengen*, I. *Textes et contextes, figures de l'intégration dans l'Europe communautaire*, 373; Id., *L'Espace Schengen*, II. *Développement de l'entraide répressive internationale*, 800 (ivi ult. bibl. ragionata); PASTORE, *Suppression dei controlli alle frontiere comuni, controllo delle frontiere esterne e cooperazione di polizia in Europa secondo gli accordi di Schengen*, 651, con ult. ind.; O'KEEFE, *The free movement of persons and the single Market*, 1; PARDUCA, *Le prospettive della cooperazione giudiziaria in Europa dopo Schengen: primi appunti*, 680; DIALLO, *L'entraide répressive internationale en matière pénale: exegèse d'une problématique*, 541; KOHNE, *Kriminalitätsbekämpfung durch internationale Grenzkontrolle*; LANGFELDT, *Kriminalpolitik im europäischen Entwicklungspfad*, 135; SCHOM-ERIC-LACODNY, *Neuere Entwicklungen*, 396; FRIDECOTTO, *L'accordo di Schengen*.

Un quadro generale sull'esperienza della criminalità organizzata può trarsi da AA.VV., *La criminalità organizzata negli anni '90*, AA.VV., *Economia e criminalità*, AA.VV., *La criminalità organizzata*, AA.VV., *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, AA.VV., *Criminalità organizzata fra repressione e prevenzione*.

complesso, di un aumento della criminalità⁽²⁰⁾, ma piuttosto essa, se non comporta la costruzione di un adeguato controllo gestito a livello europeo, pare diminuire notevolmente l'efficienza del controllo gestito dagli Stati.

È diffuso, pertanto, il riconoscimento che necessita uno spazio giuridico europeo-comunitario non soltanto di carattere civile ed amministrativo, bensì anche di carattere penale⁽²¹⁾. Si ritiene che tramite la Comunità potrebbero ottenersi importanti risultati in ambito penalistico: già, p.es., la direttiva che ha contribuito ad ispirare le normative penali nazionali in tema di riciclaggio (91/308/CEE), così come la direttiva in tema di *insider trading* (89/592/CEE), hanno costituito un'iniziativa positivamente valutata, fungendo da sprone per il sostanziale miglioramento dei presidi anche penalistici nazionali contro la criminalità organizzata⁽²²⁾.

Un'aggiornata riflessione sui rapporti tra crimine ed economia si trova nei contributi presentati nel 1994 all'1^o Colloquio criminologico del Comitato europeo sui problemi del crimine (COINCHI OF EUROPE, *Crime and economy*, e in particolare i lavori di JOUTSEN, EISNER, FIELD, MELOSSI, VAN DIJK).

⁽²⁰⁾ LABAYLE, *L'application du titre VI*, 49.

⁽²¹⁾ BERNASCONI, *Il nuovo diritto europeo sul sequestro e il depistaggio di valori patrimoniali: problema di reato transnazionale*, 33; MARINI L., *Intervento*, in AA.VV., *Economia e criminalità*, 113.

⁽²²⁾ Direttiva del Consiglio del 10 giugno 1991 (91/308/CEE) in GUCE L 28 giugno 1991 L 166. Per sviluppi e ulteriori approfondimenti v. GROSSO, *Problemi fiscali e riciclaggio: nodi centrali di politica criminale nella prospettiva comunitaria*, 127 ss.; AZZALI, *Diritto penale dell'offesa e riciclaggio*, 419 ss.; AMAROSI, *Profilo penalistico della libera circolazione dei capitali*, 269; AMMIRATI, *Il delitto di riciclaggio*; ZANCHEITTI, *sub art. 648 bis*, 1531; BERSANI, *Il reato di riciclaggio tra nuovi provvedimenti legislativi e criminalità economica*; DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale*, 988; SCHWABENHUTER, *La lotta al riciclaggio*, 955 ss.

Direttiva del Consiglio del 13 novembre 1989 (89/592/CEE), in GUCE L 334 del 18 novembre 1989. Per sviluppi e ulteriori approfondimenti FORFANI, *La nuova disciplina penale dell'insider trading*; BAKIULLI, *L'«insider trading» nella prospettiva penale*, 14; PROBLEM, MAZZA, *La repressione dell'insider trading*; CRESPY, *Rilevati preliminari*, 34; SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*; TIEDENMAN, *Diritto comunitario*, 216; HÖPPEL-PERNPUS, *Landesbericht Österreich*, 1038; e i contributi di ARKOVO ZAPATERO, GUIDICELLI - DELAGE, HURTADO POZO, SEMINARA in SCHÜNEMANN-SUARFZ GONZALES (Hrsg., v.), *Banishment des europäischen Wirtschaftskriminellen*.

