

ALESSANDRO BERNARDI

## L'EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO E DELLA SCIENZA PENALE

1. Premessa. — *Sez. I: Europeizzazione del diritto e sistemi penali nazionali.* — 2. Il ruolo del Consiglio d'Europa e delle relative convenzioni d'armonizzazione nel tramonto dello statualismo penale. In particolare, il ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. — 3. L'avvento della Comunità europea e le diverse forme di influenza del diritto comunitario sul diritto penale. — 4. L'incidenza del diritto comunitario sui precetti penali. L'incidenza interpretativa, integratrice, disapplicatrice. — 5. L'influenza del diritto comunitario sulla disciplina punitiva. Gli effetti di armonizzazione sanzionatoria prodotti dalle fonti CE di diritto derivato. — 6. Il ruolo della giurisprudenza della Corte di giustizia nel ravvicinamento delle risposte punitive nazionali. — 7. Le sanzioni amministrative comunitarie e la loro attitudine a condizionare i sistemi punitivi dei Paesi membri. — 8. Agli albori di una politica criminale europea. In particolare, le direttive comunitarie volte a predeterminare gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte. — 9. L'edificazione del terzo pilastro dell'Unione per la cooperazione e l'armonizzazione penale. Il ruolo delle decisioni quadro nella realizzazione di una effettiva politica criminale europea. — 10. I futuribili scenari del processo di europeizzazione del diritto penale. Il dibattito sulla riforma del terzo pilastro. — 11. Gli attuali progetti di armonizzazione o unificazione penale d'interno dell'Unione. — *Sez. II: Europeizzazione del diritto e scienza penale.* — 12. Verso una cultura giuridico-penale europea. Le diverse manifestazioni in ambito scientifico del superamento delle tradizioni penali nazionali. — 13. La "rinascita giusnaturalista" e la "cultura dei diritti dell'uomo" nel processo di destatalizzazione e di europeizzazione della scienza penale. — 14. Le attuali concezioni giuridiche a sfondo razionalistico e le loro valenze antistataliste e europeiste. — 15. La rivalutazione della storia del diritto penale nella prospettiva dell'armonizzazione/unificazione dei sistemi nazionali. — 16. La valorizzazione e le nuove funzioni del metodo comparatistico alla luce delle esigenze di europeizzazione del diritto e della politica criminale. — 17. L'avvento di un nuovo paradigma penale ispirato alla logica della "rete" quale risposta all'emersione di una pluralità di ordinamenti giuridici in rapporto di reciproca integrazione. — 18. L'abbandono del nazionalismo dogmatico e il ricorso al "sincretismo concettuale" come conseguenza del pluralismo giuridico. La tendenza alla semplificazione della scienza penale al fine di un "democratico" ravvicinamento dei relativi sistemi statuali. — 19. Considerazioni conclusive.

### 1. Premessa.

Se è vero che la realtà storica è "marcata, nella sostanza, da

incoltabili discontinuità" (1). È però anche vero che l'inizio di questo secolo mostra almeno un fondamentale profilo di coesione con la seconda parte del secolo da poco conclusosi. Si allude, beninteso, al progressivo processo di costruzione europea, alla ininterrotta crescita, per competenze e ambito geografico, prima di una Comunità e poi di un'Unione europea destinate a modificare in modo sempre più rapido e profondo le nostre abitudini, il nostro stesso modo di pensare e di essere.

Posto che, fortunatamente, l'attuale edificazione dell'Europa non risulta imposta con la forza da uno Stato egemone, ma avviene in via del tutto pacifica e dunque "giuridica", verrebbe fatto di pensare che proprio i giuristi, anche quando non siano implicati in prima persona nelle trasformazioni in atto, si rivelino comunque i soggetti massimamente capaci di "sintonizzarsi" con tali trasformazioni, conformando le proprie coordinate culturali e le proprie tecniche operative alla nuova dimensione istituzionale del vecchio continente. Questa ipotesi, tuttavia, non tiene conto né delle forze inerziali connaturate ai meccanismi di produzione e al carattere "sistematico" del diritto, né della estrema eterogeneità di formazione dei giuristi stessi, correlata alle peculiarità delle singole branche dell'ordinamento.

*Quanto alle forze inerziali insite nel diritto*, è noto come esso venga considerato da molti intrinsecamente incapace di adeguarsi in tempi brevi ai mutamenti della storia; tant'è che qualcuno, sottolineando la vocazione del diritto a sopravvivere ben al di là dell'atto di volontà che lo fonda e del complessivo contesto nel quale viene concepito, non ha mancato di definirlo provocatoriamente "una forma di sovranità del morto sul vivo" (2). Ma non è certo necessario sposare questa visione apocalittica dello *ius* per ammettere che il sistema giuridico, in quanto organico complesso di principi, istituti e regole, appare votato ad un notevole livello di rigidità, e soprattutto che ogni giurista è portatore di una sua "cultura" formatasi lentamente nel corso della propria vita di studio e lavoro, come tale

(1) GROSSI, Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro, in GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 86.

(2) EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, 1967 (ma 1913), p. 323.

difficilmente modificabile sulla base di impulsi "esterni". Cioché, paradossalmente, se è vero che "tre parole del legislatore" possono vanificare il contenuto di intere biblioteche, è altrettanto vero che tali parole, per quanto rivoluzionarie, difficilmente possono rimodellare nel profondo la concezione individuale del diritto, vale a dire, per l'appunto, le coordinate culturali del giurista.

*Quanto poi all'estrema eterogeneità di formazione che caratterizza gli studiosi delle diverse branche dell'ordinamento giuridico*, è risaputo che il diritto penale costituisce il ramo del diritto di matrice più spiccatamente "autarchica", nel quale si manifestano le fondamentali scelte di valore espressive dell'identità culturale di ciascun Paese, come tali tendenzialmente libere da vincoli "esterni" di matrice inter- o sovra-nazionale (3). Non deve dunque sorprendere il fatto che il diritto penale e i suoi cultori si siano rivelati, rispettivamente, il settore del diritto e la categoria di giuristi più tetragoni ad accettare la primazia e la diretta applicabilità del diritto comunitario, e le forme di condizionamento da esse prodotte sull'ordinamento nazionale.

È tuttavia, se la peculiare impronta "autarchico-statalistica" del diritto penale e dei relativi operatori — sommandosi alle già di per sé rilevanti forze inerziali comuni d'universo giuridico — può spiegare la reticenza ad accogliere una concezione "europeista" del diritto penale e in particolare ad ipotizzare una sia pur parziale unificazione su scala continentale di questa branca del diritto, essa è però riuscita solo a ritardare ma non a precludere in radice il riconoscimento sia delle diverse forme di influenza del diritto comunitario sul diritto penale, sia delle pressanti esigenze di cooperazione e di armonizzazione dei sistemi penali nazionali correlate all'attuale processo di costruzione di un'Unione a carattere pre-federale (4). D'altronde, qualsiasi atteggiamento radicale volto a

(3) In argomento cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, I tre volti del "diritto penale comunitario", in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di L. PICOTTI, Milano, 1999, pp. 42-43.

(4) Per una retrospettiva storica dell'idea federalista in ambito europeo cfr., per tutti, *Per una Costituzione federale dell'Europa*. Lavori preparatori del comitato di studi presieduto da P.H. Spaak 1952-1953, a cura di D. Preda, Padova, 1996; ALBERTINI, *Storia del federalismo*, Torino, 1973; ORSELLO, *Ordinamento comunitario e Unione europea*, Milano, 2001, p. 1 ss.; CATTANEO, *Pensiero cattolico e federalismo europeo (1940-1957)*,

sottrarre il campo penale d'influenza del diritto europeo non sarebbe stato tollerato dalla Corte di giustizia CE: la quale anzi, con una giurisprudenza "evolutiva" e talora addirittura "creatrice", ha sottolineato con forza i vincoli derivanti sul piano penale dalla sottoscrizione dei Trattati. Del pari, una drastica astensione dell'Unione dall'assumere in materia penale decisioni funzionali al

Milano, 1990; RENOUVIN, *L'idée de fédération européenne dans la pensée politique du XIX siècle*, Oxford, 1949; RUBIN DE CERVIN ALBRIZZI, *Altiero Spinelli e il federalismo europeo 1945-54*, Milano, 1992; SACCHETTI BERTI, *Precedenti storici dell'idea federale in Europa*, Torino, 1964; SPINELLI, *Dagli Stati sovrani agli Stati Uniti d'Europa*, Firenze, 1950; VOYENNE, *Histoire de l'idée européenne*, Paris, 1964.

Sulla probabile evoluzione in senso federale dell'Unione europea cfr., d'interno di una bibliografia ormai sconfinata, *L'avenir de l'Union européenne: élargir et approfondir*, a cura di J. Vandamme e J. D. Mouton, Bruxelles, 1995; Europa: *l'integrazione flessibile*, a cura del Centre for Economic Policy Research, Bologna, 1996; Interviste *sull'Europa*, a cura di A. Loretoni, Roma, 2001, e bibliografia ivi riportata; Sviluppo e occupazione *nell'Europa federale: itinerari giuridici e socioeconomici su regioni e autonomie locali*, a cura di G. Ferraro, Milano, 2003; *Federalism, Unification and European Integration*, a cura di JEFFERY, STURM, London, 1993; BOUQUELLE-PICARD, *La supranationalité en Europe*, in *Annales de droit de Louvain*, 1992, p. 231 ss.; BOURJOL, *Intercommunalité et Union européenne. Réflexion sur le fédéralisme*, Paris, 1994; CLOOS, REINESCH, VIGNES E WEYLAND, *Le Traité de Maastricht*, Bruxelles, 1994, in particolare p. 115; COFFEE, *The future of Europe*, Cheltenham-Glos, 1995; COLEMAN, *The Community after Maastricht: How federal?*, in *New European*, 1992, n. 3, p. 2 ss.; LA PERGOLA, *L'Unione europea: una federazione non dichiarata*, in *Europaforum*, 1992, n. 1, p. 7 ss.; ID., *Sguardo sul federalismo e i suoi dintorni (una celebre dicotomia: "Stato federale-confederazione", la confederazione di tipo antico e moderno, l'idea europeista di Comunità)*, in *Dir. soc.*, 1992, p. 491 ss.; MAILLET, VELO, *L'Europe à géométrie variable. Transition vers l'intégration*, Paris, 1994; MARTIAL, *Oltre Maastricht, Sovranità nazionale e federazione*, in *Il Mulino*, 1992, p. 481 ss.; ORSELLO, *Ordinamento comunitario e Unione europea*, Milano, 2001, p. 1049 ss.; ID., *Il principio di sussidiarietà nella prospettiva dell'attuazione del Trattato sull'Unione europea*, Roma, 1993, p. 90; QUERMONNE, *Trois lectures du Traité de Maastricht. Essai d'analyse comparative*, in *Rev. franç. sc. pol.*, 1992, p. 802 ss.; PLIAKOS, *La nature juridique de l'Union européenne*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1993, p. 187 ss.; SANDHOLTZ, *European Integration and Supra-national Governance*, Oxford, 1998; SIDJANSKI, *L'avenir fédéraliste de l'Europe. La Communauté européenne des origines au traité de Maastricht*, Paris, 1992 (trad. inglese con sostanziali modifiche e aggiornamenti dal titolo *The federal Future of Europe*, the University of Michigan, 2000, con ulteriori riferimenti bibliografici a p. 443 ss.; trad. it. *Per un federalismo europeo: una prospettiva inedita sull'Unione europea*, Milano, 2002); TIZZANO, *Appunti sul trattato di Maastricht: struttura e natura dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 226; TOULEMON, *La construction européenne*, Paris, 1994, p. 194 ss.; TIZZANO, *Appunti sul trattato di Maastricht: struttura e natura dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 226.

rafforzamento di quello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" evocato dal quarto trattino dell'art. 2 TUE non sarebbe certo stata espressiva della volontà dei cittadini europei, stante che essi (come recenti indagini statistiche dimostrano inequivocabilmente) ritengono indispensabile un intervento "a livello centrale" contro i più pericolosi tipi di delinquenza<sup>(5)</sup>. Ma, a onor del vero, non si può negare che gli stessi Stati membri dell'Unione, resi edotti della necessità di tutelare in modo quanto più possibile uniforme i cosiddetti beni/interessi comunitari e di combattere efficacemente la criminalità transnazionale, già da tempo si stiano adoperando (anche se a volte con inopportuna titubanza) per creare in ambito continentale le condizioni e i meccanismi atti a potenziare la cooperazione penale interstatale e ad avviare un processo di effettivo ravvicinamento dei rispettivi sistemi penali. In vista del raggiungimento di tali scopi, con il Trattato di Maastricht del 1992 è stato infatti istituito il cosiddetto "terzo pilastro" dell'Unione europea<sup>(6)</sup>, il quale in forza dei peculiari strumenti in esso previsti<sup>(7)</sup> ha finito

(5) Cfr., al riguardo, gli elementi contenuti nell'"eurobarometro" dell'aprile 2002, riprodotti alla p. 2, n. 7 de La Convenzione europea. Giustizia e affari interni - stato dei lavori e problematiche generali, Bruxelles, 31 maggio 2002, doc. CONV 69/02.

(6) Con terminologia ormai entrata nel linguaggio corrente dei comunitaristi e degli stessi penalisti, si suole appunto dire che a partire dal Trattato di Maastricht sono stati edificati, accanto al "pilastro" comunitario (CE, CECA, Euratom), due ulteriori "pilastri", corrispondenti a nuovi settori d'intervento non afferenti al tradizionale contesto proprio delle Comunità, ed organizzati non già in forma comunitaria bensì, rispettivamente, in forma confederale e intergovernativa, dunque secondo meccanismi diplomatici di tipo tradizionale. Come noto, il secondo pilastro (previsto dal titolo V del Trattato sull'Unione europea) istituisce una politica estera e di sicurezza comune, fissandone gli obiettivi ed indicandone le modalità di perseguimento. Viceversa il terzo pilastro (previsto dal titolo VI del Trattato sull'Unione europea e significativamente ripulmato in occasione del Trattato di Amsterdam) disciplina la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

(7) Si allude, in particolare, alle decisioni quadro, denominate fino d'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam azioni comuni. Ispirate in parte al metodo della cooperazione intergovernativa e in parte al metodo comunitario, esse mirano non solo ad agevolare la cooperazione giudiziaria (cfr. art. 31, lett. a), b) e d) TUE), ma anche a ravvicinare le normative in materia penale dei Paesi membri (cfr. art. 29, ultimo trattino, TUE), e dunque ad assicurare "la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la (...) cooperazione" (art. 31, lett. c), TUE). In argomento cfr., *infra*, sub par. 9.

col dare vita ad una vera e propria politica criminale di respiro continentale, seppure circoscritta alle "materie di interesse comune" indicate nel suddetto pilastro (8).

In ogni caso, è a tutti chiaro che nell'ambito di tale politica criminale l'Unione europea non si limita più ad auspicare la messa in opera di un complessivo piano di cooperazione giudiziaria e a stimolare una attività "minimalista" di rawicinamento degli ordinamenti penali nazionali; ma al contrario si prefigge — quantomeno in taluni particolari settori di rilievo comune — la realizzazione di una oltremodo penetrante armonizzazione penale se non addirittura la creazione, nel lungo periodo, di un vero e proprio sistema penale unitario. Ne costituisce prova inconfutabile la predisposizione — su impulso della Commissione europea — di un progetto di *Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea* (9). I contenuti e lo spirito stesso di tale progetto (i quali se da un alto appaiono coerenti con gli attuali sviluppi della costruzione europea, dall'altro lato risultano indubbiamente audaci in considerazione degli assai lenti "tempi di risposta" dei sistemi penali alle istanze di carattere sovrastatale) lasciano comunque presagire che la strada verso il recepimento del *Corpus Juris* sarà tutta in salita, e disseminata di ostacoli resi più ardui dalla tuttora perdurante concezione "autarchico-statalista" del diritto penale.

In definitiva, sembra possibile affermare che il diritto penale, senza per questo risultare completamente impermeabile al processo di costruzione europea, manifesta tuttavia una forte tendenza a preservare quell'insieme di valori, tradizioni, assetti, categorie che concorrono a costituire il patrimonio giuridico dei singoli Stati; e che a causa di ciò esso fatica non poco a modellarsi in modo tale da poter

(8) Come precisato dall'art. 29 TUE, le misure preventive e repressive adottate nell'ambito del terzo pilastro devono concernere "il razzismo e la xenofobia", nonché "la criminalità, organizzata e di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani e i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode".

(9) Per il testo di tale progetto cfr. Verso uno spazio giudiziario europeo, Milano, 1997, p. 53 ss. Cfr. altresì, per quanto concerne la nuova versione del *Corpus Juris* elaborata a Firenze nel 1999, La mise en *oeuvre* du *Corpus Juris* dans les *États-Membres*, I, a cura di M. Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele, Antwerpen, Groningen, Oxford, 2000, p. 191 ss.

assolvere ai compiti assegnatigli dalla nuova realtà istituzionale, economica, sociale del nostro continente. Peraltro, un numero sempre maggiore di studiosi e di operatori di settore sta progressivamente prendendo coscienza del fatto che ormai l'Europa, pur non essendo ancora uno Stato federale, sotto il profilo penale pone però sin d'ora tutti i problemi propri degli Stati federali; problemi per la soluzione dei quali appare necessario un radicale mutamento di prospettiva, vale a dire una ferma volontà di superare quei particolarismi nazionalistici che sono di ostacolo al "dialogo" tra gli ordinamenti e alla loro progressiva integrazione.

Nel tentativo di illustrare la lenta e faticosa evoluzione del diritto penale nel segno dell'abbandono della propria configurazione "meramente statalista", in questo lavoro ci si propone innanzitutto di analizzare brevemente le diverse forme di manifestazione dell'attuale processo di europeizzazione del diritto sui sistemi penali, in specie su quello italiano (Sez. I), per poi passare in rassegna talune delle più vistose forme di incidenza di tale processo sulla scienza penale (Sez. II).

### Sez. I: Europeizzazione del diritto e sistemi penali nazionali

#### 2. Il ruolo del Consiglio d'Europa e delle relative convenzioni d'armonizzazione nel tramonto dello statalismo penale. In particolare, il ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Anche rispetto al diritto penale, è indubbiamente difficile stabilire con precisione quando e come "l'età dello Stato-nazione, dei sistemi di diritto nazionale e delle culture giuridiche nazionali" (10) abbia iniziato la sua parabola discendente. Sembra tuttavia di poter dire che, in epoca moderna, il processo di erosione del carattere

(10) SCHULZE, *Un nouveau domaine de recherche en Allemagne: l'histoire du droit européen*, in *Rev. hist. dr. franç. étr.*, 1992, p. 39; BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1991, p. 11 ss.; CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1996, p. 31 ss.; FRAGOLA, ATZORI, *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1990, p. 5 ss.; GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia*, Roma-Bari, 1994, p. 3 ss.; ZWIEGERT, KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, *Principi fondamentali*, Milano, 1992, p. 16 ss.

meramente statale dei sistemi penali europei e della relativa scienza tende a coincidere con la nascita del Consiglio d'Europa, per mezzo del quale ci si proponeva di rafforzare i vincoli tra i Paesi del vecchio continente, onde evitare il ripetersi di tragici conflitti causati innanzitutto dalla intolleranza reciproca e dalla contrapposizione tra gli Stati europei. È infatti su impulso del Consiglio d'Europa che sono state varate — nel quadro dell'azione svolta da tale organizzazione internazionale nei più diversi campi <sup>(11)</sup>, e segnatamente nell'ambito dei molteplici accordi da esso promossi — numerose convenzioni in materia penale. Tali atti, come noto, non si limitano a predisporre strumenti giuridici di cooperazione internazionale nella lotta contro il crimine, ma talora sono diretti anche ad armonizzare gli ordinamenti penali nazionali in prospettiva di tutela dei diritti fondamentali, nonché a ravvicinare e financo unificare le legislazioni nazionali limitatamente a taluni fenomeni criminali di rilievo europeo <sup>(12)</sup>: si pensi, in particolare, alle convenzioni in tema di tutela dei dati personali, terrorismo, riciclaggio, bioetica, beni archeologici e culturali, corruzione, ambiente, nelle quali appare evidente lo sforzo di favorire una effettiva armonizzazione di talune norme incriminatrici di settore in vista di una più efficace lotta alla delinquenza <sup>(13)</sup>. Risulta tuttavia evidente che fra tutte le convenzioni elaborate in oltre cinquant'anni dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, quella di gran lunga più importante sia per il suo stesso oggetto, sia per l'originale e assai significativo *meccanismo* di controllo in essa previsto è la Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) firmata a Roma il 4 dicembre 1950. Nel dare perfetta attuazione allo scopo del Con-

<sup>(11)</sup> Vale a dire nei campi economico, sociale, culturale, scientifico, giuridico, amministrativo: cfr. l'art. 1 dello Statuto del Consiglio d'Europa firmato a Londra il 5 maggio 1949.

<sup>(12)</sup> Cfr., fondamentalmente, PALAZZO, *L'influenza dell'attività* del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, p. 633 ss. Sul ruolo delle convenzioni nel processo di ravvicinamento dei sistemi penali europei cfr. altresì, da ultimo, BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens*, in *Archives de politique criminelle*, n. 24, Paris, 2002, p. 208 ss.

<sup>(13)</sup> Cfr., per tutti, MANACORDA, *L'armonizzazione* dei sistemi penali: una introduzione, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Milano, 2000, p. 46, e bibliografia ivi riportata alla nt. 36.

siglio d'Europa <sup>(14)</sup>, tale convenzione contiene infatti un insieme di principi e di regole che, in quanto prevalenti sulle norme penali interne precedenti e successive <sup>(15)</sup>, costituiscono di fatto una *lex superior* rispetto alle leggi ordinarie degli Stati. In tal modo si realizza una sorta di "giustizia costituzionale sovranazionale" <sup>(16)</sup>, che integra e affianca le forme di controllo costituzionale eventualmente previste nei singoli Stati. Con l'avvento della CEDU si assiste così al sorgere di un "diritto comune delle garanzie" cui il diritto penale dei singoli Stati deve conformarsi: se non di federalismo, sembra allora possibile parlare già di transnazionalismo <sup>(17)</sup>, il quale si traduce nel parziale superamento della supremazia assoluta dei Parlamenti e delle loro leggi ad opera di una fonte di diritto internazionale.

Ben si spiega quindi che, anche ma non solo in Italia, gli studiosi e gli operatori del diritto più fortemente ancorati ad una concezione tradizionale dello Stato e delle sue prerogative si siano affannati a neutralizzare al massimo gli effetti prodotti dalla CEDU sull'ordinamento giuridico-penale. E ciò, sia attribuendo in via interpretativa a quest'ultima un rango puramente legislativo <sup>(18)</sup>, sia considerando

<sup>(14)</sup> Sempre ai sensi dell'art. 1 dello Statuto del Consiglio d'Europa, scopo di tale organizzazione è infatti quello "di conseguire una più stretta unione tra i suoi membri per salvaguardare e promuovere gli ideali e i principi che costituiscono il loro comune patrimonio...", in vista dello "sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

<sup>(15)</sup> Sia in virtù del rango supra-costituzionale, costituzionale o comunque sovra-legislativo di volta in volta attribuito alla convenzione nei diversi Stati membri (cfr., al riguardo, Annexe 2, in *Raisonnement la raison d'Etat*, a cura di Delmas-Marty, Paris, 1989, p. 506 ss.), sia in virtù di una particolare capacità di resistenza riconosciuta alle disposizioni convenzionali rispetto a qualsivoglia legge successiva volta a prevedere un più basso standard di tutela dei diritti dell'uomo (cfr., per tutti e sulla base di differenti argomentazioni, NOCERINO GRISOTTI, *Valore ed efficacia* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo *nell'ordinamento* italiano, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale*, ricerca diretta da Biscottini, Milano, 1981, p. 130; CONFORTI, *La specialità dei trattati internazionali eseguiti nell'ordine interno*, in studi in onore di Balladore Pallieri, II, Milano, 1978, p. 187 ss.

<sup>(16)</sup> Cfr., in particolare, CAPPELLETTI, *Giustizia costituzionale soprannazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 1 ss.

<sup>(17)</sup> Cfr. CAPPELLETTI, *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1981, p. 647.

<sup>(18)</sup> Con conseguente possibilità di ammettere che leggi successive alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e rispetto ad essa meno garantiste possano derogarla.

talune sue disposizioni *not self-executing* <sup>(19)</sup>, sia infine interpretando restrittivamente i diritti sanciti dalla CEDU, e conseguentemente negando che quest'ultima possa offrire una tutela più organica o più accentuata di quella già prevista dalla Costituzione e dalle leggi nazionali <sup>(20)</sup>. Resta comunque il fatto che — sull'onda della incessante opera di sensibilizzazione svolta dalla migliore dottrina, e soprattutto grazie alla giurisprudenza dinamica della Corte europea dei diritti dell'uomo, che consente una sempre più chiara visione della "dimensione concreta" delle garanzie offerte dalla CEDU anche e soprattutto in materia penale — le suddette forme di "resistenza nazionalistica" alla CEDU stanno progressivamente venendo meno. Prova ne sia che l'impatto di quest'ultima sul nostro ordinamento giuridico è andato via via intensificandosi, come testimoniato dalle ormai numerose riforme della legislazione penale italiana esplicitamente o implicitamente volte a consentire un adeguamento agli *standards* di garanzia di matrice convenzionale <sup>(21)</sup>.

In definitiva, sebbene già il periodo intercorrente tra le due guerre mondiali fosse stato caratterizzato da tentativi non trascurabili di integrazione sovranazionale in ambito penale (\*\*), sembra quindi possibile ribadire che solo con le convenzioni del Consiglio d'Europa — e soprattutto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e con la relativa giurisprudenza dei giudici di Strasburgo — è stato avviato un vero e proprio processo di riscoperta della

---

*Sul punto cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, PALAZZO, BERNARDI, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze, in Riv. intern. dir. uomo, 1988, p. 33 ss.*

<sup>(19)</sup> Cioè non direttamente applicabili in assenza di provvedimenti interni deputati a precisarle o completarle. Cfr., ad esempio, ALBANO, *Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1991, p. 719.

<sup>(20)</sup> In dottrina cfr., emblematicamente, CIANCI, *Gli operatori del diritto e i diritti dell'uomo*, in *Giust. pen.*, 1982, III, c. 313.

<sup>(21)</sup> Cfr., ad esempio, CHIAVARIO, *Cultura italiana del processo penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: frammenti di appunti e spunti per una "microstoria"*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1990, p. 462 ss.; STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992, p. 85 ss., 135, 140; volendo, BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, p. 145 ss.

<sup>(22)</sup> Ne costituiscono prova i numerosi convegni sull'unificazione del diritto criminale organizzati in tale periodo dall'Associazione internazionale di diritto penale.

dimensione "europea" del diritto penale. Dimensione, questa, che verrà comunque assumendo profili più netti con il sorgere e con il progressivo evolversi della Comunità e dell'Unione europea.

### 3. *L'avvento della Comunità europea e le diverse forme di influenza del diritto comunitario sul diritto penale.*

Se, come sopra accennato, il Consiglio d'Europa è stato creato essenzialmente con lo scopo di realizzare una più stretta unione fra i Paesi membri al fine di salvaguardare e promuovere gli ideali ed i principi costituenti il loro comune patrimonio, gli obiettivi della Comunità europea sono stati sin dall'inizio ancora più ambiziosi e soprattutto più concreti. Secondo quanto affermato nel preambolo del Trattato CEE del 1957, tale organizzazione è sorta infatti per "assicurare mediante un'azione comune il progresso economico e sociale" dei Paesi membri, "eliminando le barriere che dividono l'Europa". Per l'attuazione di un programma di così grande impegno, agli organi della Comunità sono stati attribuiti poteri assai incisivi, in seguito ulteriormente rafforzati con l'evolversi dei Trattati. Inevitabilmente, la Comunità ha quindi in parte sminuito il ruolo del Consiglio d'Europa <sup>(23)</sup>, anche in ragione del fatto che, attraverso la valorizzazione del cosiddetto "diritto comunitario non scritto" <sup>(24)</sup> quale rimedio alle lacune dei Trattati, essa ha finito con l'ingerirsi nella tutela dei diritti fondamentali, la quale costituiva per l'appunto il prioritario settore di intervento del Consiglio d'Europa.

Vero è però che tra i poteri attribuiti agli organi comunitari dai Trattati (Tr. CE, Tr. CECA, Tr. Euratom) non erano inclusi — e tuttora in linea di principio non sono inclusi — quelli in materia penale. L'idea secondo cui "il diritto penale non rientra nelle

---

<sup>(23)</sup> Cfr., sul punto, GREMENTIERI, voce *Consiglio d'Europa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, 1989, p. 419.

<sup>(24)</sup> In merito al quale cfr., per tutti, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 521 ss. e bibliografia ivi riportata; CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, p. 409 ss.; CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1986, p. 545 ss.; VACCA, *L'integrazione dell'ordinamento comunitario con il diritto degli Stati membri e con i principi generali di diritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1991, p. 339 ss.

competenze della Comunità, ma in quelle di ciascuno Stato membro" veniva del resto confermata dalla lettura di taluni documenti comunitari<sup>(25)</sup>, ed ulteriormente ribadita financo dalla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>(26)</sup>. Resta il fatto che, nonostante l'assenza di ogni esplicita competenza in materia penale della Comunità, nel corso di questi decenni il diritto comunitario è riuscito a svolgere una progressiva azione di "europeizzazione" del diritto criminale condotta a più livelli, e in particolare: contribuendo a mutare all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali i fondamentali profili di molte fattispecie penali nel segno di una loro graduale armonizzazione; favorendo l'introduzione ex novo, nei singoli Stati membri, di un numero ancora maggiore di fattispecie caratterizzate da una precettistica assai omogenea da un Paese all'altro; imponendo la disapplicazione in tutto o in parte di talune norme incriminatrici; condizionando in modo vieppiù evidente la scelta delle sanzioni applicabili dagli Stati membri non solo in sede di attuazione del diritto comunitario, ma anche in sede di normazione rispetto a materie aventi rilevanza comunitaria, in quanto interferenti con l'ambito applicativo di norme CE; dando vita a un sistema punitivo accentratore di tipo para-penale.

La comprensione di questa articolata fenomenologia, destinata a modificare nel profondo i tratti salienti dei sistemi penali (e più in generale dei sistemi sanzionatori) nazionali può essere adeguatamente compresa ove si tengano presenti due distinti fattori, tra loro strettamente connessi: a) le fonti comunitarie sia primarie (Trattati e principi generali del diritto) sia secondarie (regolamenti e direttive) risultano in una posizione di primato rispetto al diritto interno, e si rivelano nella massima parte dei casi dotate di efficacia diretta; b) la Comunità europea, sebbene in linea di principio priva di competenza penale, attraverso il principio di fedeltà comunitaria di cui all'art. 10 TCE<sup>(27)</sup> e attraverso il principio "non scritto" di propor-

<sup>(25)</sup> Cfr., in primis, l'Ottava relazione generale sull'attività delle Comunità europee del 1974, Bruxelles-Lussemburgo, 1975, p. 145, par. 90.

<sup>(26)</sup> Cfr., in particolare, sent. 11 novembre 1981, causa 203/80 (Casati), in Racc., 1981, p. 2595; ord. 17 ottobre 1984, cause 83-84/84 (N.M. c. Commissione e Consiglio CE), in Racc., 1984, p. 3575. In dottrina cfr., in particolare, GRASSO, Comunità europee e diritto penale, Milano, 1989, p. 1.

<sup>(27)</sup> In base al quale "Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere

zione può però sindacare l'idoneità delle sanzioni nazionali (anche penali) introdotte per assicurare l'esecuzione dei Trattati e degli atti comunitari, ed è inoltre legittimata da tutta una serie di norme contenute nei Trattati a irrogare sanzioni amministrative a contenuto punitivo-afflittivo, talora anche molto severe.

Da tali fattori discendono, per l'appunto, tutti i fenomeni di "europeizzazione" del diritto penale cui si è fatto sopra cenno, e che qui di seguito verranno sinteticamente analizzati.

#### 4. L'incidenza del diritto comunitario sui precetti penali. L'incidenza interpretativa, integratrice, disapplicatrice.

È dunque giunta l'ora di passare all'esame le diverse forme di incidenza del diritto comunitario sui precetti penali nazionali che derivano dai principi del primato e dell'efficacia diretta del diritto comunitario sulla normativa dei Paesi membri. Al riguardo, sembra di poter affermare, in estrema sintesi, che tali forme di incidenza sono fondamentalmente tre: quella interpretativa, quella integratrice, e quella disapplicatrice.

a) L'incidenza c.d. interpretativa deriva dal principio del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, in quanto tale principio opera non solo nei confronti del legislatore nazionale (obbligandolo a varare disposizioni conformi alla normativa CE) e della amministrazione statale (vincolando la sua azione al rispetto dei principi e delle regole di derivazione "europea"), ma anche nei confronti del giudice interno e della relativa attività ermeneutica. In questo senso, tutte le norme (anche penali) di fonte nazionale devono essere da questi "lette", ove possibile, conformemente alle fonti CE, con conseguente rigetto di ogni altra interpretazione di tali norme, se incom-

generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato". In merito a tale principio cfr., ad esempio, BLANQUET, L'article 5 du *Traité CEE. Recherche* sur les obligations de *fidélité* des Etats membres de la *Communauté*, Paris, 1994, e bibliografia ivi riportata; CONSTANTINESCO, L'art. 5 C.E.E., de la *bonnefoi* à la *loyauté* communautaire, in *Liber amicorum* P. Pescatore, Baden-Baden, 1987, p. 97 ss.; SOLLNER, Art. 5 EWG-Vertrag in der *Rechtsprechung* des Europäischen Gerichtshofes, München, 1985.

patibile col diritto "europeo" (28). Ciò potrà comportare il ricorso obbligato a forme di interpretazione delle fattispecie penali a carattere volta a volta sistematico, teleologico, restrittivo o persino estensivo, al fine appunto di evitare quanto più possibile ogni contrasto tra la normativa "europea" e tali fattispecie. Naturalmente, stante il divieto in materia penale di analogia *in malam partem*, lo sforzo del giudice volto a fornire un'interpretazione della fattispecie interna conforme al diritto dell'Unione non potrà spingersi sino ad operare processi interpretativi di tipo analogico o additivo finalizzati a perseguire una inammissibile estensione dell'ambito applicativo della fattispecie in esame, segnatamente in funzione della tutela sanzionatoria dei beni o interessi di rilievo comunitario o comunque di norme prescrittive varate a Bruxelles. Egualmente, il giudice non potrà attribuire alla fattispecie penale nazionale un significato più ristretto rispetto a quello inequivocabilmente fornito dalla lettura della fattispecie in questione, al fine di preservarla da ogni giudizio di "illegittimità comunitaria" (29). Il giudice nazionale dovrà cioè limitarsi, sempre e comunque, a far ricorso alle sole tecniche interpretative consentite in ambito penale dal principio di legalità. Resta comunque il fatto che, anche circoscrivendo entro questi limiti tassativi il potere del giudice di adattare

(28) Circa l'incidenza interpretativa del diritto comunitario sulla fattispecie penale cfr., tra gli altri, BARAV, La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire, in *L'Europe et le droit*. Mélanges en hommage à J. Boulouis, Paris, 1991, p. 8; DANNECKER, *Strafrecht* der Europäischen Gemeinschaft, in *Strafrechtsentwicklung* in Europa, a cura di A. ESER e B. HUBER, vol. 4.3, Freiburg im Breisgau, 1995, p. 64; SATZGER, Die Europaisierung des *Strafrechts*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2001, p. 518 ss., e bibliografia ivi riportata; SCHRÖEDER, *Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht*, Berlin, 2002, p. 321 ss.; ZULEEG, Der *Beitrag* des *Strafrechts* zur Europäischen Integration, in *Europäische Einigung und Europaisches Strafrecht*, a cura di U. SIEBER, Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, p. 41 ss. Nella letteratura italiana cfr., in particolare, RIONDATO, *Competenza* penale della *Comunità* europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza, Padova, 1996, p. 128 ss.; volendo BERNARDI, Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare, in *Annali dell'Università* di Ferrara - *Scienze* giuridiche, vol. XI, Ferrara, 1997, p. 146 ss.; ID., I tre volti del "diritto penale comunitario", cit., p. 60 ss.

(29) In tal caso il giudice, anziché fornire un'interpretazione del precetto penale inammissibile alla luce del relativo testo, dovrà quindi piuttosto disapplicare tale precetto nella misura in cui esso risulti in contrasto con il diritto europeo, salvo poi l'obbligo per il legislatore nazionale di riformare il precetto in questione in modo da renderlo conforme al diritto europeo. Sul punto cfr. *infra*, sub lett. c).

il contenuto delle disposizioni in materia criminale alle esigenze del diritto della Comunità e dell'Unione, il risultato di tali processi ermeneutici sarà quello di una almeno tendenziale armonizzazione della concreta portata di talune norme incriminatrici dotate originariamente, nei singoli Paesi dell'Unione, di ambiti applicativi diversi o quantomeno non coincidenti. Questo fenomeno di convergenza in via interpretativa dell'ambito applicativo di certe fattispecie penali (ma anche punitivo-amministrative) appartenenti a differenti sistemi giuridici nazionali si rivelerà tanto maggiore ove i magistrati — anche a costo di superare i vincoli loro imposti dal principio di stretta legalità — approfittino della difficoltà di distinguere tra ortopedia in via interpretativa e in via analogica (30) per "manipolare" la fattispecie penale in modo tale da farla risultare forzatamente conforme al diritto comunitario. Resta il fatto che, nonostante la plausibilità delle ragioni sottese a tali forzature (31), queste ultime devono essere decisamente stigmatizzate, non potendo certo il giudice interno sostituirsi ai compiti di "fedeltà comunitaria" spettanti al legislatore nazionale.

b) *Una seconda forma di incidenza, concettualmente distinta dalla precedente, è quella c.d. integratrice*, in quanto per l'appunto attuata tramite l'integrazione del precetto penale ad opera della normativa comunitaria. Tale integrazione può aversi essenzialmente in tre casi.

b1) Il primo caso si ha quando il precetto penale risulta *implicitamente* improntato alla tecnica del cosiddetto "rinvio parziale" (32), attraverso il ricorso a "elementi normativi giuridici" (33) implementati da norme di fonte "europea"; vale a dire quando il

(30) Sul punto cfr., ad esempio, GIANFORMAGGIO, voce Analogia, in *Dig. IV* - Disc. priv., 1987, p. 16 dell'estratto; in prospettiva strettamente penalistica HASSEMER, Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? *Sul* divieto di analogia nel diritto penale, in *Testo e diritto*, *Ars* interpretandi, 1997, n. 2, p. 190.

(31) Si pensi, innanzitutto, alla già ricordata esigenza di tutelare beni protetti dalla normativa comunitaria, nonché all'avvertita esigenza di non esporre lo Stato di appartenenza ad una condanna da parte della Corte di giustizia per mancato rispetto dell'obbligo di garantire, attraverso adeguate sanzioni, l'effettività del diritto comunitario.

(32) In merito a tale tecnica cfr. da ultimo, volendo, BERNARDI, Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 99 ss.