Per un quadro dei provvedimenti statali di trasposizione v. HUBER, *Beobachtungen zur Strafrechtsentwicklung in Europa zwischen 1989 und 1993*, 1931 ss.

D'altro canto, sono ben chiari i limiti di inefficienza della collaborazione giudiziaria e di polizia a livello internazionale, quando non vi sia omogeneità di presupposti nella base normativa di diritto sostanziale che è condizione prima dell'attivazione degli organi di polizia e della magistratura⁽²³⁾ cioè nelle disposizioni che danno vita alle figure di reato⁽²⁴⁾; non a caso la Commissione parlamentare antimafia del Parlamento italiano invoca l'introduzione di figure criminosi comuni ai diversi diritti nazionali⁽²⁵⁾.

Da parte di istituzioni comunitarie è avvertita soprattutto l'esigenza che i beni «propri» della Comunità, e in particolare quelli finanziari, siano adeguatamente tutelati, ciò che per ora non risulta né sul piano comunitario⁽²⁶⁾, né su quello nazionale⁽²⁷⁾. Contro l'atteggiamento negativo di molti Stati membri rispetto a compressioni della propria

⁽²³⁾ Secondo SCURBI (*Diritto penale comunitario*, 1222) le prerogative della sovranità risiedono, più che sul potere di formulazione delle fattispecie incriminatrici, sul potere di organizzazione degli apparati processuali e di polizia (conf. MANCORA, *L'efficacia operativa del diritto comunitario sul diritto penale*, 56).

Riguardo a questi poteri, e allo sviluppo della relativa collaborazione internazionale - sfociata, tra l'altro, nelle previsioni del titolo VI del Trattato di Maastricht - v. per un primo quadro, PASTORE, *La cooperazione intergovernativa nei settori dell'immigrazione, dell'asilo e della sicurezza interna*, 3 ss., anche per la nota-zione (sulla scia di McLAUGHLIN, *The democratic Deficit: European Union and the Accountability of the British Police*, 473 ss.) che il processo di definizione dei compiti e delle modalità operative dell'emergente sistema internazionale di polizia europea è in gran parte dominato dalle scelte della polizia stessa, che quando agisce sul piano transnazionale si trova in una situazione di indipendenza sia dallo Stato nazione sia dalla Comunità europea, dato che il controllo politico nazionale è insufficiente e quello sovranazionale ancora non esiste; DEN BOER - WALKER, *European Police after 1992*, 3 ss. con ult. ind.; DEN BOER, *Police cooperation in the TEU*, 555 ss.; GOVRET, *Police, asile, immigration*, 73 ss.

⁽²⁴⁾ BERNASCONI, *Come difendere l'economia dalla criminalità organizzata*, in AA.VV., *Economia e criminalità*, 283 ss.

⁽²⁵⁾ V. il documento *Indicazioni per un'economia libera dal crimine* approvato dalla Commissione il 20 luglio 1993, pubblicato in AA.VV., *Economia e criminalità*, 345 (356), e in *Rev. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 829 (837). Sulla presenza della criminalità organizzata mafiosa nelle c.d. «eurotruffe» v. LETTIERI, *L'attività della criminalità organizzata*, 2057 ss.

⁽²⁶⁾ V. solo TIEDENMAN, *Diritto comunitario*, cit., 231; AA.VV., *Die bekämpfungs passiv*.

⁽²⁷⁾ MEZZETTI, *La tutela penale, passim*.

sovranità penale, specie di quelle che incidono nell'ambito penale-criminale, e contro il conseguente atteggiamento negativo del Consiglio (²¹⁸), la Commissione CE costantemente preme per il riconoscimento ampliativo dei poteri normativo-penal comunitari e da anni si affaccia nella ricerca e preparazione di proposte di soluzioni giuridiche politicamente accettabili sulla via dell'incremento delle ipotesi di esercizio di tali poteri, tramite adeguata legislazione di diritto secondario; e il Parlamento europeo ritiene 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. T.CE) e regolamenti (art. 235 T.CE) volti ad armonizzare la tutela penale degli interessi finanziari comunitari in seno ai diversi ordinamenti giuridici nazionali» (²¹⁹).