(33) In relazione ai quali cfr., ad esempio, MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 71.



precetto in questione contiene "unità linguistiche qualificate" (34) che rimandano, per la conoscenza del loro esatto significato, a disposizioni legali di matrice *ab origine* comunitaria, ovvero a disposizioni extrapenali *ab origine* nazionali ma modificate in un secondo momento da norme di diritto comunitario. Il pensiero corre, ad esempio, ai termini "rifiuti", "mezzo pubblico", "genuinità", ai quali norme di diritto comunitario hanno conferito *ex novo* una dimensione "normativo-giuridica" (35), ovvero hanno attribuito un'accezione diversa da quella ad essi originariamente attribuita dalla previgente normativa interna (36);

b2) Il secondo caso di incidenza integratrice si ha quando il precetto penale risulta *esplicitamente* improntato alla tecnica del rinvio cosiddetto "parziale" ed "elastico" (37). Ciò accade quando tale precetto penale si presenta palesemente incompleto o se si preferisce "parzialmente in bianco" (38), in quanto destinato ad essere integrato e specificato — in modo per l'appunto "elastico" — da norme di fonte "europea", ovvero da norme extrapenali a contenuto tecnico originariamente previste da fonti nazionali ma successivamente modificate o integralmente sostituite da norme di fonte "europea".

b3) Il terzo caso di incidenza integratrice si ha quando il

(34) GIUNTA, Illiceità e colpevolezza nella responsabilità *colposa*, I - La fattispecie, Padova, 1993, p. 253 ss.

(35) Si pensi, ad esempio, al termine "genuinità", il quale in taluni casi è trapassato da elemento naturalistico (la c.d. "genuinità naturale", che si riscontra nel caso in cui la genuinità si fonda su parametri per così dire "naturali", in quanto non specificati da apposite norme ma lasciati alla valutazione discrezionale del giudice) a elemento normativo-giuridico a carattere comunitario (nel caso in cui il termine "genuinità" debba essere valutato dal giudice non già sulla base del parametro costituito dalla composizione "naturale" del prodotto stesso, ma per l'appunto sulla base di nuove, specifiche norme contenute in un atto comunitario).

(36) In argomento cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, I tre volti del "diritto penale comunitario", cit., p. 62 ss.; DANNECKER, *Entsanktionierung der Straf- und Bußgeldvorschriften des Lebensmittelrechts*, Baden-Baden, 1996, p. 88 ss.; SATZGER, *Die Europaisierung des Strafrechts*, cit., p. 571 ss.

(37) Il rinvio viene detto "elastico" nel caso in cui la fattispecie incriminatrice rinviante preveda un automatico adeguamento dei suoi contenuti precettivi sulla base dei mutamenti delle norme extrapenali integratrici succedentisi nel tempo.

(38) In argomento cfr., da ultimo e diffusamente, SATZGER, *Die Europaisierung des Strafrechts*, cit., p. 210 ss.

precetto penale è costruito in forma di rinvio "totale" ad una norma di fonte europea, cosicché l'apporto del legislatore nazionale nella formulazione della fattispecie consiste solo nel comminare le sanzioni applicabili in caso di violazione delle relative prescrizioni comunitarie (39). Questa ultima e più macroscopica forma di incidenza, che finisce oviamente col privare il legislatore nazionale del momento più "nobile" della sovranità punitiva (40), si ha soprattutto (ma non solo) nei casi in cui all'interno dei singoli Stati membri debba darsi attuazione sanzionatoria a norme contenute in regolamenti comunitari (41). Infatti, in ragione del primato di tali regolamenti sulla normativa interna e della loro diretta applicabilità (\*), agli organi legislativi dei Paesi membri è inibito non solo di rielaborare le prescrizioni comunitarie nell'ambito di un nuovo precetto penale "nazionalizzato", ma persino di riprodurre testualmente queste ultime in un atto normativo interno (43). Soltanto in tal modo,

(39) Merita di essere precisato che nei sistemi penali dei Paesi europei maggiormente sensibili al principio di legalità-riserva di legge (tra i quali rientra indubbiamente l'Italia) tale forma di rinvio può aversi solo con riferimento a una norma comunitaria preesistente alla norma penale rinviante; mentre nei sistemi penali caratterizzati da un approccio più disinvolto alle fonti di produzione delle disposizioni penali il rinvio in questione può avere ad oggetto anche norme comunitarie di futura emanazione. Così, ad esempio, in Francia, sono ammesse norme penali che prevedono rinvii estremamente generici a regolamenti comunitari futuri. Cfr., per esempio, l'art. 214-3 del code de la consommation, di cui alla L. 93-949 del 26 luglio 1993 (in *Journal officiel*, 27 luglio 1993, p. 10551). Al riguardo cfr., diffusamente, ROBERT, *L'incrimination par renvoi du législateur national à des règlements communautaires futurs*, in *Mélanges offerts à G. Levasseur*, Paris, 1992, p. 169 ss.

(40) Quello consistente, appunto, nell'individuazione dei comportamenti giuridicamente inammissibili e dunque punibili.

(41) Fra i moltissimi esempi di precetti penali che rinviano integralmente a disposizioni comunitarie a carattere regolamentare, cfr. il testo originario dell'art. 4 comma 1 della l. 4 novembre 1987, n. 460: "1. Chiunque trasgredisce le prescrizioni, i divieti ed i limiti stabiliti negli articoli 15, 16, 22 e nell'allegato VI del regolamento CEE n. 822/87 del Consiglio in data 16 marzo 1987 in materia di dolcificazione, di tagli e di pratiche e trattamenti enologici, è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda da lire un milione a lire venti milioni, salvo che il fatto non costituisca più grave reato".

(42) In base alla quale, come noto, i regolamenti comunitari producono effetti in modo automatico, senza cioè veder condizionata la loro efficacia al varo di provvedimenti di fonte statale.

(43) L'illegittimità di qualsivoglia atto interno riproduttivo o modificativo di un regolamento comunitario è stata sottolineata a più riprese dalla Corte di giustizia. Cfr.,

del resto, può essere fatta salva l'esigenza sia di riservare alla Corte di giustizia il monopolio dell'interpretazione delle norme regolamentari<sup>(44)</sup>, sia di sottrarre queste ultime al controllo nazionale di costituzionalità<sup>(45)</sup>, sia infine di garantire l'effetto immediato e diretto di ogni loro eventuale modifica<sup>(46)</sup>. In definitiva, se è vero che in sede di costruzione del precetto penale la tecnica del rinvio "totale" a norme extrapenali viene talora utilizzata dal legislatore

---

all'interno di una ricchissima giurisprudenza, sent. 18 febbraio 1970, causa 40/69 (Bollmann), in Racc., 1970, p. 69. In senso conforme cfr. ad esempio, nella giurisprudenza costituzionale italiana, sent. 27 dicembre 1973, n. 183, in Giur. cost., 1973, p. 2401, con nota di BARILE, Il cammino comunitario della Corte; sent. 30 ottobre 1975, n. 232, in Foro it., 1976, I, c. 542 ss., con nota di CONFORTI, Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte costituzionale, con ulteriori riferimenti bibliografici. In dottrina cfr., per tutti, GUZZETTA, Costituzione e regolamenti comunitari, Milano, 1994, p. 8 ss. con ulteriori puntualizzazioni e ricchissimi riferimenti bibliografici. Cfr. altresì, in una prospettiva essenzialmente comunitaristica, KOVAR, Rapporti tra diritto comunitario e diritti nazionali, in *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles-Lussemburgo, 1981, p. 137 e bibliografia ivi riportata. Limitatamente alla dottrina penalistica, cfr., tra gli altri, BERNARDI, La *difficile* integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare, in Cass. pen., 1996, p. 997; BIGAY, L'application des règlements communautaires en droit pénal français, in Rev. trim. dr. eur., 1971, p. 58 ss.; GAITO, Sull'efficacia immediata dei regolamenti comunitari nel settore penale, in Giur. it., 1981, p. 453 ss.; PALAZZO, voce Legge penale, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, 1993, p. 351; Id., Introduzione ai principi di diritto penale, Torino, 1999, p. 253 ss.; PEDRAZZI, Droit communautaire et droit pénal des Etats membres, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano, 1981, p. 51 ss.; TRAPANI, voce Legge penale. D) Fonti, in Enc. giur. *Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 11.

(44) Cfr., per tutti, PESCATORE, Art. 177 - Commentaire, in *Traité instituant la CEE* a cura di V. Constantinesco, R. Kovar, J.-P. Jacqué, D. Simon, Paris, 1992, p. 1081 ss.

(45) Quanto meno fatti salvi i casi in cui tali norme risultino in tensione coi principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. La Corte costituzionale italiana ha *invero* affermato che in tali casi "anche il diritto derivato può essere censurato in via indiretta per il tramite della legge di esecuzione del trattato" AMOROSO, La giurisprudenza costituzionale *nell'anno 1995* in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso una "quarta fase"?, in Foro it., 1996, V, c. 87. Sulla problematica del diritto comunitario secondario confliggente con i diritti fondamentali cfr., relativamente all'esperienza francese, Conseil const., 20 gennaio 1993, sent. 92-316 DC, in Rev. franç. dr. const., 1993, n. 14, p. 375 ss., con note di FAVOREU, FRAYSSINET, PHILIPPE, RENOUX, ROUX. Relativamente all'esperienza spagnola cfr. TRAYTER, La situazione attuale dell'integrazione del diritto comunitario in Spagna. *Riferimento* speciale ai diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1995, p. 960 ss.

(46) Cfr., in particolare, BERNASCONI, L'influenza del diritto comunitario sulle *tecniche* di costruzione della fattispecie penale, in *Indice pen.*, 1996, p. 455 ss.

nazionale anche con riferimento a norme non contenute in regolamenti comunitari, è anche vero che, limitatamente alle norme europee a carattere regolamentare, il ricorso a tale tecnica normativa risulta indotto e favorito da tutta una serie di fattori che trovano le loro radici nei difficili rapporti di integrazione tra diritto comunitario e diritto penale (47).

Come ben si vede, in tutti e tre i casi presi in esame il ricorso a precetti penali siffatti, in minore o maggiore misura integrati nei singoli Stati da norme comunitarie assolutamente identiche<sup>(48)</sup>, o comunque votate a dare vita a disposizioni nazionali alquanto omogenee da uno Stato all'altro<sup>(49)</sup>, implica un processo di tendenziale omogeneizzazione di tali precetti a livello interstatale, o addirittura comporta la radicale uniformazione di questi in ambito europeo. In particolare, la crescente proliferazione di disposizioni di origine comunitaria sostitutive di precedenti disposizioni extrapenali a carattere puramente nazionale e destinate a integrare in chiave "tecnica" moltissimi precetti penali, non fa che accelerare il fenomeno di armonizzazione/unificazione (o se si preferisce di più o meno intensa "europeizzazione") dei suddetti precetti<sup>(50)</sup>. Naturalmente, tale fenomeno di europeizzazione dei precetti acquista il massimo rilievo laddove, come nei casi di rinvio "totale" a fonti comunitarie, siano in realtà queste ultime a formulare il precetto nella sua interezza, residuando al legislatore nazionale, come già

---

(47) Peraltro, sulla opportunità di resistere alle facili lusinghe connesse al ricorso alla tecnica normativa del rinvio "completo" nelle sue diverse configurazioni, tenuto conto dei profili di disfunzionalità insiti in tale tecnica cfr. diffusamente, anche con specifico riferimento ai rapporti di integrazione tra diritto penale e regolamenti comunitari, BERNARDI, Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi *speciali*, cit., p. 95 ss.

(48) Se contenute in regolamenti comunitari.

(49) Laddove tali norme comunitarie siano contenute in direttive d'armonizzazione sufficientemente dettagliate, e dunque destinate ad essere trasposte con poche modifiche *all'interno* dei singoli sistemi giuridici nazionali.

(50) Merita di essere ricordato che la tecnica di integrazione dei precetti penali incentrata su forme esplicite di rinvio "elastico" viene ritenuta da una larga parte della dottrina (almeno nei Paesi più rispettosi del principio di legalità nelle sue diverse espressioni, quali in particolare la Germania e l'Italia) in contrasto col principio di riserva di legge. Ma nemmeno in questi Paesi il dissenso della dottrina è riuscito a frenare il successo decretato dal legislatore alle fattispecie incriminatrici così costruite.

detto, il solo potere di dettare la disciplina sanzionatoria applicabile in caso di violazione della normativa sovrastatale.

c) *Infine, la terza forma di incidenza del diritto comunitario sui precetti penali consiste nella disapplicazione da parte del giudice nazionale di quelli incompatibili con norme europee primarie* <sup>(51)</sup> *o secondarie* <sup>(52)</sup>, in quanto volti per l'appunto a punire fatti consentiti dalla legislazione europea. Tale meccanismo di disapplicazione giudiziaria <sup>(53)</sup> — che costituisce una conseguenza dei principi del primato e dell'effetto diretto del diritto comunitario sul diritto interno — può investire il precetto penale nella sua interezza (qualora quest'ultimo confligga insanabilmente con principi o regole di fonte comunitaria, con conseguente assoluta inapplicabilità della

<sup>(51)</sup> Un esempio di contrasto con norme CE primarie è offerto da talune fattispecie penali nazionali volte a tutelare un regime di controllo dei prezzi su taluni prodotti importati o nazionali, la cui disapplicazione discende dalla incompatibilità delle suddette norme col principio del divieto di misure d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa d'importazione, previsto dall'art. 28 (in precedenza, art. 30) TCE. Cfr., per tutti, GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 278, con puntuali riferimenti giurisprudenziali.

<sup>(52)</sup> Un esempio di contrasto con norme CE secondarie è stato offerto dalla normativa penale italiana (cfr. art. 112, r.d. 12 maggio 1927, n. 824, in relazione all'art. 1, d.m. 21 maggio 1974) volta a colpire il mancato rispetto delle procedure di autorizzazione e di controllo delle condizioni di funzionamento di apparecchi la cui pressione fosse risultata superiore a precisi limiti, in seguito modificati ad opera di una disposizione comunitaria direttamente applicabile (cfr. la direttiva 767 del 1976, in GUCE L 262 del 27 settembre 1976, p. 153 ss.). Tale disposizione comunitaria — anche alla luce dell'evoluzione delle tecnologie avutesi nell'arco di tempo intercorso dal varo della legge italiana in materia — fissa limiti di pressione più elevati dei precedenti, rendendo così lecito il mancato controllo o la mancata verifica di apparecchi con una pressione superiore a quella consentita in base alla legge italiana, purché siano rispettati i nuovi limiti fissati dalla disciplina comunitaria in questione (cfr., Pret. Desio, sent. 15 gennaio 1980, in Riv. it. dir. proc. pen., 1982, p. 402 ss., con nota di MUCCIARELLI, Osservazioni in tema di immediata applicabilità delle direttive comunitarie in materia penale).

<sup>(53)</sup> In merito al quale cfr., per tutti e limitatamente alla dottrina penalistica italiana, GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 269 ss.; MANACORDA, *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *Studium iuris*, 1997, p. 947 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 978; PEDRAZZI, *Droit communautaire et droit pénal des États membres*, cit., p. 57 ss.; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984, p. 102 ss. e p. 206 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995, p. 34; TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1993, p. 213-214.

relativa fattispecie penale) (54); oppure può interessare solo una parte del precetto (nei casi in cui esclusivamente una parte dei comportamenti da questo vietati siano considerati leciti in base alla normativa europea). Resta comunque il fatto che sia nei casi di disapplicazione totale sia in quelli di disapplicazione parziale dei precetti penali nazionali si realizza una sorta di ravvicinamento "in negativo" dei relativi sistemi penali. Ravvicinamento consistente, per l'esattezza, in un processo di erosione degli ambiti del penalmente rilevante destinato a inibire un utilizzo delle fattispecie penali nazionali in contrasto col diritto sovrastatale. Anche per questa via, dunque, i precetti penali, senza con ciò divenire necessariamente uguali da uno Stato all'altro, sono pur tuttavia assoggettati ad un processo di tendenziale "europeizzazione".

##### 5. *L'influenza del diritto comunitario sulla disciplina punitiva. Gli effetti di armonizzazione sanzionatoria prodotti dalle fonti CE di diritto derivato.*

Se, come in precedenza accennato, le plurime forme di incidenza del diritto comunitario sui precetti penali nazionali discendono tutte, essenzialmente, dai "principi-cardine" del primato e dell'efficacia diretta del diritto comunitario sulla normativa dei Paesi membri, le forme di influsso del diritto comunitario sulle scelte punitive nazionali discendono innanzitutto dal principio "non scritto" di proporzione e dal principio di fedeltà comunitaria di cui all'art. 10 TCE.

In estrema sintesi, è possibile affermare che le forme di influsso da ultimo ricordate sono dovute all'azione sia del legislatore comunitario sia della Corte di giustizia, e operano nella duplice prospettiva di imporre sanzioni sufficientemente severe ed effettive da garantire il rispetto delle disposizioni di fonte comunitaria all'in-

<sup>(54)</sup> Come ricordato supra, sub nt. 29, tale fattispecie dovrà pertanto, per ragioni di certezza del diritto, essere al più presto abrogata dal legislatore: cfr. Corte di giustizia, sent. 15 ottobre 1986, causa (Commissione c. Repubblica italiana), in Dir. com. scambi intern., 1987, p. 105 ss., con nota di ZILJOLI, Recenti sviluppi sul contrasto tra norme nazionali e disposizioni comunitarie, p. 110 ss.

terno dei singoli Stati membri, ovvero di inibire il ricorso a sanzioni nazionali sproporzionate per eccesso.

Per quanto riguarda l'influsso esercitato dalla legislazione comunitaria secondaria sulle scelte punitive nazionali, occorre subito sottolineare che esso opera solo in relazione d'attuazione sanzionatoria dei testi normativi CE. Per di più, tale influsso mira sostanzialmente ad assicurare l'efficacia preventivo-repressiva delle misure punitive nazionali, che come appena ricordato si verifica quando queste ultime presentano un coefficiente di severità tale da garantire una tutela effettiva delle norme "europee".

Vero è peraltro che il più delle volte le fonti comunitarie in questione (regolamenti e direttive) lasciano un notevole margine di discrezionalità agli Stati, limitandosi a decretare l'obbligo in capo ad essi di colpire le violazioni delle disposizioni ivi contenute con sanzioni "adeguate" ovvero "proporzionate", "appropriate", "efficaci", "sufficientemente dissuasive" (55). Non mancano, tuttavia, atti comunitari che si premurano di fissare in modo preciso la tipologia (56), l'entità (57) e persino le specifiche finalità (58) delle sanzioni

(55) Cfr., d'interno di un vastissimo campionario di atti comunitari, l'art. 7 del reg. CEE 3842/86 del Consiglio del 1° dicembre 1986 "che fissa misure intese a vietare l'immissione in libera pratica di merci contraffatte" (in GUCE, L357 del 18 dicembre 1986, p. 3); l'art. 8 del reg. CEE 3677/90 del Consiglio del 13 dicembre 1990 "recante misure intese a scoraggiare la diversione di talune sostanze verso la fabbricazione illecita di stupefacenti o di sostanze psicotrope" (in GUCE, L357 del 20 dicembre 1990, p. 4); l'art. 39/3 del reg. CEE 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 "relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (GEIE)" (in GUCE, L199 del 31 luglio 1985, p. 9); l'art. 13 della dir. 89/592/CEE del 13 novembre 1989 "sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*)" (in GUCE, L334 del 18 novembre 1989, p. 30); l'art. 14 dalla dir. del Consiglio 91/308/CEE del 10 giugno 1991 "relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite" (in GUCE, L166 del 28 giugno 1991, p. 77); l'art. 16 della dir. 91/477/CEE del Consiglio del 18 giugno 1991 "relativa al controllo dell'acquisizione e della detenzione di armi" (in GUCE L256 del 13 settembre 1991, p. 55); l'art. 8 della dir. 92/109/CEE del Consiglio del 14 dicembre 1992 "relativa alla fabbricazione e all'immissione in commercio di talune sostanze impiegate nella fabbricazione illecita di stupefacenti o di sostanze psicotrope" (in GUCE, L370 del 19 dicembre 1992, p. 79).

(56) Cfr., ad esempio, l'art. 3 del reg. CEE n. 2262/84 "che prevede misure speciali nel settore dell'olio d'oliva" (in GUCE, L208 del 3 agosto 1984, p. 11 ss.), il

nazionali volte a salvaguardare i precetti da essi introdotti (59), lasciando quindi un assai ridotto spazio di autonomia al legislatore nazionale. In nessun caso, comunque, i suddetti atti si sono spinti sino a sancire un espresso obbligo in capo agli Stati di introdurre sanzioni formalmente penali: il legislatore "europeo" ha infatti preferito lasciare ai Paesi membri la possibilità di scegliere se far uso di sanzioni di tipo criminale ovvero di tipo amministrativo in sede di attuazione del diritto comunitario derivato (60). Il mantenimento di questo margine di discrezionalità nazionale — dovuto essenzialmente ai dubbi esistenti in merito al fatto che gli Stati europei, con la ratifica dei Trattati, abbiano acconsentito ad una almeno parziale perdita di sovranità in materia penale — potrebbe tuttavia essere superato in un prossimo futuro. È infatti attualissimo il dibattito sull'esistenza o meno nel Trattato CE di basi giuridiche atte a consentire agli organi comunitari deputati a redigere la normativa

quale impone di sanzionare le infrazioni al regime di aiuto alla produzione con sanzioni pecuniarie proporzionali alla "dimensione del fatto illecito".

(57) Cfr., esemplificativamente, la raccomandazione CECA n. 1835/81, la quale all'art. 16 dispone che la violazione degli obblighi ivi previsti relativamente alla pubblicazione dei prezzi e alle condizioni di vendita dell'acciaio sia punita con sanzioni pecuniarie di cui viene stabilito il limite edittale massimo.

(58) Per esempio, la finalità di "privare effettivamente i responsabili del beneficio economico derivante dall'infrazione": art. 11-quater del reg. CEE n. 3483/88 del Consiglio del 7 novembre 1988 "che modifica il regolamento (CEE) n. 2241/87 che istituisce alcune misure di controllo delle attività di pesca" (in GUCE, L306 dell'11 novembre 1988, p. 2 ss.).

(59) Per ulteriori esempi di penetranti vincoli alle scelte sanzionatorie nazionali in caso di violazione delle prescrizioni comunitarie cfr., tra gli altri: l'art. 31 del reg. CE 2847/93 del Consiglio del 12 ottobre 1993 "che istituisce un regime di controllo applicabile nell'ambito della politica comune della pesca" (in GUCE L261 del 20 ottobre 1993, p. 1 ss.); l'art. 4 del reg. CE 858/94 del Consiglio del 12 aprile 1994 "che istituisce un regime di registrazione statistica relativo al tonno rosso (*Thunnus thynnus*) nella Comunità" (in GUCE L99 del 19 aprile 1994, p. 1 ss.).

(60) Per la verità, a più riprese il legislatore comunitario ha cercato di prevedere a carico degli Stati puntuali obblighi di incriminazione, ma sinora tutti i progetti di atti orientati in tal senso si sono invariabilmente arenati a causa del comportamento ostruzionistico degli Stati membri. Per un rapido esame di taluni progetti di direttive contenenti norme a carattere esplicitamente penale poi abortite per il fermo dissenso del Consiglio cfr. DURONT, Droit pénal et *Union Européenne*: un mariage difficile, in *Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier*, Berna, 1996, p. 266.

europea di obbligare gli Stati membri a introdurre sanzioni penali a tutela di disposizioni contenute in testi di diritto derivato; dibattito reso più acceso dalla recente presentazione di importanti progetti e proposte di direttive contenenti, per l'appunto, obblighi di incriminazione a carico degli Stati membri in caso di violazione delle relative prescrizioni<sup>(61)</sup>.

A favore della possibilità per il legislatore comunitario di introdurre obblighi siffatti si sono già espressi a più riprese la Commissione<sup>(62)</sup>, il Consiglio per bocca del suo servizio giuridico<sup>(63)</sup> e il Parlamento europeo<sup>(64)</sup>, quest'ultimo in particolare per bocca della "Commissione giuridica e per il mercato interno"<sup>(65)</sup> e della "Commissione per le libertà e i diritti dei cittadini"<sup>(66)</sup>. Anche la prevalente dottrina appare concorde in merito a questa possibilità, specie nel caso in cui gli obblighi d'incriminazione siano contenuti in direttive. Il tal caso, infatti, nonostante il ben noto problema connesso al *deficit democratico comunitario*<sup>(67)</sup>, detti obblighi non sem-

(61) Cfr. la "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità", COM (2001) 272, in GUCE C 240 E del 28 agosto 2001 pag. 125 ss. E cfr. altresì la "Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale", COM (2001) 139 def., in GUCE C 180 E del 26 giugno 2001, pag. 238.

(62) La quale da molti anni si batte per il riconoscimento di una piena competenza penale della Comunità, ancorché se del caso circoscritta alla tutela degli interessi finanziari CE. Cfr., da ultimo, il doc. SEC(2001)227, Documento di lavoro dei servizi della Commissione sullo stabilimento di un acquis relativamente alle sanzioni penali.

(63) Come noto, infatti, il servizio giuridico del Consiglio sostiene che "nella misura in cui il legislatore comunitario ritiene che il rispetto delle norme comunitarie non possa essere assicurato se non attraverso il ricorso a sanzioni penali, in tal caso esso dispone della capacità giuridica di obbligare gli Stati membri a prevedere tali misure": Parlamento europeo, Documento di lavoro sulle basi giuridiche e il rispetto del diritto comunitario, (2001/2151(INI)) del 24 giugno 2002, PE 319.680, p. 7.

(64) Cfr. ancora, per puntuali riferimenti, Parlamento europeo, Documento di lavoro sulle basi giuridiche e il rispetto del diritto comunitario, cit., p. 4 ss.

(65) Cfr. *ivi*, p. 5.

(66) Cfr. doc. A5-390/2001.

(67) È risaputo infatti che il trasferimento alla Comunità di una parte delle competenze statuali, e dunque la sottrazione di queste ultime al potere dei Parlamenti nazionali, non ha trovato quale adeguato pendant l'attribuzione di tali competenze al Parlamento europeo, unico organo della Comunità democraticamente legittimato. Nonostante il progressivo ampliamento dei poteri di tale organo, ancor oggi è essenzialmente il Consiglio europeo a detenere la competenza legislativa in ambito comunitario;

brebbero porre problemi neppure rispetto del principio di legalità in materia penale<sup>(68)</sup>. Ciò, quantomeno, ove in sede di recepimento delle direttive contenenti disposizioni deputate ad essere salvaguardate per mezzo di sanzioni criminali si faccia ricorso nei singoli Stati dell'Unione a meccanismi normativi conformi ai requisiti legali ivi imposti per la creazione di fattispecie penali<sup>(69)</sup>.

In questo senso — nonostante che da ultimo i dubbi circa la

---

di conseguenza, come viene costantemente sottolineato, "il trasferimento di poteri dagli Stati alla Comunità si traduce, in sostanza, in un trasferimento di poteri dai Parlamenti nazionali ai Governi nazionali riuniti nel Consiglio". VILLANI, *Il deficit democratico nella formazione delle norme comunitarie*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1992, p. 600. Cfr. altresì, tra gli altri, CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione comunitaria*, Milano, 1995, p. 67 ss.; VACCA, *Atti comunitari e procedure diformazione*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, p. 520 ss.; volendo BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche, Saggi III*, 1996, p. 82 ss.

(68) In questo senso cfr., in generale e per tutti, BERNARDI, "Principi di diritto e diritto penale europeo, cit., p. 163 ss., e bibliografia ivi riportata; DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 987; FORNASIER, *Le pouvoir repressif des Communautés européennes et la protection de leurs intérêts financiers*, in *Rev. Marché commun*, 1992, p. 413; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale, cit.*, p. 92 ss. e p. 194 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea*, in *Indice pen.*, 1967, p. 328 ss.; ZULEEG, *Der Beitrag des Strafrechts zur Europäischen Integration*, cit., p. 53 ss. In termini più problematici cfr. HUET, KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, 1994, p. 149, con ulteriori riferimenti bibliografici; HUGGER, *The European Community's Competence to Prescribe National Criminal Sanctions*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1995, n. 3, p. 251 ss.; VERVAELE, *Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?*, in *Administrative Law Application and Enforcement of community Law in the Netherlands*, Deventer, 1994, p. 174. La tesi fortemente minoritaria in base alla quale le direttive con obblighi d'incriminazione devono ritenersi in contrasto col principio di legalità è sostenuta da OEHLER, *Der europäische Binnenmarkt und sein wirtschaftsstrafrechtlicher Schutz*, in *Festschrift Baumann, Bielefeld*, 1992, p. 565 ss.; PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umanifondamentali*, Padova, 1993, p. 154.

(69) Peraltro, in merito al *deficit* di legalità insito nel meccanismo italiano di recepimento delle direttive penalmente tutelate cfr., diffusamente, BERNARDI, *I principi e criteri direttivi in tema di sanzioni nelle recenti leggi comunitarie*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XIV, 2000, in particolare p. 78 ss.; DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 14-15; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale. I. le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001, p. 47 ss.; PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 247-248.

sussistenza di una competenza comunitaria a varare direttive contenenti obblighi di incriminazione a carico degli Stati membri siano stati riproposti con forza <sup>(70)</sup> — sembra di poter concludere ribadendo la legittimità di direttive siffatte. Il che, naturalmente, non equivale ad affermare la sussistenza in capo alla Comunità di un indiscriminato potere di imporre risposte di tipo penale per qualsivoglia violazione del diritto comunitario, indipendentemente dalla sua gravità <sup>(71)</sup>. Infatti, al pari di ogni altra disposizione comunitaria, i vincoli sanzionatori contenuti nelle direttive sono sindacabili dalla Corte di giustizia in merito alla loro conformità ai principi generali del diritto comunitario, e segnatamente al principio di proporzionalità stretta necessità della sanzione <sup>(72)</sup>: pertanto il legislatore "europeo" non potrebbe indurre gli Stati membri a varare una disciplina

<sup>(70)</sup> In effetti, con riferimento alla "Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale" del 2001, in seno al Consiglio si è da ultimo giunti alla conclusione che non potesse essere raggiunta la maggioranza necessaria alla sua adozione, ritenendosi che tale proposta vada al di là delle competenze attribuite alla Comunità dal Trattato CE. Si è altresì ritenuto che gli obiettivi perseguiti dalla proposta di direttiva in questione possano essere raggiunti mediante una decisione quadro basata sul titolo VI del Trattato UE, ed in particolare sul relativo art. 34. È stata così adottata la decisione quadro 2003/80/GAI del Consiglio del 27 gennaio 2003, "relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale", in GUCE L29, p. 55 ss. Tuttavia, in merito alla ben diversa efficacia delle direttive rispetto alle decisioni quadro cfr., *infra*, sub par. 9, in fine.

<sup>(71)</sup> Gravità da valutarsi, come si sa, in rapporto all'importanza del bene tutelato ed alle modalità oggettive e soggettive di aggressione allo stesso.

<sup>(72)</sup> Parallelamente, come vedremo nel prosieguo della trattazione, in sede di attuazione del diritto comunitario gli Stati membri non potrebbero introdurre nemmeno spontaneamente una disciplina sanzionatoria eccessivamente severa, in quanto non solo la normativa comunitaria, ma anche la normativa nazionale di attuazione di testi comunitari risulta sottoposta al controllo della Corte di giustizia in merito alla sua conformità al diritto comunitario primario, e segnatamente al principio di proporzionalità della risposta punitiva. In argomento cfr., tra gli altri, CAPOTORTI, Il diritto comunitario non scritto, cit., p. 409 ss.; CAPELLI, I principi generali come fonte di diritto, cit., p. 548; DELMAS-MARTY, *Le flou du droit: Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986 (*trad.* it. Dal codice penale ai diritti dell'uomo, trad. it., Milano, 1992, in particolare p. 86 ss.); DE SALVIA, *Droit communautaire, droit pénal et Convention européenne des droits de l'homme*, in *Droit communautaire et droit pénal*, cit., p. 122; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 467 ss.; TESAURO, I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1992, p. 432 ss. e 440; Id., Diritto comunitario, Padova, 2001, p. 89.

sanzionatoria sproporzionata per eccesso senza incorrere nella censura della Corte di giustizia.

#### 6. *Il ruolo della giurisprudenza della Corte di giustizia nel ravvicinamento delle risposte punitive nazionali*

Per quanto riguarda ora l'influsso esercitato dalla giurisprudenza comunitaria sulle scelte sanzionatorie dei Paesi membri, va innanzitutto posto in rilievo che tale influsso si manifesta sia in sede di attuazione delle fonti di diritto derivato, sia nell'ambito di materie aventi rilevanza comunitaria; va inoltre evidenziato che i giudici di Lussemburgo, nella loro attività di controllo delle misure punitive adottate dal legislatore nazionale, mirano a evitare (ed eventualmente a "condannare") la previsione e/o l'applicazione non solo di sanzioni inadeguate per difetto, ma anche di sanzioni eccessivamente severe.

In proposito, meritano di essere sottolineati gli sviluppi interpretativi cui è stato assoggettato da tali giudici il principio sancito dall'art. 10, comma 1, TCE, concernente l'obbligo di leale cooperazione con la Comunità ("obbligo di fedeltà comunitaria") <sup>(73)</sup> gravante sui Paesi membri. La Corte di giustizia, dopo aver in un primo periodo affermato che in base a tale principio gli Stati CE erano liberi di scegliere le sanzioni interne atte a colpire le violazioni degli obblighi di fonte comunitaria <sup>(74)</sup>, ha mutato progressivamente il proprio punto di vista, sostenendo che gli Stati erano tenuti a dare attuazione alla normativa comunitaria attraverso l'introduzione di sanzioni realmente efficaci, cioè funzionali al perseguimento delle loro finalità preventive <sup>(75)</sup>. A partire dalla fine degli anni '80, tali vincoli sanzionatori sono stati ulteriormente precisati dalla Corte di giustizia, la quale ha stabilito che le violazioni del diritto comunitario

<sup>(73)</sup> In base al quale "Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti".

<sup>(74)</sup> Cfr. sent. 2 febbraio 1977, causa 50/76 (Amsterdam Bulb BV), in Racc., 1977, p. 150. Sul punto cfr., per tutti, GRASSO, La formazione di un diritto penale dell'Unione europea, in Prospettive di un diritto penale europeo, cit., p. 9 ss.

<sup>(75)</sup> Cfr., per tutte, sentt. 10 aprile 1984, cause 14/83 (*von Colson*) e 76/83 (*Harz*), in Racc., 1984, pp. 1908 e 1941.

devono essere punite nei Paesi membri con sanzioni analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e gravità (cosiddetto "principio di assimilazione") e comunque *effettive*, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive (cosiddetto "principio di efficacia-proporzionalità") (76).

Conseguenza logica del primo dei due principi appena ricordati è che ove le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza alle violazioni del diritto comunitario fossero punite in sede penale, sussisterebbe l'obbligo a carico dello Stato di assoggettare a sanzione penale anche le suddette violazioni "comunitarie" (77). Conseguenza logica del secondo di tali principi è che, così come chiarito a più riprese dalla stessa Corte di giustizia, in relazione alle più gravi violazioni del diritto comunitario solo sanzioni di tipo penale potrebbero essere riconosciute proporzionate (78).

L'esame della giurisprudenza di Lussemburgo porta dunque a

---

(76) Cfr. Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa 68/88 (Commissione c. Grecia), in *Racc.*, 1989, p. 2965 ss.; sent. 10 luglio 1990, causa 326/88 (*Hansen*), cit., p. 2935; sent. 2 ottobre 1991, causa 7/90 (Vandevenne), in *Racc.*, 1991, p. 4387; sentt. 8 giugno 1994, cause 382/92 e 383/92 (Commissione c. Regno Unito), in *Racc.*, 1994, p. 2475 e p. 2494; sent. 26 ottobre 1995, causa 36/94 (Siesse), in *Racc.*, p. 3573, punto 20; sent. 12 settembre 1996, cause riunite 58/95, 75/95, 112/95, 119/95, 123/95, 135/95, 140/95, 141/95, 154/95, 157/95 (*Gallotti*), in *Racc.*, 1996, p. 4345; sent. 27 febbraio 1997, causa 177/95 (*Ebony*), in *Racc.*, 1997, p. 1143 e in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 309, con nota di RIONDATO. In merito ai problemi di coordinamento tra i principi di assimilazione e di efficacia-proporzionalità cfr., volendo BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, cit., p. 127 ss.

(77) Cfr., per tutti, RIZZA, la sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari* della Comunità europea tra prevenzione e repressione, a cura di G. Grasso, Milano, 2000, p. 99.

(78) Cfr., in particolare, ord. 13 luglio 1990, causa C2/88 (*Zwartveld*), in *Racc.*, 1990, p. 3365 ss.; sent. 28 gennaio 1999, C-77/97, (Oesterreichische Unilever *GmbH* e *Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*), in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 447, con nota di RIONDATO. In dottrina cfr., in particolare, RIZZA, La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità *nella* giurisprudenza della Corte di giustizia, cit., p. 118-119. Circa l'obbligo per gli Stati membri (non solo di prevedere in astratto, ma) di applicare in concreto sanzioni penali in relazione ad atti di violenza commessi su mezzi destinati a trasportare prodotti agricoli di un altro Stato membro per impedire la libertà degli scambi intracomunitari sancita dall'art. 28 TCE, cfr. Corte di giustizia, sent. 9 dicembre 1997, in *Racc.*, 1997, p. I- 6959 ss., in particolare punti 48 ss.

concludere che anche nel caso in cui manchi un espresso obbligo di incriminazione da parte del legislatore comunitario, tale obbligo può esser fatto discendere, in via generale, dagli sviluppi del principio di fedeltà comunitaria di cui all'art. 10 comma 1 TCE. Una siffatta conclusione appare del resto in linea con le finalità dei Trattati e della produzione normativa fondata su di essi, tenuto conto del fatto che risulterebbero esiziali per il mercato unico oasi di impunità (o di insufficiente punibilità, da valutarsi sia *in* astratto sia in concreto) rispetto a taluni comportamenti realizzati in violazione del diritto "europeo" (79). Tuttavia, una parte della dottrina penale non ha mancato di manifestare il timore che, attraverso il vincolo dell'adeguatezza delle scelte sanzionatorie nazionali dirette alla tutela di norme comunitarie, il diritto europeo finisca col preoccuparsi di fissare minimi punitivi superabili solo verso l'alto e non verso il basso, con conseguente sacrificio del principio di proporzionalità stretta necessità della risposta punitiva; ovvero finisca con lo stimolare forme di tutela penale "a tappeto" in tendenziale contrasto col principio di *extrema ratio* dell'intervento penale (80). Certamente, il rischio che le esigenze di una efficace salvaguardia della normativa comunitaria possano condurre ad un indebito rigore delle risposte punitive nazionali, ovvero ad una eccessiva proliferazione di fattispecie penali non può essere del tutto escluso. Resta comunque il fatto che le applicazioni sul versante sanzionatorio del principio di

---

(79) In questo senso, merita di essere ricordato che di recente la Corte d'Appello di Lecce e le sezioni I e IV del Tribunale di Milano hanno sollevato davanti ai giudici di Lussemburgo talune questioni pregiudiziali in merito alla legittimità comunitaria della nuova disciplina sanzionatoria, complessivamente intesa, dettata dall'art. 2621 c.c. In particolare, i summenzionati organi giudiziari nazionali hanno ipotizzato la mancanza di effettività, proporzionalità e dissuasività di tale disciplina, tenuto anche conto delle norme e della prassi di diritto sostanziale e processuale vigenti nel nostro Paese. In argomento cfr., per tutti, FOFFANI, Verso un nuovo diritto penale societario: i punti critici della legge delega, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3247 ss.; DI MARTINO, Disciplina degli illeciti *societari* in bilico tra legalità nazionale e legittimità comunitaria, in Guida al diritto, 2002, n. 45, p. 113 ss.; LETTIERI, Falso in bilancio e diritto comunitario. Incertezze sulla conformità della riforma alle norme UE, in *Diritto e giustizia*, 2002, n. 46, p. 48 ss.; SOTIS, Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.