(²¹⁸) Per tutti, THEATO, *Sanctionen*, 215; HUGGER, *The European Community's Competence*, 256 ss. V., inoltre, il *Memorandum de la Présidence française de l'Union européenne sur les sanctions aux violations du droit communautaire et son application effective* (Janvier 1993), in *Revue du Marché Unique Européen*, 1993, 231 ss.; e cfr. LAMASSOUR, *Une même sanction pour un même droit: la déviation génération du marché unique*, 10 s.

(²¹⁹) *Risoluzione sulla protezione giuridica degli interessi finanziari della Comunità europea* (24 ottobre 1991), in G.U.C.E. 25 novembre 1991, N. C. 305/106 (v., al riguardo, GRASSO G., *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, 837 ss.; cfr. inoltre la Relazione della Commissione per il controllo di bilancio, sulla protezione giuridica degli interessi finanziari della Comunità europea (rel.: D. Theato), Parlamento Europeo - Documenti di seduta, 27 settembre 1991, A3-O250/91, 6, 10 s. E v. la Risoluzione del Consiglio CEE concernente la tutela degli interessi finanziari della Comunità, in G.U.C.E. 17 dicembre 1991 C. 328, 1).

La menzionata Risoluzione del Parlamento è richiamata dalla più recente *Risoluzione sul potere di istruzione e di inchiesta autonomo di cui dispone l'Unione nel quadro della protezione giuridica dei propri interessi finanziari* (11 marzo 1994, in G.U.C.E. 28 marzo 1994 C. 334). Con questa Risoluzione si domanda alla Commissione di sottoporre al Parlamento e al Consiglio una proposta di direttiva, sulla base degli artt. 100 A e 209 A T.CE, avente ad oggetto l'armonizzazione della protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione nell'ordinamento giuridico degli Stati membri, e come contenuto, tra l'altro, la previsione di principi comuni, l'identificazione delle fattispecie da sanzionare e del tipo di sanzione, e la previsione di fattispecie e sanzioni nel caso in cui il soggetto attivo o passivo dell'illecito sia un funzionario comunitario.

Su questa sollecitazione parlamentare, lo scopo di acquisire una disciplina comunitaria «orizzontale» rivolta alla protezione degli interessi finanziari delle Co-

La Corte di Giustizia, dal canto suo, col ribadire come accennato

comunità, cioè un regime di sanzioni comunitarie non settoriale ma legato alla gestione complessiva delle risorse della Comunità, è stato perseguito dalla Commissione tramite due proposte (già menzionate nel Capitolo primo, nota 15) presentate in modo congiunto: una proposta di regolamento relativo alla tutela di tali interessi, che troverebbe fondamento giuridico nell'articolo 235 T.CE e nell'art. 203 T.EURATOM (e 95 T.CEEA mediante decisione di estensione), e che concerne misure e sanzioni amministrative comunitarie; e una proposta di Atto del Consiglio dell'Unione Europea relativo ad una Convenzione sulla tutela penale degli stessi interessi, che troverebbe base giuridica nell'art. K.3, par. 2 TUE, ed è rivolta a costituire negli ordinamenti nazionali un presidio penalistico uniforme incentrato su di una nozione comune del reato di frode degli interessi finanziari della Comunità (v., per un primo commento, VOGEL, *Bertrag zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften*, 1 ss. L'attività della Commissione è stata preceduta da una ingente mole di studi sullo stato della legislazione penale e penale-amministrativa negli Stati membri, poi assunti in prospettiva comparatistica e con riferimento alle esigenze comunitarie. V. al riguardo COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *The system of administrative and penal sanctions in the Member States of the European Communities*, COMMISSION CE, *Etude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales des États membres ainsi que sur les principes généraux du système des sanctions communautaires*, doc. SEC (93) 1172; nonché COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Legal Protection of the Financial Interests of the Community*. Un quadro riassuntivo in DE ANGELIS, *Protezione giuridica degli interessi finanziari della Comunità*, 707). Risolenti progetti di trattati di modifica dei trattati istitutivi della Comunità, approvati dalla Commissione e rivolti ad acquisire una regolamentazione comune sulla tutela penale degli interessi finanziari e la posizione penale dei funzionari della Comunità possono leggersi in G.U.C.E. 22 settembre 1976, C. 222).