(80) Cfr., da ultimo e per tutti, VOGEL, Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik, in GA, 2002, p. 527.

fedeltà comunitaria implicano forme di armonizzazione normativa interstatale condotte nel segno non solo di un incremento, ma anche di un decremento del livello di severità delle sanzioni nazionali e/o del complessivo ambito del penalmente rilevante. Ciò accade sia — come si è visto — laddove attraverso il diritto comunitario vengano consentiti comportamenti vietati a livello nazionale<sup>(81)</sup> sia — come ci accingiamo a vedere — laddove il diritto comunitario imponga una attenuazione della sanzione nazionale, ovvero una vera e propria depenalizzazione di taluni comportamenti legittimamente vietati dagli Stati, ma comunque assoggettati in questi ultimi a risposte punitive da ritenersi troppo severe alla luce dell'ordinamento giuridico europeo.

Il riferimento normativo primario atto a conferire alla Corte di giustizia europea il ruolo di calmiera degli "eccessi rigoristici nazionali" nei settori normativi di rilievo comunitario è costituito dall'art. 10 comma 2 TCE, in base al quale gli Stati membri "si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi" del Trattato CE. Costantemente interpretata dai giudici di Lussemburgo alla luce del principio generale di proporzione, la norma in questione ha infatti portato a ritenere comunitariamente illegittime le sanzioni nazionali che non si rivelassero strettamente necessarie in relazione alla tutela degli interessi in gioco. Più precisamente — a seguito di numerosi ricorsi pregiudiziali alla Corte di giustizia, effettuati *ex art.* 234 TCE da giudici nazionali dubbiosi della conformità al diritto comunitario di talune scelte punitive del legislatore interno — la Corte non si è limitata ad offrire risposte vaghe, volte esclusivamente a ribadire in linea di principio che la proporzionalità costituisce un requisito di legittimità delle risposte sanzionatorie nazionali in settori normativi di rilievo comunitario<sup>(82)</sup>. In particolare, travalicando di fatto le sue naturali funzioni<sup>(83)</sup>, la Corte ha anche a più riprese affermato senza mezzi termini

(81) Si allude, beninteso, d'incidenza disapplicativa (e se del caso anche abrogativa) del diritto comunitario su talune fattispecie penali nazionali, in merito alla quale cfr. supra, sub par. 3.1, lett. c).

(82) Una risposta di questo tipo si rinviene, ad esempio, nella sentenza 14 luglio 1977, causa 8/77 (*Sagulo*), p. 1509.

(83) Funzioni che dovrebbero consistere nel fornire l'esatto significato delle norme comunitarie su cui il giudice nazionale ricorrente chiede ragguagli, senza pro-

che le sanzioni utilizzate dallo Stato nel caso di specie dovevano ritenersi in contrasto con la normativa "europea"<sup>(84)</sup>, in quanto eccessive tenuto conto della natura dell'illecito, del comportamento dell'autore, e di altri eventuali "indici" di gravità del fatto<sup>(85)</sup>. Si è così imposta prima la disapplicazione della norma punitiva interna da parte del giudice nazionale, e quindi la riforma della normativa di settore nel segno di una revisione del tipo e/o del *quantum* delle sanzioni da essa comminate<sup>(86)</sup>, così da attenuare il complessivo livello di afflittività di queste ultime.

#### 7. *Le sanzioni amministrative comunitarie e la loro attitudine a condizionare i sistemi punitivi dei Paesi membri*

All'interno dei Paesi membri il fenomeno di europeizzazione dei sistemi penali (e penal-amministrativi) risulta favorito non solo dalle convenzioni d'armonizzazione elaborate nell'ambito del Consiglio

nunciarsi sulla conformità o meno del diritto nazionale rispetto a tali norme. Ciò in quanto, per l'appunto, tale giudizio spetta al giudice nazionale, che giudicherà tenendo conto dell'interpretazione data dalla Corte di giustizia sulla norme comunitarie in questione. In proposito cfr., ad esempio, Riz, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 189.

(84) Tale forma di ingerenza della Corte di giustizia in valutazioni riservate, in linea di principio, al giudice nazionale ricorrente è dovuta al fatto che, sovente, i giudici di Lussemburgo forniscono risposte così articolate, da prendere di fatto posizione in merito alla controversia che il giudice interno è chiamato a risolvere, e pertanto da limitare grandemente il potere discrezionale di quest'ultimo. Cfr., ad esempio, d'interno di una ricca giurisprudenza, Corte di giustizia, sent. 29 giugno 1978, causa 154/77 (*Deckman*), in Racc., 1978, p. 1571; Id., sent. 12 ottobre 1978, causa 13/78 (*Eggers*), ivi, p. 1935; in dottrina cfr., per tutti, RASMUSSEN, *La Corte digiustizia*, in *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles-Lussemburgo, 1981, p. 183 ss.

(85) Cfr. già, all'interno di un vasto campionario, sent. 26 febbraio 1975, causa 67/74 (*Bonsignore*), in Racc., 1975, p. 306-307; sent. 8 aprile 1976, causa 48/75, (*Royer*), in Racc., 1976, p. 517; sent. 7 luglio 1976, causa 118/75 (*Watson e Belmann*), in Racc., 1976, p. 1189; sent. 15 dicembre 1976, causa 41/76, (*Donckerwolcke*), in Racc., 1976, p. 1936. Cfr. altresì, per tutte, sent. 25 febbraio 1988, causa 299/86, (*Drexler*), in Racc., 1988, p. 13 ss.

(86) In argomento cfr., *amplius* e per tutti, BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 196 ss.; RIZZA, la sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della *Comunità* nella giurisprudenza della *Corte di giustizia*, cit., p. 138 ss.; TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 105.



d'Europa e dal sin qui descritto processo di armonizzazione di precetti e sanzioni nazionali ad opera delle fonti legislative comunitarie e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; ma anche dallo stesso sistema di sanzioni amministrative CE legittimato dai trattati europei.

Nell'impossibilità di descrivere compiutamente, in questa sede, i lineamenti di tale sistema di sanzioni CE, basterà ricordare che i suddetti trattati contengono talune norme che espressamente sanciscono una competenza comunitaria in ambito punitivo<sup>(87)</sup>; e contengono altresì ulteriori norme che sembrano implicitamente ammettere la possibilità per le istituzioni comunitarie di adottare atti corredati di misure punitive "sovrastatali" nei diversi settori di competenza CE, laddove tali misure si rivelino "utili" o "necessarie" al raggiungimento degli obiettivi prefissati dagli atti in questione<sup>(88)</sup>.

In virtù di questa duplice base giuridica, sono state varate due differenti categorie di regolamenti comunitari: la prima prevede le cosiddette "sanzioni amministrative CE a carattere accentrato", costituite da ammende e indennità di mora<sup>(89)</sup> irrogate e direttamente applicate dalle istituzioni comunitarie<sup>(90)</sup>; la seconda prevede le cosiddette "sanzioni amministrative CE a carattere decentrato", costituite da misure interdittive e/o patrimoniali irrogate dalle isti-

tuzioni comunitarie ma applicate dalle autorità amministrative degli Stati membri<sup>(91)</sup>.

Ora, è evidente che le sanzioni CE appartenenti alla prima categoria, proprio in quanto applicate dagli organi comunitari, non consentono nessun margine nazionale di adattamento in sede di commisurazione, dando così vita ad una unificazione punitiva su scala europea, sia pur limitata ad assai circoscritti settori normativi. Per contro, le sanzioni CE rientranti nella seconda categoria comportano un'opera di mera armonizzazione punitiva interstatale, venendo applicate in base a una disciplina uniformizzata solo nei suoi profili essenziali<sup>(92)</sup>, che lascia per il resto in vigore le singole discipline nazionali in tema di sanzioni amministrative, e in particolare le relative prassi commisurative fatte proprie dalle autorità di ciascun Paese. In ogni caso, tale opera di armonizzazione risulta anch'essa circoscritta, in quanto le suddette sanzioni sono state

(87) Cfr. gli artt. 47 comma 3, 54, comma 6, 58 par. 4, 59 par. 7, 64, 65, par. 5 e par. 6, 66 par. 6, 68 par. 6 del Trattato CECA e l'art. 87 del Trattato CE.

(88) Per più ampi sviluppi in argomento cfr., tra gli altri, GRASSO, Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1995, p. 1171-1172; HAGUENAU, L'application effective du droit communautaire en droit interne, Bruxelles, 1995, p. 551 ss.; RIONDATO, Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza, cit., p. 53 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; SCHOCKWEILER, La répression des infractions au droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour, in La protection du budget communautaire et l'assistance entre Etats, Luxembourg, 1995, p. 67 ss.; TESAURO, La sanction des infractions au droit communautaire, cit., p. 502 ss.; TIEDEMANN, Diritto comunitario e diritto penale, cit., p. 220 ss. e relativa bibliografia.

(89) Tali sanzioni sono previste, in particolare, nei regolamenti CEE nn. 11/60, 17/62, 1017/68, 4056/86, 4064/89, basate sull'art. 83 TCE.

(90) In argomento cfr., diffusamente e per tutti, BOSE, Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, p. 137 ss.; MAUGERI, Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario, in La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione, cit., p. 170 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

(91) Misure consistenti, volta a volta, in forme di esclusione o diminuzione degli aiuti e benefici CE, ovvero in obblighi di restituzione delle erogazioni comunitarie concesse, previa maggiorazione del loro importo monetario in funzione affittivo-punitiva. Si pensi, ad esempio, alla perdita totale di taluni premi speciali dovuti ai produttori di carne bovina (art. 9, reg. 714/1989), all'esclusione dai benefici dovuti per l'anno successivo (art. 8 reg. 1738/1989), alla diminuzione dell'aiuto concesso (art. 5 reg. 915/1989), all'obbligo di restituire la somma ricevuta maggiorata di una percentuale predeterminata (art. 13 reg. 3813/1989, e successive modifiche). In merito a tali sanzioni cfr., *amplius* e per tutti, BÖSE, Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, cit., p. 253 ss.; GRASSO, Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1994, p. 865 ss.; HEITZER, Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Heidelberg, 1997, p. 47 ss.; MAUGERI, Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario, cit., p. 174 ss.; PISANESCHI, Le sanzioni amministrative comunitarie, Padova, 1998, p. 97 ss.; RIZZA, La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia, cit., p. 104 ss.; SALCUNI, La nozione comunitaria di pena: preludio ad una teoria comunitaria del reato?, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2002, p. 231; STUYCK, DENYS, Les sanctions communautaires, in La justice pénale et l'Europe, a cura di F. Tulkens, H.-D. Bosly, Bruxelles, 1996, p. 436 ss.; VERVAELE, Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?, cit., p. 196 ss.

(92) Come noto, tale disciplina è stata introdotta dal regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995, "relativo alla tutela degli interessi finanziari della Comunità" (in GUCE L312 del 23 dicembre 1995, p. 1), limitatamente al quale cfr. MAUGERI, Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario, cit., p. 149 ss.

sinora utilizzate solo in un limitato numero di settori normativi comunitari, e in particolare in quelli della agricoltura e della pesca. Appare tuttavia verosimile che in futuro si finisca col fare un più largo ricorso a queste sanzioni: e ciò sia in virtù delle precisazioni fornite in merito alla loro disciplina e al loro ambito d'applicazione dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>(93)</sup> e dal regolamento 2988/95<sup>(94)</sup>; sia grazie alla varietà tipologica e agli stessi contenuti di tali sanzioni, che sembrano garantire loro una notevole efficacia generalpreventiva e specialpreventiva; sia infine in ragione degli evidenti vantaggi offerti da una disciplina sanzionatoria almeno tendenzialmente uniforme su scala continentale<sup>(95)</sup>. In questo senso, nonostante che i principi di sussidiarietà<sup>(96)</sup>, di fedeltà comunitaria<sup>(97)</sup> e di necessità dell'intervento sanzionatorio comunitario<sup>(98)</sup> tendano tuttora ad attribuire prioritariamente agli Stati il

<sup>(93)</sup> Cfr. sent. 27 ottobre 1992, causa 240/90 (Repubblica federale di Germania c. Commissione), in Riv. trim. dir. pen. econ., 1993, p. 739 ss., con nota di GRASSO, Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie, p. 740 ss.

<sup>(94)</sup> Ai sensi dell'ottavo considerando del regolamento in questione, "tali sanzioni dovranno anche essere previste in altri campi" oltre a quelli nei quali esse hanno già trovato applicazione.

<sup>(95)</sup> Si pensi, in particolare, alla possibilità di garantire condizioni di eguaglianza tra gli operatori europei, alla eliminazione dei tanto dannosi "paradisi" tuttora esistenti specie nell'ambito delle attività illegali a carattere transnazionale, al fatto di garantire conoscibilità e certezza alle risposte sanzionatorie, non più polverizzate in una miriade di soluzioni anche profondamente diverse da uno Stato all'altro.

<sup>(96)</sup> Previsto, come noto, dall'art. 5 TCE, in base al quale "Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, possono essere realizzati meglio a livello comunitario". Per quanto qui specificamente interessa, merita di essere ricordato che la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul ruolo delle sanzioni per l'attuazione della legislazione comunitaria nell'ambito del Mercato interno, COM(95) 162 final, (Bruxelles 3 maggio 1995) p. 2 del testo dattiloscritto sottolinea come la situazione di generalizzata carenza di strumenti sanzionatori comunitari "sia perfettamente coerente in una prospettiva di sussidiarietà".

<sup>(97)</sup> In merito al quale cfr., *supra*, sub par. 3, nt. 27.

<sup>(98)</sup> Sul principio di necessità delle sanzioni comunitarie cfr., con differenti sfumature, MISSIR DI LUSIGNANO, La protection des *intérêts financiers* de la Communauté. Perspectives et réalités, in *Journal des Tribunaux* européens, 1996, par. 2.3.1. del testo dattiloscritto; RIONDATO, Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attri-

compito di tutelare l'effettività del diritto comunitario attraverso il ricorso a misure punitive<sup>(99)</sup>, appare verosimile che il sistema delle sanzioni amministrative CE finisca con l'assumere notevolissima importanza in ambito europeo.

Orbene, tutto ciò premesso, sembra di poter dire che questo articolato sistema di sanzioni, lungi dal costituire un fenomeno "chiuso in sé stesso", è destinato ad avere significativi riflessi sugli ordinamenti punitivi nazionali.

Certamente, tali riflessi dovrebbero manifestarsi innanzitutto sulle discipline nazionali in tema di sanzioni amministrative, specie laddove i Paesi membri versino in una situazione simile a quella che caratterizzava l'Italia prima della promulgazione della l. 689/1981<sup>(100)</sup>, e dunque non prevedano ancora una puntuale, generale regolamentazione dell'illecito amministrativo. In questo caso, infatti, la disciplina elaborata al riguardo a livello comunitario potrebbe costituire un interessante modello di riferimento, cui improntare almeno in linea tendenziale i rispettivi sistemi nazionali. In tal modo, oltretutto, gli organi nazionali deputati all'applicazione delle sanzioni amministrative potrebbero adottare procedure tendenzialmente omogenee, indipendentemente dal fatto che le suddette sanzioni siano di matrice nazionale owerò comunitaria (limitatamente alle già ricordate sanzioni CE "decentrate").

Tuttavia l'influenza esercitata dal sistema punitivo comunitario, lungi dal manifestarsi solo sui sistemi amministrativi dei Paesi dell'Unione, potrebbe estendersi anche ai relativi sistemi penali, stante che un significativo utilizzo di sanzioni amministrative CE potrebbe giustificare, quantomeno nei relativi settori normativi, un

buzione attraverso la giurisprudenza, cit., p. 132 ss. (ove il principio di necessità è analizzato in relazione ad una vera e propria competenza penale comunitaria); SCHOCKWEILER, La répression des *infractions* au droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour, cit., p. 67 ss.; STUYCK, DENYS, Les *sanctions* communautaires, cit., p. 429 ss.

<sup>(99)</sup> In questo senso cfr. lo stesso DE ANGELIS, La protezione giuridica degli interessi finanziari della Comunità Europea: evoluzione e prospettive, in *Prospettive di diritto penale in Europa*, cit., p. 39.

<sup>(100)</sup> Come noto, infatti, la l. 24 novembre 1981 n. 689 "Modifiche al sistema penale" ha dettato innanzitutto — alle sezioni I e II del capo I — una articolata disciplina della sanzione amministrativa pecuniaria, sottraendo così quest'ultima a quell'alone di incertezza che l'aveva sino allora caratterizzata, e che implicitamente ne scongiurava un uso generalizzato.

ulteriore processo di depenalizzazione all'interno dei singoli Paesi membri <sup>(101)</sup>. Senza contare che, dati gli indiscussi punti di convergenza riscontrabili in molti Stati europei tra la disciplina dell'illecito penale e quella dell'illecito amministrativo, le soluzioni accolte rispetto a quest'ultimo a livello comunitario potrebbero non risultare scovre d'interesse per i sistemi penali nazionali, specie nella prospettiva di un loro reciproco ravvicinamento <sup>(102)</sup>.

8. *Agli albori di una politica criminale europea. In particolare, le direttive comunitarie volte a predeterminare gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte.*

Per quanto sin qui visto, è possibile affermare che l'esigenza di dare integrale attuazione al diritto comunitario all'interno dei Paesi membri implica un articolato processo di armonizzazione dei precetti e sanzioni previsti sia in funzione di tutela delle norme contenute in regolamenti e direttive CE sia, più in generale, nell'ambito delle materie aventi rilevanza comunitaria: processo, invero, assai articolato e complesso, ma comunque destinato a sempre maggiori sviluppi. Prende così lentamente corpo una sorta di sia pur minimale "politica criminale europea", caratterizzata dall'erosione della discrezionalità legislativa nazionale in merito alla costruzione delle fattispecie penali e delle relative comminatorie edittali in tutti i settori normativi (anch'essi in via di progressiva estensione) in cui la Comunità ha una competenza esclusiva o concorrente.

Ora, merita di essere sottolineato che questo fenomeno di emersione di una politica criminale europea *in nuce* diventa particolarmente evidente laddove le norme comunitarie, anziché limitarsi a contenere prescrizioni extrapenali di natura tecnica destinate a venire tutelate con apposite sanzioni, mirano esplicitamente ad una

<sup>(101)</sup> Si allude, beninteso, all'ipotesi in cui talune norme di fonte comunitaria volte alla salvaguardia di beni di importanza non primaria, oggi tutelate per mezzo di sanzioni nazionali di natura penale, possano in futuro vedere la loro effettività garantita per mezzo di sanzioni amministrative CE.

<sup>(102)</sup> Il pensiero corre, in particolare, al principio di retroattività favorevole previsto all'art. 2, n. 2 del reg. 2988/1995, che potrebbe favorire un processo riformistico a livello europeo volto ad attenuare le differenze riscontrabili sul punto all'interno dei sistemi penali nazionali.

omogeneizzazione a livello interstatale proprio delle norme punitive volte a colpire attività illecite di rilievo "europeo". In tali ipotesi, infatti, i lineamenti delle fattispecie interne risultano fortemente condizionati non già dalle prescrizioni extrapenali di matrice comunitaria bisognose di tutela ma, in modo ancor più immediato, dalla predeterminazione a livello comunitario proprio dei profili essenziali delle fattispecie dirette a controllare taluni fenomeni criminali di particolare interesse.

In proposito, va posto in rilievo come le direttive comunitarie a carattere espressamente sanzionatorio — peraltro sino ad oggi varate in numero alquanto ridotto <sup>(103)</sup> — da un lato definiscano con estrema meticolosità i comportamenti che gli Stati sono chiamati a sanzionare <sup>(104)</sup> predeterminando gli elementi essenziali delle fattispecie; dall'altro lato — pur non contenendo veri e propri obblighi di incriminazione <sup>(105)</sup> — lascino chiaramente intendere quali siano le tipologie di misure punitive che il legislatore comunitario ritiene

<sup>(103)</sup> Cfr., innanzitutto, dir. del Consiglio 89/592/CEE del 13 novembre 1989 "sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (insidertrading)", in GUCE, L334 del 18 novembre 1989, p. 30 ss.; dir. del Consiglio 91/308/CEE del 10 giugno 1991 "relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite", in GUCE, L166 del 28 giugno 1991, p. 77 ss. Cfr., altresì, dir. del Consiglio 91/250/CEE del 14 maggio 1991 "relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore", in GUCE, L122 del 17 maggio 1991, p. 42 ss.

<sup>(104)</sup> Cfr., ad esempio, l'art. 7 della succitata dir. 91/250/CEE, in base ai quale "1. Fatte salve le disposizioni degli articoli 4, 5 e 6, gli Stati membri stabiliscono, conformemente alle legislazioni nazionali, appropriate misure nei confronti della persona che compie uno degli atti elencati alle seguenti lettere a), b) e c):

a) ogni atto di messa in circolazione di una copia di un programma per elaboratore da parte di chi sappia o abbia motivo di ritenere che si tratta di copia illecita;

b) la detenzione a scopo commerciale di una copia di un programma per elaboratore da parte di chi sappia o abbia motivo di ritenere che si tratta di copia illecita;

c) ogni atto di messa in circolazione, o la detenzione a scopo commerciale, di qualsiasi mezzo unicamente inteso a facilitare la rimozione non autorizzata o l'elusione di dispositivi tecnici eventualmente applicati a protezione di un programma.

2. Ogni copia illecita di un programma per elaboratore è passibile di sequestro, conformemente a legislazione dello Stato membro interessato.

3. Gli Stati membri possono prevedere il sequestro di qualsiasi mezzo contemplato dal paragrafo 1, lettera c)".

<sup>(105)</sup> Rispetto ai quali, come in precedenza si è detto, sussistono tuttora forti resistenze da parte dei Governi. Cfr., *supra*, sub par. 5, nt. 70.

più appropriate in relazione ai suddetti comportamenti <sup>(106)</sup>, tanto da indurre una parte della dottrina a considerare le direttive in questione "intonate in senso penalistico" <sup>(107)</sup>. Ora, il fatto che gli organi comunitari di produzione normativa abbiano manifestato, in relazione alle violazioni delle norme contenute in queste direttive, la preferenza verso soluzioni preventivo-repressive di tipo penale, ha probabilmente contribuito a far sì che gli Stati membri prendessero di comune accordo l'impegno scritto di adottare, almeno rispetto ad alcune delle violazioni in oggetto, sanzioni penali <sup>(108)</sup>. Ma, con ogni probabilità, sarebbe un errore sopravvalutare la forza persuasiva delle indicazioni sanzionatorie contenute nelle suddette direttive "a sfondo penale". È infatti verosimile che sull'impegno degli Stati membri all'impiego di sanzioni penali nei casi summenzionati abbiano contribuito, in misura forse più determinante, concomitanti e convergenti obblighi di fonte convenzionale a carattere ben più vincolante <sup>(109)</sup>.

In realtà, a causa delle evidenti difficoltà di adottare direttive a contenuto *stricto sensu* penale, è presto apparso chiaro che le direttive a carattere espressamente sanzionatorio concernenti comportamenti illeciti di particolare rilievo comunitario si prestano ad armonizzare i divieti assai meglio di quanto non riescano a fare rispetto alle relative risposte punitive; e che quindi una penetrante omogeneizzazione su scala europea di queste ultime possa essere realizzata solo grazie all'utilizzo di strumenti normativi diversi da quelli tradizionalmente adottati in ambito comunitario.

<sup>(106)</sup> MANACORDA, L'efficacia estensiva del diritto comunitario sul diritto penale, *Foro it.*, 1995, IV, c. 65.

<sup>(107)</sup> RIONDATO, *Competenza* penale della *Comunità* europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza, *cit.*, p. 127.

<sup>(108)</sup> In argomento cfr. le considerazioni di DI MARTINO, *Commento* alla l. 9/8/1993 n. 328 - *Ratifica* ed esecuzione della *Convenzione* sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, *fatta* a Strasburgo l'8 novembre 1990, sub art. 4, in *LP*, 1994, p. 423; MANACORDA, L'efficacia estensiva del diritto comunitario sul diritto penale, *cit.*, c. 66; SALAZAR, Riciclaggio dei capitali: direttiva comunitaria e legislazione italiana, in *Foro it.*, 1991, c. 470.

<sup>(109)</sup> Cfr. la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, adottata a Vienna il 19 dicembre 1988 (art. 3.1) e, soprattutto, la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, adottata a Strasburgo l'8 novembre 1990 (art. 6).

## 9. *L'edificazione del terzo pilastro dell'Unione per la cooperazione e l'armonizzazione penale. Il ruolo delle decisioni quadro nella realizzazione di una effettiva politica criminale europea.*

Gli ostacoli frapposti dai governi nazionali d'introduzione di direttive d'armonizzazione penale costituiscono, indubbiamente, una delle più significative espressioni della difficoltà di questi ultimi ad accettare un ampliamento delle competenze comunitarie tale da includere in esse il campo della giustizia penale. Campo, questo, tradizionalmente assoggettato al potere sovrano dei Paesi membri, e per di più improntato in molti di tali Paesi ad un principio di legalità formale che ancora la produzione normativa a procedure democratiche non ancora pienamente recepite in sede comunitaria <sup>(110)</sup>. Stretti fra la riluttanza a spogliarsi almeno in parte di quella competenza penale che rientra indubbiamente nel nocciolo duro della sovranità nazionale e la consapevolezza dell'impossibilità di affidare con successo al tradizionale metodo intergovernativo quel penetrante programma di cooperazione e armonizzazione penale reso indispensabile dal progredire della costruzione europea, i Paesi membri hanno optato nel 1992 per una soluzione di compromesso, ma al contempo radicalmente innovativa. Hanno cioè deciso nel Trattato di Maastricht di dare vita ad un'Unione europea formata da tre distinti "pilastri", escludendo il settore penale dal quadro istituzionale delle Comunità ("primo pilastro") ed inglobandolo nel "terzo pilastro" <sup>(111)</sup>, i cui atti costituiscono un ibrido nell'ambito del quale i meccanismi della cooperazione intergovernativa si mescolano a elementi d'impronta comunitaria, nel tentativo di attenuare gli inconvenienti propri delle tradizionali fonti del diritto internazionale <sup>(112)</sup>.

Questo ibridismo risalta, per vero, già dall'esame delle convenzioni concluse all'interno del terzo pilastro, in relazione alle quali il

<sup>(110)</sup> Anche se, come sopra ricordato, in relazione alle direttive il problema del loro deficit democratico potrebbe risultare sanato dal fatto che esse vengono trasposte nel diritto interno ad opera del legislatore nazionale. In argomento cfr., tuttavia, quanto osservato supra, sub par. 5, nt. 68 ss.

<sup>(111)</sup> Cfr., supra, sub par. 1, nt. 6 ss.

<sup>(112)</sup> Cfr., da ultimo e per tutti, PIATTOLI, *Cooperazione* giudiziaria e pubblico ministero europeo, Milano, 2002, p. 71 ss.

testo definitivo non viene stabilito tramite una conferenza intergovernativa, ma dallo stesso Consiglio CE<sup>(113)</sup>. Si allude, in particolare, alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (cosiddetta Convenzione PIF) adottata a Bruxelles il 26 luglio 1995, coi suoi tre protocolli integrativi concernenti la corruzione dei funzionari europei, la responsabilità delle persone giuridiche e la confisca<sup>(114)</sup>; alla Convenzione del 26 luglio 1995 che istituisce un Ufficio europeo di polizia (Convenzione Europol); nonché alla Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea adottata a Bruxelles il 26 maggio 1997<sup>(115)</sup>.

Resta comunque il fatto che anche le convenzioni adottate ricorrendo alle interpolazioni procedurali previste dal terzo pilastro<sup>(116)</sup> postulano pur sempre un'opera defatigante di negoziazione tra gli Stati membri<sup>(117)</sup>, necessitano per la loro entrata in vigore

<sup>(113)</sup> Cfr. art. 34 lett. d) TUE. Cfr., al riguardo, i rilievi di Lo MONACO, *Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures*, in *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 18 s.; SICURELLA, Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1318.

<sup>(114)</sup> Sul punto cfr., per tutti, LABAYLE, *La lutte anti-fraude et le troisième pilier*, in *La lotta contro la frode agli interessifinanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, cit., p. 302; RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 115, nt. 68; SALAZAR, *Cooperazione giudiziaria e lotta antifrode*, in *La lotta contro la frode agli interessifinanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, cit., p. 327 ss.

<sup>(115)</sup> In argomento cfr., in particolare, SALAZAR, *L'Unione europea e la lotta alla criminalità organizzata da Maastricht ad Amsterdam*, in *Doc. Giustizia*, 1999, c. 393 ss.

<sup>(116)</sup> E, in particolare, nonostante le ulteriori innovazioni apportate a tali strumenti internazionali dal Trattato di Amsterdam in vista di un più intenso ricorso a questi ultimi. Si aiude innanzitutto al fatto che, successivamente a tale Trattato, per l'entrata in vigore di tali convenzioni è richiesta, salvo disposizione contraria, la ratifica da parte della metà anziché di tutti gli Stati membri. Sul punto cfr., per tutti, ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 488; MARGUE, *La coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime dans le cadre du nouveau troisième pilier*, in *Rev. dr. Un. eur.*, 2000, p. 737.

<sup>(117)</sup> Anche perché, come sottolinea lo stesso MARGUE nell'articolo citato alla nota precedente, ex art. 34 TUE, anche dopo il Trattato di Amsterdam (e dopo il Trattato di Nizza) in relazione alle convenzioni varate nell'ambito del terzo pilastro il Consiglio

della ratifica di almeno la metà di tali Stati<sup>(118)</sup>, e risultano di oltremodo difficile modificazione<sup>(119)</sup>. Coticché, in definitiva, nonostante i suoi indubbi pregi<sup>(120)</sup>, lo strumento convenzionale presenta gravi limiti cui le peculiarità conferitegli nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea non riescono ad owiare. In particolare, l'estrema lentezza connessa sia al raggiungimento di un accordo sia alle procedure di ratifica<sup>(121)</sup> se da un lato ha indotto gli Stati membri ad accantonare l'idea di continuare a puntare su tale

---

continua a deliberare all'unanimità. Sul punto cfr. altresì, anche per ulteriori puntualizzazioni, ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, cit., p. 486; nonché, con accenti spiccatamente critici in ordine al requisito dell'unanimità, O'KEEFFE, *Recasting the Third Pillar*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 904; CURTIN, *POUW*, *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie d'avant Maastricht?*, in *Rev. Marché comm. Un. eur.*, 1995, p. 30.

<sup>(118)</sup> Cfr., supra, sub nt. 116. Tale condizione risulta particolarmente gravosa a causa dell'inerzia di taluni Paesi firmatari (sul punto cfr., amplius e per tutti, BERNASCONI, *Nuovi strumenti giudiziari contro la criminalità economica internazionale*, Napoli, 1995, p. 405 ss.; LABAYLE, *La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 1 ss., e bibliografia ivi riportata; SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, a cura di N. Parisi e D. Rinoldi, Torino, 1996, in particolare p. 152 ss.), vale a dire a causa della deprecabile tendenza di questi ultimi prima a firmare e poi a non ratificare le convenzioni e i protocolli addizionali deputati a realizzare un processo di rawiccinamento settoriale delle scelte punitive (sul punto cfr., diffusamente, SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1120).

<sup>(119)</sup> Un esempio al riguardo è fornito dalla stessa convenzione Europol, di cui risulta difficile modificare anche taluni aspetti meramente secondari. Cfr. *La Convenzione europea. Relazione finale del Gruppo X "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia"*, Bruxelles, 2 dicembre 2002, doc. CONV 426/02, p. 7.

<sup>(120)</sup> In merito ai quali cfr., in prospettiva penalistica, BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens*, in *Archives de politique criminelle*, n. 24, Paris, 2002, p. 208 ss.

<sup>(121)</sup> In effetti, in sede europea non si è mancato recentemente di rilevare che la sola fase della ratifica delle convenzioni varate nel quadro dell'Unione richiede mediamente quattro/cinque anni. Cfr. *La Convenzione europea. Giustizia e affari interni-stato dei lavori e problematiche generali*, Bruxelles, 31 maggio 2002, doc. CONV 69/02, cit., p. 10. In dottrina cfr., da ultimo e per tutti, ZUCCALA, *L'unitario diritto penale europeo come meta del diritto comparato?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 606.

strumento, dall'altro lato ha suscitato fondati interrogativi in ordine allo stesso destino delle convenzioni esistenti <sup>(122)</sup>.

Proprio in considerazione di ciò, si è ritenuto che tra i meccanismi per la cooperazione in materia penale dovessero essere ricompresi strumenti normativi più agili e duttili delle convenzioni; strumenti caratterizzati da un maggiore equilibrio tra il metodo della cooperazione intergovernativa e il metodo comunitario, onde consentire in taluni settori di interesse comune agli Stati membri la realizzazione degli obiettivi dell'Unione europea. Gli strumenti in questione sono stati denominati "azioni comuni" dal Trattato di Maastricht, per essere successivamente ribattezzati "decisioni quadro" dal Trattato di Amsterdam, e risultano per molti aspetti simili alle direttive <sup>(123)</sup>, pur essendo meno "impegnativi" di queste ultime, in quanto innanzitutto privi di efficacia diretta <sup>(124)</sup> ed inoltre in linea di principio non supportati dalle procedure di inadempimento da parte della Commissione di cui agli artt. 226 ss. <sup>(125)</sup>.

<sup>(122)</sup> La Convenzione europea. Nota relativa alla sessione plenaria, Bruxelles, 19 giugno 2002, doc. CONV 97/02, p. 5; La Convenzione europea. *Relazione* finale del Gruppo X "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", Bruxelles, 2 dicembre 2002, doc. CONV 426/02, cit., p. 7.

<sup>(123)</sup> In base all'art. 34.2 lett. b) TUE, "Le decisioni-quadro sono vincolanti per gli Stati membri quanto ai risultati da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali quanto alla forma e ai mezzi"; mentre in base all'art. 35.1 TUE "La Corte di giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità e sull'interpretazione delle decisioni-quadro" (sempre che, beninteso, ai sensi dell'art. 35.2 TUE, i singoli Stati membri abbiano accettato tale competenza). In merito ai poteri di controllo della Corte di giustizia sulle decisioni quadro cfr., per tutti, ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, cit., p. 489 ss.; LABAYLE, *La Cour de justice et l'espace européen de liberté, sécurité et justice*, in *L'avenir de la justice communautaire. Enjeux et perspectives*, a cura di R. Mehdi, Paris, 1999, p. 77 ss.; MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di V. Militello, L. Paoli, J. Arnold, Milano, 2000, p. 40, con ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>(124)</sup> Cfr. art. 34, lett. b), infine TUE. In argomento cfr., diffusamente e per tutti, SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, cit., p. 1310 ss. Cfr. peraltro, volendo, i rilievi di BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens*, cit., p. 222 ss.

<sup>(125)</sup> Tuttavia, in merito d'ipotesi secondo la quale il mancato rispetto da parte degli Stati membri degli obblighi di risultato imposti dalle decisioni quadro possa comportare l'attivazione delle procedure di infrazione di cui agli artt. 226 ss. TCE, cfr.

Essi mirano sia ad agevolare la cooperazione giudiziaria <sup>(126)</sup> sia a ravvicinare le normative in materia penale dei Paesi europei <sup>(127)</sup>, "reprimendo e prevenendo il razzismo e della xenofobia", nonché "reprimendo e prevenendo la criminalità, organizzata e di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani e i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode" <sup>(128)</sup>.

Pur avendo avuto le azioni comuni/decisioni quadro un difficile esordio <sup>(129)</sup>, e pur permanendo ancor oggi un po' in tutti i Paesi dell'Unione non pochi dubbi sulle caratteristiche di tali strumenti normativi, è un dato di fatto che essi vengono adottati con sempre maggiore frequenza, dando vita ad un insieme di disposizioni volto a perseguire un significativo processo di cooperazione e ravvicinamento tra gli ordinamenti penali dei Paesi Membri. Al riguardo, grande importanza rivestono l'azione comune del 24 febbraio 1997 per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini <sup>(130)</sup>, e più ancora le azioni comuni in tema di lotta al riciclaggio e di confisca dei proventi di reato, di estensione della punibilità alla corruzione nel settore privato, di incriminazione della partecipazione ad una associazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea <sup>(131)</sup> realizzate nell'ambito del "Piano

MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, cit., p. 41.

<sup>(126)</sup> Più precisamente, a facilitare e accelerare la cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie in relazione ai procedimenti e d'esecuzione delle decisioni, ad agevolare l'estradizione e a prevenire i conflitti di giurisdizione tra Stati membri. Cfr. art. 31, lett. a), b) e d) TUE.

<sup>(127)</sup> Cfr. art. 29, ultimo trattino, TUE.

<sup>(128)</sup> Art. 29 TUE, primo trattino.

<sup>(129)</sup> Cfr., tra gli altri, BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario*, I - *La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996, p. 166; SALAZAR, *Gli sviluppi nel campo della cooperazione giudiziaria nel quadro del terzo pilastro del Trattato sull'Unione europea*, in *Documenti giustizia*, 1995, c. 1511 ss.; SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, cit. p. 1337.

<sup>(130)</sup> Cfr., per tutti, LABAYLE, *La lutte anti-fraude et le troisième pilier*, cit., p. 304.

<sup>(131)</sup> Al riguardo cfr., tra gli altri, MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, cit., p. 5; *Id.*, *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 427; SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, cit., p. 1118.

d'azione contro la criminalità organizzata" adottato nel 1997 dal Consiglio (132).

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam il 1° maggio 1999, il ricorso allo strumento in questione si è ulteriormente intensificato. All'interno di un panorama normativo sempre più ricco, una speciale menzione meritano comunque le decisioni quadro del Consiglio del 29 maggio 2000 (133), 28 maggio 2001 (134), 26 giugno 2001 (135), nonché le tre decisioni quadro del 13 giugno 2002 (136) e quelle del 19 luglio 2002 (137), 28 novembre 2002 (138), 27 gennaio 2003 (139). Tali strumenti, infatti, prevedono vuoi l'introduzione di forme particolarmente intense di cooperazione giudiziaria e di polizia tra gli Stati Membri, vuoi l'adozione di misure atte a far sì che i comportamenti ivi tassativamente indicati siano consi-

(132) In *GUCE* C251 del 15 agosto 1997, p. 1 ss. Al riguardo cfr., in particolare, MARGUE, *La coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime dans le cadre du nouveau troisième pilier*, cit., p. 733; *amplius* MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, cit., p. 6 ss.; RIONDATO, *Diritto dell'Unione europea e criminalità organizzata*, in *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, a cura di G. Fornasari, Padova, 2002, p. 25 ss.; SALAZAR, *L'Unione europea e la lotta alla criminalità organizzata da Maastricht ad Amsterdam*, cit., c. 395 ss.

(133) "Relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro", in *GUCE* L140 del 14 giugno 2000, p. 1 ss., modificata dalla decisione quadro del Consiglio del 6 dicembre 2001, in *GUCE* L329 del 14 dicembre 2001, p. 1 ss.

(134) "Relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti", in *GUCE* L149 del 2 giugno 2001, p. 1 ss.

(135) "Concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato", in *GUCE* L182 del 5 luglio 2001, p. 1-2.

(136) Concernenti, rispettivamente, "le squadre investigative comuni" (in *GUCE* L162 del 20 giugno 2002, p. 1 ss.), "la lotta contro il terrorismo" (in *GUCE* L164 del 22 giugno 2002, p. 3 ss.) e "il mandato d'arresto europeo e le procedure di consegna tra Stati membri" (in *GUCE* L190 del 18 luglio 2002, p. 1 ss.).

(137) "Sulla lotta alla tratta degli esseri umani", in *GUCE* L203 del 1° agosto 2002, p. 1 ss.

(138) "Relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali", in *GUCE* L 328 del 5 dicembre 2002, p. 1 ss.

(139) "Relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale", in *GUCE* L 29 del 5 febbraio 2003, p. 55 ss.

derati reati (140), e l'indicazione del tipo di sanzioni applicabili ai suddetti comportamenti (141).