In seguito, previa adozione da parte del Consiglio UE della Risoluzione del 6 dicembre 1994 sulla tutela giuridica degli interessi finanziari della Comunità (G.U.C.E. 14 dicembre 1994, C. 355), lo stesso Consiglio, come già si è detto, ha approvato la cenata Proposta di Convenzione, e più tardi anche il regolamento è stato approvato, peraltro senza recepire le proposte di modifica avanzate dal Parlamento europeo nell'ambito della procedura di consultazione (30 novembre 1995). Per ulteriori indicazioni sulla posizione del Parlamento europeo si rinvia al Capitolo quarto, par. 6.2.

In dottrina, sul tema della tutela degli interessi finanziari comunitari, si contano, in particolare, riguardo alle iniziative dei vari organi comunitari, de MOCOR, *Commission initiatives on the legal protection of the legal protection of the financial interests of the Community*, in AA.VV., *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich - Combating subsidy fraud in the EC area - Lutte contre les fraudes à la subvention sur le territoire de la CEE*, 18, SCHMIDHUBER, *Rechtspolitische*

una certa competenza punitiva comunitaria ⁽²²⁰⁾, ha pure indotto ad una riconsiderazione delle divisioni di compiti e responsabilità tra Comunità e Stati membri ⁽²²¹⁾, perché si è basata in particolare, tra l'altro, sull'insufficienza di misure nazionali a garantire l'uniformità delle misure applicate (punto 21 della motivazione). E così ha sancito il «senso di sfiducia» che certi organismi comunitari nutrono nell'efficienza dell'affidamento del diritto penale alle legislazioni degli Stati ⁽²²²⁾.

Del resto, l'indagine criminologica conduce ad avvisare che il mec-

Bestrebungen zur Verbesserung des Schutzes der EG-Finanzinteressen, ivi, 106; DE ANGELIS, *Les risques de l'internationalisation des échanges économiques en tant que défi pour l'harmonisation du droit judiciaire*, ivi, 139; PRIER-SPITZER, *Die Betrugsbekämpfung in der Europäischen Gemeinschaft*, 297 ss.

Inoltre, nella vasta produzione, per i profili attinenti al diritto penale, si veda THIEDMANN, *La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea*, 513 ss.; DELMAS-MARTY, *La repression des fraudes contre le budget de la Communauté européenne dans un contexte démocratique*, 585; VIEVAILLE, *Fraud against the Community: DE ANGELIS, Internationalizzazione degli scambi economici ed illegalità: una sfida per l'armonizzazione delle procedure repressive*, 641; GRASSO, *La tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità europee*, 373; PALERMO-FAERS, *La recente legislazione italiana in tema di frodi nelle sovvenzioni comunitarie*, CARACCIOIA, *La protection des ressources propres de la Communauté*, 185 ss.; STOTHES, *Der Schutz der EU-Finanzinteressen durch das deutsche Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, 304 ss.; FRANCE, *The Influence of European Community Law on Criminal Law of the Member States*, 345 ss.; GIULIANI, *Diritto penale europeo, reati economici e razzismo*.

Una recente, ricca disamina del problema della tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea, dall'angolo visuale dei diritti nazionali e sul presupposto dell'assenza di una potestà punitiva sovranazionale, è stata svolta da MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea*.

Per statistiche sull'entità del fenomeno frodatario e altre pertinenti notizie v. ANGELANI, *Le frodi nazionali alle erogazioni dei fondi strutturali e alle altre erogazioni finanziarie della Cee*, in AA.VV., *Le frodi ai danni del bilancio e dell'economia della CEE*, 37 ss.; MIGELI, *Indebite fruizioni di sovvenzioni comunitarie e rapporti di collaborazione tra l'UCLAF (Unità di coordinamento lotta antifrode della Commissione dell'Unione europea), le forze di polizia e l'autorità giudiziaria degli stati membri*, 407 ss.

⁽²²⁰⁾ CGCE, 27 ottobre 1992, 240/90, RTT/Commissione (Capitolo primo, nota 22).

⁽²²¹⁾ HUYZER, *The responsibility of the Member States for Implementation and Enforcement of Common Market and Price Policy*, 24.