A tutt'oggi, comunque, un bilancio circa la bontà dei nuovi strumenti normativi utilizzati all'interno del terzo pilastro dell'Unione europea appare aperto a esiti assai contraddittori. Da un lato, infatti, la trasformazione delle "azioni comuni" in "decisioni quadro" ha sancito la crescente fortuna e maggiore incisività di queste ultime (142), dovuta anche al loro ingresso nei più vitali settori della politica criminale europea. Dall'altro lato però, come espressamente previsto dal Trattato UE (143), tali atti normativi lasciano un certo margine di discrezionalità ai singoli Paesi membri circa le forme e i mezzi attraverso i quali realizzare la cooperazione penale e l'armonizzazione delle singole fattispecie e delle relative risposte punitive, con il rischio quindi che permangano non trascurabili disparità di trattamento da uno Stato all'altro. Ma soprattutto, come già sottolineato, gli strumenti in questione continuano a suscitare dubbi a causa delle loro carenze di effettività: carenze, per vero, valutate in modo difforme a seconda che si aderisca alla tesi dominante, favorevole all'inapplicabilità alle decisioni quadro delle procedure di inadempimento ex artt. 226 ss. TCE, o alla tesi minoritaria incline ad ammetterne l'applicabilità.

In ogni caso, è opinione diffusa che rispetto all'attuazione delle direttive, l'attuazione delle decisioni quadro lascerebbe agli ordinamenti penali nazionali un ambito di discrezionalità più esteso, sino a porre in crisi la complessiva credibilità di tali strumenti normativi (144). Tuttavia, l'attuale disciplina delle decisioni quadro non fa che esprimere il punto di equilibrio oggi raggiunto tra le concezioni penalistiche di matrice persistentemente "nazionalista" e le istanze

(140) Cfr., ad esempio, l'art. 3 della sopra ricordata decisione quadro del 29 maggio 2000; nonché gli artt. 2, 3 e 4 della predetta decisione quadro del 28 maggio 2001.

(141) Cfr., ad esempio, l'art. 6 della suddetta decisione quadro del 29 maggio 2000; nonché l'art. 2 della summenzionata decisione quadro del 26 giugno 2001.

(142) Al riguardo cfr., per tutti, MILITELLO, *Agli albori d: un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, cit., p. 32 ss.

(143) Cfr., *supra*, sub nt. 123.

(144) Cfr., tra gli altri, LABAYLE, *La lutte anti-fraude et le troisième pilier*, cit., p. 318.

"europeiste" di cooperazione e ravvicinamento dei sistemi penali: punto di equilibrio fondato su compromessi superabili solo ove si sia consapevoli che la criminalità transfrontaliera non può essere affrontata con iniziative condotte a livello prevalentemente intergovernativo, e che dunque la realizzazione di un vero spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra gli Stati membri implica il ricorso, anche in sede penale, al metodo comunitario.

10. *I futuribili scenari del processo di europeizzazione del diritto penale. Il dibattito sulla riforma del terzo pilastro.*

Come or ora accennato, un ulteriore potenziamento dell'azione condotta a livello europeo nel settore penale implica necessariamente la comunitarizzazione del terzo pilastro<sup>(145)</sup>, o quantomeno "un'applicazione più estesa delle strutture e dei meccanismi comunitari"<sup>(146)</sup> in tale settore. In particolare, una eventuale riconduzione delle disposizioni del terzo pilastro in un generale quadro giuridico comune consentirebbe non solo di varare atti in materia penale dotati di efficacia diretta, o comunque di rafforzare il controllo giudiziario sui meccanismi nazionali di attuazione delle norme d'indirizzo di fonte europea; ma consentirebbe altresì di superare taluni notori effetti negativi insiti nella struttura "a pilastri" dell'unione, primo fra tutti quello consistente nell'incertezza in ordine alle basi giuridiche dei singoli atti varati a Bruxelles<sup>(147)</sup>. In questo

<sup>(145)</sup> Sui verosimile processo di comunitarizzazione del terzo pilastro cfr., nell'ambito di una ricca letteratura che percorre l'ultimo decennio, Le *Commissaire* Antonio Vitorino répond à sept questions de la Revue sur la *Convention* et sur la coopération dans le domaine de la Justice et des Affaires intérieures, in Rev. Marché comm. Un. eur., 2002, p. 286; CURTI GIALDINO, Il Trattato di Maastricht *sull'Unione* Europea, Roma, 1993, p. 29, n. 34; DEHOUSSE, VAN DEN HENDE, *Plaidoyer* pour la réforme du Troisième pilier, in Rev. Marché comm. Un. eur., 1996, p. 715 ss.; SALAZAR, Gli sviluppi nel campo della cooperazione giudiziaria nel quadro del terzo pilastro del trattato *sull'Unione* europea, cit., c. 1526 ss.; TOULEMON, La construction européenne, Paris, 1994, p. 203 ss. Più problematicamente LABAYLE, *L'application* du titre VI du *Traité* sur l'Union européenne, in Rev. sc. crim., 1995, p. 63.

<sup>(146)</sup> La Convenzione europea. Nota relativa alla sessione plenaria, Bruxelles, 19 giugno 2002, doc. CONV 97/02, cit., p. 4.

<sup>(147)</sup> La Convenzione europea. Relazione finale del Gruppo X "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", Bruxelles, 2 dicembre 2002, doc. CONV 426/02, cit., p. 2-3.

senso, nell'ambito della Convenzione designata nel 2002 dal Consiglio europeo al fine di riunire i principali soggetti interessati al dibattito sul futuro dell'Unione<sup>(148)</sup>, una ampia maggioranza si è espressa a favore di una radicale riforma istituzionale volta ad attuare una totale o parziale comunitarizzazione delle materie rientranti nel terzo pilastro, nonostante la consapevolezza della conseguente perdita di potere dei singoli Stati.

Senonché, un tale potenziamento dovrebbe implicare altresì un accresciuto controllo parlamentare sui relativi atti normativi. In questo senso — a meno di non voler rinunciare a quelle garanzie legalitarie sinora considerate, quantomeno in materia penale, come una irrinunciabile conquista della cultura giuridica occidentale — parrebbe quindi imporsi un processo di ulteriore democratizzazione dell'Unione. Consci di ciò, in piena sintonia con la prevalente dottrina penalistica europea, molti dei membri della "Convenzione europea" istituita nel 2002 e presieduta da Giscard d'Estaing hanno auspicato che nell'attività normativa dell'Unione concernente la cooperazione giudiziaria e di armonizzazione penale venga attribuito un ruolo di vero e proprio colegislatore al Parlamento europeo, e che comunque in tali materie il ruolo dei Parlamenti nazionali venga rafforzato<sup>(149)</sup>, in vista di una migliore attuazione del principio di riserva di legge<sup>(150)</sup>. In particolare, si è specificato che il potenzia-

<sup>(148)</sup> Oltre che dal Presidente (V. Giscard d'Estaing) e dai due Vicepresidenti (G. Amato e J.L. Dehaene), la Convenzione è composta da:

— 15 rappresentanti dei Capi di Stato o di Governo degli Stati membri (1 per Stato membro),

— 13 rappresentanti dei Capi di Stato o di Governo dei paesi candidati all'adesione (1 per paese candidato),

— 30 rappresentanti dei Parlamenti nazionali degli Stati membri (2 per Stato membro),

— 26 rappresentanti dei Parlamenti nazionali dei paesi candidati all'adesione (2 per paese candidato),

— 16 rappresentanti del Parlamento europeo,

— 2 rappresentanti della Commissione europea.

<sup>(149)</sup> La Convenzione europea. Nota relativa alla sessione plenaria, Bruxelles, 19 giugno 2002, doc. CONV 97/02, cit., p. 4.

<sup>(150)</sup> In argomento cfr., in generale e per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, I principi e criteri direttivi in tema di sanzioni nelle recenti leggi comunitarie, cit., passim.



mento della partecipazione dei Parlamenti nazionali alle attività dell'Unione concernenti in terzo pilastro potrebbe awenire ad un triplice livello, vale a dire sia nell'ambito dell'elaborazione e dell'attuazione del diritto dell'Unione, sia in sede di controllo politico delle posizioni adottate dai rispettivi governi nel Consiglio<sup>(151)</sup>, sia infine attraverso forme rafforzate di cooperazione tra i parlamenti nazionali e il Parlamento europeo owerò di cooperazione multilaterale<sup>(152)</sup>.

Merita inoltre di essere sottolineato che al processo di democratizzazione necessario per il trapasso dal terzo al primo pilastro della materia penale dovrebbero affiancarsi ulteriori processi riformistici assai eterogenei seppure tra loro complementari: processi diretti a favorire, tra l'altro, una puntuale delimitazione delle effettive competenze dell'Unione in ambito criminale<sup>(153)</sup> e un complessivo ravvicinamento delle condizioni materiali degli Stati membri nei settori nevralgici del diritto penale (quali innanzitutto quelli concernenti le prassi processuali e il trattamento penitenziario)<sup>(154)</sup>, in modo tale da agevolare l'affermarsi del principio del mutuo riconoscimento delle rispettive realtà fattuali. Ora, è di tutta evidenza che mentre una riforma volta a meglio definire la ripartizione delle competenze penali tra Unione e Stati membri appare tutto sommato realizzabile senza eccessive difficoltà, non può certo dirsi altrettanto per le riforme destinate ad incidere sulle fondamentali manifestazioni del "diritto vivente". In questo senso, appare ancora irto di ostacoli il percorso verso l'elaborazione di un vero e proprio "diritto penale europeo" creato ed eventualmente applicato in modo accen-

<sup>(151)</sup> In merito a talune proposte recentemente avanzate al riguardo cfr., diffusamente, La Convenzione europea. Il ruolo dei parlamenti nazionali *nell'architettura* europea, doc. CONV 67/2/02, REV 1, p. 10 ss.

<sup>(152)</sup> In argomento cfr., amplius, *ivi*, p. 7 ss.

<sup>(153)</sup> Cfr., al riguardo, le questioni sollevate in La Convenzione europea. Giustizia e affari interni — stato dei lavori e problematiche generali, Bruxelles, 31 maggio 2002, doc. CONV 69/02, cit., p. 13.

<sup>(154)</sup> Cfr. *ivi*, p. 14. In effetti, la cooperazione in materia penale non può certo prescindere da una reciproca fiducia in ordine alle effettive garanzie proprie dei singoli ordinamenti nazionali. In argomento cfr., Motivazione. Verso una repressione *più* giusta, più semplice e *più* efficace, in Verso uno spazio giudiziario europeo, cit., p. 42-43; volendo BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002, p. 490.

trato<sup>(155)</sup>; ostacoli che, con ogni probabilità, l'imminente allargamento dell'Unione non dovrebbe certo attenuare.

#### 11. *Gli attuali progetti di armonizzazione o unificazione penale all'interno dell'Unione.*

Nonostante quanto appena esposto, alcune recenti elaborazioni della scienza penale dei Paesi dell'Unione tendono a rivelare un sentire omogeneo che potrebbe affondare le sue radici addirittura nello *ius commune* medioevale<sup>(156)</sup>, e che comunque trae nuova linfa dalla convinzione della assoluta necessità di dar vita ad un processo di penetrante omogeneizzazione (o addirittura di unificazione)<sup>(157)</sup> delle risposte punitive concernenti i settori normativi più marcatamente europeizzati<sup>(158)</sup>. Alludo, in particolare, al già ricordato progetto relativo al *Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*<sup>(159)</sup>, e a quello relativo ai cosiddetti *Europa-Delikte*<sup>(160)</sup>. Tali progetti, pur

<sup>(155)</sup> Peraltro, l'istituzione di un autonomo organo giurisdizionale penale europeo, ovvero di una sezione penale d'interno della Corte di giustizia comincia ad essere ventilata in alcuni documenti di fonte "europea". Cfr., ancora, La Convenzione europea. Giustizia e affari interni — stato dei lavori e problematiche generali, Bruxelles, 31 maggio 2002, doc. CONV 69/02, cit., p. 15.

<sup>(156)</sup> In argomento cfr., da ultimo e per tutti, JESCHECK, Nuove prospettive del diritto penale nazionale, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?, Relazione svolta all'Università di Modena e Reggio Emilia il 25 settembre 2002, p. 6 del testo dattiloscritto in corso di pubblicazione.

<sup>(157)</sup> Sui profili "funzionalistici" che indurrebbero a privilegiare l'unificazione (ancorché settoriale) dei sistemi penali europei rispetto ad una loro semplice armonizzazione cfr. BERNARDI, Verso una *codificazione* penale europea? Ostacoli e prospettive, cit., p. 23 ss.

<sup>(158)</sup> Si pensi ad esempio, ai settori delle finanze e della valuta comunitarie, dell'agricoltura, degli alimenti, dell'ambiente, del commercio ecc.

<sup>(159)</sup> Cfr. supra, sub par. 1, nt. 9.

<sup>(160)</sup> In merito a tale progetto cfr. TIEDEMANN, Die *Regelung von* Taterschaft und *Teilnahme* im europaischen Strafrecht, in *Festschrift für* Nishihara, Baden Baden, 1998, p. 496 ss.; Id., Armonizzazione del diritto penale dell'economia *nell'Unione* Europea ("Euro-Delitti"), testo dattiloscritto della relazione tenuta a Bologna il 18 maggio 2001, in corso di pubblicazione; nonché, da ultimo e fondamentalmente, Wirtschaftsstrafrecht in der Europaischen Union. Rechtsdogmatik-Rechtsvergleich-Rechtspolitik *Freiburg-Symposium*, a cura di K. Tiedemann, Köln, 2002.

essendo accomunati dalla volontà di innescare in ambito europeo processi settoriali di uniformizzazione penale assai più penetranti di quelli sino ad oggi registratisi, presentano indubbiamente significative differenze sotto il profilo sia della loro origine sia dei loro contenuti sia del metodo riformistico ad essi proprio.

a) Per quanto specificamente attiene *alle* rispettive origini, occorre precisare che le proposizioni contenute nel progetto di Corpus Juris discendono dai risultati della ricerca sullo "Spazio giudiziario europeo" (161), e sono state fatte proprie dallo stesso Parlamento europeo (162), per sfociare nella "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità" del 26 giugno 2001, e infine nel Libro verde (163) sulla tutela penale degli *interessi finanziari* comunitari e sulla creazione di una procura europea presentato dalla Commissione l'11 dicembre 2001 (164). La matrice "politica" del Corpus Juris — ben spiegabile alla luce del carattere sovrastatale che connota il bene giuridico offeso dalle frodi comunitarie — tende comunque a combinarsi con una parallela matrice "dottrinale", dovuta al fatto che la redazione del progetto in questione è stata affidata ad un gruppo studiosi dei Paesi membri (165): ne è scaturito un prodotto di indiscussa qualità scientifica, redatto nel rispetto di metodi e standards propri della migliore tradizione accademica.

(161) Ricerca iniziata nel 1995 per volontà della Commissione europea. Al riguardo cfr., per tutti, DE ANGELIS, *Il Corpus Juris recante disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea: origine e prospettive*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, cit., p. 351 ss.

(162) Cfr. Doc. Parlamento Europeo n. 222.169.

(163) I "libri verdi" sono comunicazioni pubblicate dalla Commissione su un settore politico specifico. Attraverso tali documenti, le parti interessate (organismi e privati) sono invitati a partecipare al processo di consultazione e discussione, in vista di eventuali, futuri sviluppi della legislazione comunitaria.

(164) In COM (2001)715 def. Sulla questione se il *Corpus Juris* limiti a proporre una penetrante armonizzazione dei sistemi penali dei Paesi membri, ovvero addirittura costituisca un progetto di unificazione penale cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens*, cit., p. 228 ss.

(165) Per un elenco completo dei partecipanti al progetto del *Corpus Juris* v. *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, I, cit., p. III.

Viceversa, il progetto sugli Europa-Delikte appare del tutto privo di una matrice di tipo strettamente "politico": esso costituisce infatti l'esito provvisorio di una iniziativa scientifica privata portata avanti da un gruppo di penalisti europei provenienti da un numero ristretto e abbastanza omogeneo di Paesi membri (166). L'origine essenzialmente scientifico-culturale di tale iniziativa potrebbe forse trovare una immediata spiegazione nel fatto che il disegno di uniformizzazione penale su scala continentale tratteggiato in questo secondo progetto non mira alla tutela di interessi "esclusivi" dell'unione, ma vuole porsi al servizio di un interesse più generalizzato; l'interesse, appunto, all'omogeneizzazione se non addirittura all'unificazione di un settore degli ordinamenti penali (quello lato *sensu* commerciale) destinato a ricoprire un ruolo centrale nella prospettiva di una migliore coesione di una Comunità di Stati sorta e sviluppatasi per ragioni innanzitutto di cooperazione e di integrazione economica.

b) Anche per quanto attiene poi ai rispettivi contenuti, il progetto relativo al Corpus e quello relativo agli "Eurodelitti" presentano, accanto ad alcune convergenze, evidenti divergenze. Vero è infatti che entrambi i progetti contengono sia un gruppo di fattispecie incriminatrici, sia una serie di norme di parte generale; ma è anche vero che mentre il progetto sul Corpus si apre con la rassegna di un insieme di fattispecie davvero molto circoscritto per numero (artt. 1-8) e per tipologia, e prosegue poi con un altrettanto circoscritto numero di principi e istituti di parte generale (artt. 9-17), il progetto Eurodelitti si presenta, per così dire, "a parti invertite", prevedendo innanzitutto una parte generale che con i suoi ventidue articoli è senz'altro assai più ampia e dettagliata rispetto alla parte generale del Corpus *Juris* (167), e quindi una parte speciale di ben trentacinque articoli contenenti un ampio ventaglio di norme incriminatrici concernenti i più diversi ambiti del diritto penale econo-

(166) Vale a dire la Germania, l'Italia, la Spagna e, in una seconda fase, la Francia. La connotazione scarsamente "democratica" in prospettiva europea del progetto *Europa-Delikte* è stata stigmatizzata da DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, in *Riv. it. dir. pen. econ.*, 2002, p. 494.

(167) Cfr., per tutti, TIEDEMANN, *Armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione Europea ("Euro-Delitti")*, cit., pag. 3 del testo dattiloscritto.

mico<sup>(168)</sup>. Sotto questo profilo, sebbene entrambi i progetti si ispirino latamente all'idea "codicistica"<sup>(169)</sup>, il progetto sugli Eurodelitti è senz'altro il solo che, per la sua struttura e le sue dimensioni, tende ad assumere effettivamente le sembianze di un codice, ancorché settoriale<sup>(170)</sup>, mentre il *Corpus Juris*<sup>(171)</sup> parrebbe costituire, a ben vedere, solo un "microsistema penale europeo". Per converso, naturalmente, tenuto conto delle sue particolari caratteristiche, il progetto Eurodelitti parrebbe anche quello destinato a trovare — nonostante il summenzionato interesse "generale" su cui esso poggia — una più difficile accoglienza in ambito europeo, dunque una più ardua traduzione in norme di diritto vigente.

c) Infine, per quanto attiene al metodo *riformistico* proprio dei due progetti, è stato rilevato come mentre il *Corpus Juris* tenderebbe a costituire una mera integrazione dei sistemi penali nazionali, prefiggendosi di affiancare ad essi un modello ordinamentale parallelo<sup>(172)</sup>, il progetto sugli Eurodelitti tenderebbe a sostituirsi alle singole discipline nazionali di settore<sup>(173)</sup>. Resta il fatto che — alla luce di tutta una serie di indizi qui impossibili da analizzare nei dettagli, ma comunque ricavabili dal testo dei due progetti in esame — tanto il *Corpus Juris* quanto gli *Europa-Delikte* appaiono finaliz-

<sup>(168)</sup> Per una rapida rassegna di tali norme, distinte in sette sezioni (tutela dei lavoratori e del lavoro, tutela dei consumatori e della concorrenza, tutela dell'ambiente, diritto penale societario e fallimentare, tutela del credito e dei mercati finanziari, tutela dei marchi comunitari, tutela dell'embargo comunitario) cfr., nella letteratura in lingua italiana, TIEDEMANN, *Armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione Europea ("Euro-Delitti")*, cit., pag. 12 del testo dattiloscritto.