⁽²²²⁾ MEZZETTI, *La tutela penale*, 209.

canismo della frode è parte della macchina della criminalità organizzata ⁽²²³⁾, che quest'ultima si vale di frodi ai danni della Comunità ⁽²²⁴⁾, in una dimensione in cui sfuma la linea di confine tra crimine organizzato e crimine dei colletti bianchi ⁽²²⁵⁾, mentre l'incremento di ricchezza nazionale derivante dalla frode comunitaria è fattore di lassismo nella persecuzione penale (quando non di collusione) da parte delle autorità nazionali ⁽²²⁶⁾. Tende ad affermarsi l'opinione che la forte inerzia degli Stati ad affrontare incisivamente in sede comunitaria le rilevate, urgenti necessità di un diritto penale europeo dell'economia derivi dall'azione di contrasto, rispetto ad iniziative nel senso della penalizzazione, svolta da settori dell'economia privata, che trovi consenso ed ausilio negli apparati statali ⁽²²⁷⁾. Così sarebbe pregiudicata la razionalità dell'azione comunitaria, come lo è la razionalità dell'azione governativa a livello penale-statale ⁽²²⁸⁾.

La frode renderebbe a mirare alla base anche il meccanismo poli-

⁽²²³⁾ SAVONA, *Sviluppi delle attività criminali ed i riflessi nel sistema economico nazionale ed internazionale*, in AA.VV., *Economia e criminalità*, 203; LOMBARDO, *Esperienze giudiziarie*, 2596; DANNECKER, *Strafrecht*, con ult. ind.

⁽²²⁴⁾ SIEBER, *Forderungen für die europäische Strafrechtspolitik*, 157 s.

⁽²²⁵⁾ SIEBER, riguardo al carattere criminogeno della legislazione finanziaria comunitaria, per la sua inestricabile complessità, WANNEMAKER, *Problèmes que pose au juge le traitement des affaires de fraude au préjudice de la Communauté*, 77 s. KOCHÉ-PIRE, *Criminalité des affaires et marché commun*, 53.

⁽²²⁶⁾ PASSAS-NEIKEN, *The thin line between legitimate and criminal enterprises: subsidy frauds in the European Community*, 223 ss.

⁽²²⁷⁾ TULKENS, *La fraude communautaire*, 219; PASSAS-NEIKEN, *The thin line, 238*; RUMSCHOTEL, *Ambiguities between criminal policy and scientific research: the case of fraud against the EC*, 101 ss.

⁽²²⁸⁾ BERNASCONI, *Come affermare l'economia della criminalità organizzata*, in AA.VV., *Economia e criminalità*, 283, ss. V., inoltre, SEVENSTER, *Criminal law*, 30; SGUARDI, *Diritto penale comunitario*, 1224. In generale, sull'influenza esercitata sui processi di decisione legislativa dai gruppi di potere economico v., di recente, PALERMO, *Consenso e legislazione penale*, 876 ss.

Una panoramica sullo stato di sviluppo e successo del fenomeno lobbistico a livello comunitario è offerta da McLAUGHLIN-JORDAN-MALONEY, *Corporate Lobbying in the European Community*, 191 ss.

⁽²²⁹⁾ Cfr. RUMSCHOTEL, *Ambiguities between criminal policy and scientific research: the case of fraud against the EC*, 101 ss.

tico-economico della Comunità stessa⁽²²⁷⁾, nonché quello degli Stati. Si profilerebbe allora, in concreto, oltre il tema della difesa degli interessi finanziari, l'esigenza di difesa di beni «istituzionali»⁽²²⁸⁾, della stessa esistenza della Comunità⁽²²⁹⁾, intesi almeno come beni «finali»⁽²³⁰⁾.

La necessità di competenze penali-criminali comunitarie dipende dunque direttamente, in gran parte, dall'inazione degli Stati nel perseguimento degli interessi propri e di quelli comuni anche tramite lo strumento penalistico.

In generale, il processo di integrazione penalistica europea manifesta, oggi, caratteri di lacunosità e disordine, per non dire di «incontrollabile caos»⁽²³¹⁾ che vanno ben oltre il tasso «fisiologico» di frammentarietà degli apparati sanzionatori dovuto all'istanza legalitaria o comunque alla conspevolezza di limiti dei benefici tralibbi dall'impiego dello strumento penale⁽²³²⁾. L'effetto-oasi delle disparità di trattamento, quindi la speculazione sulle troppo intense differenze di regime nei vari Stati membri – c.d. *jurisdiction shopping* – è da tempo sapientemente usata dagli imprenditori europei⁽²³³⁾. Sono, queste, ragioni per cui si ritiene necessario che la Comunità assicuri anche tramite sanzioni punitive un regime inteso a garantire che la concorrenza non

sia falsata nel mercato interno (v. art. 3 lett. g T.C.E.)⁽²³⁶⁾.

La creazione di multiformi e in parte nuove sanzioni pecuniarie e non, di natura (penale-) amministrativa, è sì un tentativo di rispondere ad alcune delle necessità segnalate, ma si deve anche al mancato sviluppo di competenze penali-criminali comunitarie⁽²³⁷⁾ in una situazione in cui, invece, le esigenze comunitarie in genere, e quelle del mercato interno in particolare, richiederebbero quanto meno armonizzazione delle legislazioni penali nazionali⁽²³⁸⁾. Sotto questo profilo non sono da escludere seri dubbi sulla necessità di certe sanzioni penali-amministrative di fonte comunitaria, poiché esse tendono a colmare «lacune» riferibili soltanto a certi diritti nazionali, mentre per il resto servono a giustificare un consolidamento della centralizzazione di poteri di controllo. In tal modo si realizza una moltiplicazione inutile di fattispecie punitive e relativi procedimenti, con conseguenti problemi di coordinamento⁽²³⁹⁾. E dato che si può arrivare al punto in cui risultino corrette soltanto di sanzione «amministrativa» violazioni a cui più congruamente sarebbe da attribuire rilievo penale-criminale, o che comunque un tale rilievo assumono secondo taluni diritti nazionali – come p. es. gravi frodi dolose –, potrebbe ritenersi frustrata ogni esigenza di razionalità nella lotta alla criminalità-devianza economica, anche nella prospettiva dell'impiego fruttuoso della sanzione amministrativa⁽²⁴⁰⁾.

⁽²²⁷⁾ VERVALE, *La Communauté économique européenne face à la fraude communautaire. Vers un espace pénal communautaire?*, 39.

⁽²²⁸⁾ Su questa nozione, per tutti, ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, 190.

⁽²²⁹⁾ Sulla riconoscibilità di questo bene v. criticamente, GRASSO, *Comunità europea*, 10 s.; affermativamente, PABST, *Der strafrechtliche Schutz*, 83 ss.

⁽²³⁰⁾ Nell'accezione considerata da PICHELLE, *Reato*, 797 s.

⁽²³¹⁾ Cfr. SCHUTTE, *Strafrecht in Europäer Verband*, 17; KEYSER-KINGNOLD, *European Integration with regard to the Confiscation of the Proceeds of Crime*, 514.

⁽²³²⁾ Su questi limiti, per tutti, PALIERO, *Il principio di effettività, passim*.

⁽²³³⁾ Sull'amplificazione degli effetti perversi delle disparità di trattamento, per tutti, JUNG, *Criminal Justice – a European Perspective*, 238; MEZZETTI, *La tale la penale*, 230 s.

In ambito extracomunitario, la mancanza di adeguati sviluppi di poteri sanzionatori penali comunitari è ritenuta causa di gravi vizi nel complesso del sistema ricostruibile sulla base dei diritti nazionali e di quello sovranazionale europeo. V. la disamina offerta da ZAGARIS-PANTAUZZI, *International Criminal Law in a European Integration Context*, 3. La situazione viene giudicata idonea a favorire buone opportunità di evitare processi penali per gli affaristi americani.

⁽²³⁶⁾ Di recente, sul punto, SPANOWSKY, *Wettbewerbsverzerrende Delikte*, 226 ss.; BERNARDI, *Principi di diritto e diritto penale europeo*, 159 s. (con ult. ind.). E v. PEDRAZZI, *Il razionalismo*, 334 s.

⁽²³⁷⁾ TEDDEMANN, *Diritto comunitario*, 231.

⁽²³⁸⁾ Di recente, in tal senso, fuori dalla letteratura penalistica, PALADIN, *Forma italiana di governo*, 411. Ul. ind. nel precedente par. 6.3.

⁽²³⁹⁾ Si rinvia al precedente par. 5.1., per indicazioni riguardo al (limitato) accoglimento del principio del *ne bis in idem* sostanziale in ambito comunitario.

⁽²⁴⁰⁾ Cfr., in generale, PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, 1021 ss. V. inoltre, per taluni profili collegati all'ambito comunitario, DE DOELDER, *The Enforcement of Economic Legislation*, 133 ss.