<sup>(169)</sup> In merito al carattere "codicistico" di tali progetti cfr., problematicamente e con varietà di accenti, BERNARDI, *Corpus Juris* e formazione di un diritto penale europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 287 ss.; MILITELLO, Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato, cit., p. 17, nt. 46.

<sup>(170)</sup> Il progetto sugli Eurodelitti viene esplicitamente considerato "simile per struttura a un codice" da TIEDEMANN, *Armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione Europea ("Euro-Delitti")*, cit., pag. 1 del testo dattiloscritto; DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, cit., p. 146; ID. *L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, cit., p. 495.

<sup>(171)</sup> Così, condivisibilmente, DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, cit., p. 494.

<sup>(172)</sup> DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., p. 153.

<sup>(173)</sup> Cfr. DONINI, *ivi*.

zati a perseguire (sia pure con modalità diverse e in settori nient'affatto coincidenti) forme di intenso ravvicinamento dei sistemi penali nazionali, più che vere e proprie forme unificazione penale su scala europea<sup>(174)</sup>.

In questo senso — sebbene in effetti non appaiano del tutto assenti indizi di segno opposto<sup>(175)</sup>, atti cioè a far ritenere che tali progetti costituiscano ipotesi di un' "autentica unificazione settoriale" in ambito penale<sup>(176)</sup> — sembra di poter dire che in tale ambito la meta di una assoluta unificazione, seppure circoscritta a specifici gruppi di fattispecie, risulta ancora esorbitante rispetto ai più immediati traguardi prefissati dalla dottrina penalistica e dalla stessa Unione europea. Una riprova di tale assunto è offerta dalle recenti "Proposte di norme penali comuni in Europa"<sup>(177)</sup> elaborate a conclusione del "Programma Falcone" concernente un "Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata"<sup>(178)</sup>. In effetti le proposte avanzate, frutto di una cooperazione intensa e "paritetica"<sup>(179)</sup> tra i tre gruppi di ricercatori coinvolti (italiano,

<sup>(174)</sup> Si pensi innanzitutto, relativamente al progetto di *Corpus Juris*, al c.d. "principio di complementarietà" del diritto interno (art. 35), in base al quale, al fine di rendere operative le fattispecie di cui agli artt. 1 a 8, le norme di parte generale introdotte dal *Corpus* stesso "sono completate dal diritto nazionale, se necessario". Relativamente poi al progetto sugli eurodelitti, va in particolare sottolineato che quest'ultimo mantiene al suo interno spazi di discrezionalità per i legislatori nazionali, specie per quanto riguarda la disciplina sanzionatoria delle singole fattispecie, lasciata volutamente aperta dai redattori "in considerazione delle forti divergenze fra gli Stati proprio su questo terreno" TIEDEMANN, *Armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione Europea ("Euro-Delitti")*, cit., p. 11 del testo dattiloscritto.

<sup>(175)</sup> Così, ad esempio, nel Libro verde sulla tutela penale degli interessifinanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea dell'11 dicembre 2001 si prevede — previa introduzione nel TCE di un art. 280-bis attributivo di apposite competenze penali alla Commissione — l'adozione non già di una direttiva, ma di un regolamento comunitario "che fissi gli elementi costitutivi dei reati penali (*sic*) per frode e per qualsiasi attività illegale lesiva degli interessi finanziari della Comunità" (Libro verde, par. 2.4., p. 20 del testo dattiloscritto).

<sup>(176)</sup> DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., p. 155.

<sup>(177)</sup> Pubblicate in *Towards a European Criminal Law against Organised Crime*, a cura di V. Militello e B. Huber, Freiburg im Breisgau, 2001, p. 281 ss.

<sup>(178)</sup> Cfr., al riguardo, *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, cit., *passim*.

<sup>(179)</sup> Vale a dire da una cooperazione non contrassegnata — come viceversa è

tedesco e spagnolo) <sup>(180)</sup>, se da un lato hanno ad oggetto un settore criminale diverso o comunque non coincidente rispetto a quelli presi in esame dai due progetti precedentemente ricordati <sup>(181)</sup>, dall'altro lato sembrano propendere anch'esse per una scelta di mera armonizzazione anziché di unificazione penale interstatale. Anzi, ben più di quanto non awenga in questi due progetti, le suddette proposte di norme volte a contrastare la criminalità organizzata, pur caratterizzandosi per una formulazione delle fattispecie assai accurata, sono concepite in modo da lasciare notevoli margini di discrezionalità ai legislatori nazionali <sup>(182)</sup>, e dunque esprimono un modello di armonizzazione "debole", concepito tenendo conto delle non trascurabili differenze tuttora esistenti all'interno dei sistemi penali nazionali considerati.

In definitiva, quindi, gli attuali progetti di armonizzazione penale in ambito europeo esprimono la crescente consapevolezza dell'urgenza di giungere, quantomeno in taluni settori normativi, ad un significativo processo di avvicinamento dei singoli sistemi penali nazionali; ma al contempo rivelano come non appartenga all'oggi il tempo di una assoluta unificazione penale, e quanto sarebbe erroneo sottovalutare, in vista della creazione di una "lingua penale comune", la forza inerziale insita in quell'insieme di peculiarità che caratterizzano i singoli ordinamenti penali nazionali <sup>(183)</sup>. Ma le attuali difficoltà incontrate nel tradurre in realtà il sogno di un "diritto penale europeo" non debbono far dimenticare che il viaggio

---

accaduto nel progetto sugli *Europa-Delikte* — da una evidente prevalenza della componente tedesca.

<sup>(180)</sup> Tali gruppi erano formati da appartenenti alle istituzioni scientifiche, giudiziarie e amministrative dei tre Paesi coinvolti.

<sup>(181)</sup> Vale a dire, per l'appunto, il vasto settore della criminalità organizzata, che in una Europa senza frontiere postula indubbiamente strategie di prevenzione e repressione armonizzate nell'ambito degli Stati dell'Unione.

<sup>(182)</sup> Cfr., sul punto, le precisazioni di MILITELLO, *Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione. La proposta del Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, par. 4.2, sub 4).

<sup>(183)</sup> A favore di un processo di "armonizzazione nella salvaguardia delle differenze" cfr., da ultimo, JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale nazionale, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?*, cit., p. 8-9 del testo dattiloscritto.

verso tale meta è già iniziato, e che esso non potrà che prolungarsi, sull'onda dell'evolversi dell'Unione e della parallela, progressiva evoluzione culturale degli operatori giuridici di settore: almeno sino a quando, nel nome di nuove e non auspicabili esigenze nazionalistiche o comunque particolaristiche, la progressiva "federalizzazione" del vecchio continente non subirà una inversione di tendenza.

## Sez. II: *Europeizzazione del diritto e scienza penale.*

### 12. *Verso una cultura giuridico-penale europea. Le diverse manifestazioni in ambito scientifico del superamento delle tradizioni penali nazionali*

Se, come sopra accennato, il costituirsi di un ordine giuridico europeo vieppiù incidente financo sulla sfera penale implica naturalmente la modificazione delle coordinate culturali dei giuristi di settore, ben si comprende come larga parte di questi ultimi tenda a prendere progressivamente le distanze da quelle concezioni formalistico-giuspositivistiche incentrate esclusivamente su "lo Stato e le norme", come tali dimentiche "della storia, della politica e delle correnti internazionali del pensiero penalistico" <sup>(184)</sup>.

In questa prospettiva, si assiste pertanto ad un allontanamento graduale (anche se, per vero, solo parziale e non privo di risipiscenze) da ogni approccio "autarchico" al fenomeno giuridico-penale; da ogni approccio volto cioè all'enfatizzazione delle peculiarità dogmatiche dell'ordinamento interno, vissute come espressive del "particolare" contesto socio-politico di riferimento, ovvero addirittura come sintomatiche di una superiore cultura giuridica.

Certamente, è impossibile in questo breve lavoro analizzare in dettaglio le diverse manifestazioni dell'attuale evoluzione del pensiero penalistico in senso supra- o trans-nazionale. Ugualmente impossibile risulta inoltre approfondire come e quanto ognuna di tali manifestazioni costituisca la *causa* ovvero, all'opposto, l'*effetto* dei mutamenti istituzionali riscontrabili in ambito continentale. Qui ci si limiterà quindi ad osservare che, in prima approssimazione,

---

<sup>(184)</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 29.

almeno sei sembrano essere le eterogenee dinamiche sottese all'attuale superamento delle tradizioni penali statuali nella prospettiva dell'uropeizzazione delle scienze criminali. *La prima* si esprime in un recupero del giusnaturalismo e dei diritti dell'uomo, accomunati nel fungere da argine al relativismo nazionalistico e da momento di selezione e verifica sia delle generali scelte politico-criminali sia financo dei principi, categorie, istituti dell'ordinamento giuridico interno. *La seconda* consiste nella riaffermazione e valorizzazione di un razionalismo giuridico di matrice anti-statalista, anche se, eventualmente, di carattere sincretistico, e dunque non del tutto insensibile a taluni fondamentali dati d'ordine socio-culturale riflessi dal sistema giuridico nazionale. *La terza* si sostanzia nel rilancio del metodo storicistico, inteso come momento di approfondimento delle passate esperienze giuridiche e di verifica di una loro possibile seppur parziale trasposizione nell'attuale contesto politico-istituzionale, dunque come fonte di riflessione e stimolo in chiave riformista. *La quarta* attiene al potenziamento della comparazione, e alla progressiva evoluzione di questa da strumento meramente conoscitivo a elemento funzionale alla rielaborazione di modelli giuridici eventualmente destinati ad essere trasposti d'interno dei singoli sistemi, quindi a momento giustificativo delle scelte normative operate in ambito nazionale, infine a meccanismo rivelatore dei lati più occulti dell'ordinamento giuridico-penale nazionale, conoscibili per l'appunto solo attraverso il prisma della comparazione. *La quinta* si traduce nella progressiva erosione del tradizionale modello "piramidale" del diritto penale — espressivo di un sistema unitario e verticistico, incentrato su un principio di legalità affidato ad una precisa gerarchia dei testi normativi, e dunque "costretto" all'interno di una razionalità deduttiva e lineare — a favore dell'affermazione di un modello giuridico improntato alla logica della "rete"; modello, questo, caratterizzato da una moltiplicazione di fonti appartenenti a sistemi eterogenei, dall'intreccio di norme prive di un preciso ordine gerarchico e dalla costruzione di un diritto "a più mani", con conseguente rivalutazione dell'apporto della giurisprudenza nel complessivo sviluppo di tale branca del diritto. *La sesta* implica la valorizzazione di un atteggiamento pragmatico dimentico di ogni esigenza di coerenza dogmatica e sistematica, e viceversa attento ad un "sincretismo concettuale" in forza del quale

ogni argomento (assiologico o positivo, razionale o funzionale), così come ogni istituto giuridico, deve essere vagliato in vista sia dell'individuazione del ragionamento o del risultato "migliore" in relazione al problema da risolvere, sia più in generale del perseguimento di un processo di armonizzazione e al contempo di semplificazione degli ordinamenti nazionali.

13. *La "rinascita giusnaturalista" e la "cultura dei diritti dell'uomo" nel processo di destatalizzazione e di europeizzazione della scienza penale.*

Come sopra accennato, una prima manifestazione dell'evoluzione del pensiero penalistico in senso supra- o trans-nazionale si rinviene nella "riscoperta" di principi e concetti generali di fonte metagiuridica capaci di arginare il "relativismo" dei sistemi (penali) interni, e segnatamente di opporsi alle potenziali ingiustizie perpetrabili dal legislatore e dall'interprete (dottrina e giurisprudenza). Affermatasi come noto nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale quale reazione all'*Unrecht* degli ordinamenti totalitari sorti nell'Europa degli anni '30, questa "rinascita giusnaturalista"<sup>(185)</sup> non può ancora dirsi conclusa<sup>(186)</sup>, accompagnando e talora in-

<sup>(185)</sup> Cfr., in particolare, AUER, *Der Mensch hat Recht. Naturrecht auf dem Hintergrund des Heute*, Köln, 1956; DEL VECCHIO, *Mutabilità ed eternità del diritto naturale*, in *Jus*, 1954, p. 1 ss.; FROSINI, *L'attualità del diritto naturale*, in *Riv. it. fil. dir.*, 1961, p. 520 ss.; GALAN DE GUTIERREZ, *El derecho natural y su incesante retorno*, in *Rev. crit. der. inmov.*, 1945, p. 168 ss.; HAENSEL, *Die Zyklische Wiederkehr des Naturrechts*, in *SchwZfS*, 1950, p. 257 ss.; KAUFFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1957; MORELLI, *Il diritto naturale nelle costituzioni moderne*, Milano, 1974; MOSSA, *La rinascita del diritto naturale dopo la catastrofe dell'Europa*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1949, p. 77 ss.; ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. (Linee di una vicenda concettuale)*, in *Jus*, 1960, p. 149 ss., e bibliografia ivi citata a p. 174; WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it., Milano, 1965. In argomento cfr. altresì, MAINHOFFER, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt, 1962, con ulteriori ricchissimi riferimenti bibliografici (p. 580 ss.).

<sup>(186)</sup> Cfr., ad esempio, per una concezione del diritto d'impronta "antologica-mente" giusnaturalista, D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Torino, 2000. Cfr. altresì, sia pure con accenti differenti, VIOLA, *Ragion pratica e diritto naturale: una difesa analitica del giusnaturalismo*, in *Ragion pratica*, 1993, p. 61 ss.

fluenzando significativamente l'attuale evoluzione del diritto su scala continentale.

In effetti, nonostante che l'odierna prevalenza di modelli speculativi a sfondo relativistico<sup>(187)</sup> finisca col ridurre gli spazi lasciati alle concezioni più autenticamente giusnaturalistiche, in una prospettiva di ideale continuità con tali concezioni tende oggi ad affermarsi una "cultura dei diritti dell'uomo" la quale, pur non ignorando la dimensione "storico/culturale" di questi ultimi, non ne rinnega per questo la componente "filosofica", "segnata dalla congiunzione tra il giusnaturalismo moderno e l'illuminismo"<sup>(188)</sup>. Ora, anche chi guarda con scetticismo o ironia al tema dei diritti umani, riconoscendo in esso il luogo di canalizzazione di "sfoghi retorici"<sup>(189)</sup> in precedenza riservati, per l'appunto, al tema del giusnaturalismo o vero, in una ottica non sempre coincidente ma comunque contigua, al tema dell'etica nel discorso giuridico<sup>(190)</sup>, non può disconoscere l'attuale processo di diffusione a livello internazionale dei diritti umani. Processo il quale, come noto, favorisce una sorta di almeno relativa "trasversalità" di tali diritti rispetto alle singole culture localistiche, se non addirittura un loro processo storico di "mondializzazione" destinato, a seconda delle concezioni, a surrogare o vero ad affiancare quella tradizionale dimensione universalistica dei diritti fondamentali<sup>(191)</sup> che troverebbe la sua radice, ad un tempo, "nel cuore e nella ragione dell'uomo"<sup>(192)</sup>.

(187) Particolarmente evidenti nelle attuali concezioni filosofiche a carattere analitico: cfr., per tutti, MACKIE, *Etica: inventare il giusto e l'ingiusto*, Torino, 2001.

(188) VIOLA, *Le origini ideali dei diritti umani*, in VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, 2000, p. 18. Per una valorizzazione della dimensione giusnaturalista dei diritti umani cfr., ad esempio, MACHAN, *A Reconsideration of Natural Rights Theory*, in *American Philosophical Quarterly*, 19, 1982, p. 61 ss.

(189) VIOLA, *Diritti dell'uomo diritto naturale etica contemporanea*, Torino, 1989.

(190) Per una recente prospettiva di convergenza tra etica e giusnaturalismo cfr. DIJON, *Droit naturel*, t. I, *Les questions du droit*, Paris, 1998; ID., *Itineraire philosophique vers la source du droit commun*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2001, p. 7 ss.

(191) In merito alla quale cfr., per tutti e con varietà di accenti, Pluralità delle culture e universalità dei diritti, a cura di F. D'Agostino, Torino, 1996; NINO, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1991; VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Roma-Bari, 1997; ID., *Etica e metaetica dei diritti umani*, cit.

(192) SALAS, *Vers un droit commun européen? Propos introductif*, in *Droit et Justice*, n. 33, 2002, p. 286.

In ogni caso, sia la persistente "anima ecumenica" dei diritti in questione sia le sempre più evidenti ricadute di questi ultimi sul diritto penale sembrano testimoniate, tra l'altro, dall'istituzione di numerosi tribunali internazionali la cui attività risulta latamente ispirata alla "formula di Radbruch"<sup>(193)</sup>. In effetti, il "primato" dei diritti dell'uomo sul "diritto positivo ingiusto" e sull'ordine legale in cui esso si esprime<sup>(194)</sup>, se da un lato comporta complessi problemi di costituzionalità<sup>(195)</sup>, dall'altro lato tende a sgretolare la dimensione meramente "provinciale" del diritto penale<sup>(196)</sup>, in nome di esigenze di diritto sostanziale destinate a bilanciare — sia pure con

(193) Secondo la quale, come noto, "il diritto positivo [...] conserva il suo predominio anche quando materialmente ingiusto e inadeguato, a meno che il contrasto tra la legge positiva e la giustizia raggiunga una misura tanto intollerabile che la legge, in quanto "diritto iniquo", debba essere piegata alla giustizia": RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht*, in *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1973, p. 345. In argomento cfr., in particolare, VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001. Cfr. altresì, d'interno di una ormai vasta bibliografia, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, a cura di G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio, Torino, 2000, e bibliografia ivi riportata; *The Statute of the International Criminal Court. A Documentay History*; a cura di M. C. Bassiouni, New-York, 1998; BAZELAIRE, CRETIN, *La justice pénale internationale*, Paris, 2000; MUHM, *Il "muro di Berlino"*, i processi paralleli e il diritto naturale in Germania, in *Indice pen.*, 1994, p. 625 ss.; VASSALLI, *Il divieto di retroattività nella giurisprudenza della Corte europea*, in *I diritti dell'uomo — cronache e battaglie*, 2001, n. 1, p. 5 ss.

(194) Primato, questo, evidenziato già dal comma 2 dell'art. 7 CEDU il quale, in deroga a quanto disposto dal comma 1 dello stesso articolo, prevede che possano venire processati e condannati gli autori di fatti considerati criminali secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, ancorché al momento della loro commissione detti fatti non costituissero reato secondo il diritto nazionale o internazionale. Sul punto cfr., volendo, BERNARDI, *Nessuna pena senza legge* (art. 7), in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, p. 297 ss.

(195) In merito ai quali cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *ivi*, p. 304 ss.

(196) Sul carattere marcatamente "provincialistico/nazionalistico" del diritto penale cfr., tra gli altri, ALBRECHT, BRAUM, *Insufficienze nell'evoluzione del diritto penale europeo*, in *Critica del diritto*, 1999, p. 615; BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale commerciale?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 5; DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 543; ID., *Union européenne et droit pénal*, in *Cahiers de droit européen*, 1997, p. 608; DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

esclusivo riferimento a taluni casi limite — le contrapposte esigenze di legalità formale proprie dei singoli ordinamenti nazionali (197).

È comunque importante sottolineare che oggi la dimensione "antistatualista" dei diritti dell'uomo emerge anche laddove il loro fondamento sia visto non già o non solo nella stessa "natura umana", come vuole la moderna concezione propria del giusnaturalismo razionalistico, ma anche se non soprattutto nella storia e nella cultura dei popoli (198). È infatti di tutta evidenza che ormai, almeno a livello europeo, i diritti dell'uomo non si ricavano tanto dalle specificità culturali dei singoli Stati, quanto piuttosto da quell'insieme di concezioni e principi radicatisi nella tradizione europea (199); tradizione rispecchiata prima dall'unità religiosa cristiana (certo in declino, ma ancora viva sul piano dei valori), poi dai principi liberali dell'epoca dei lumi, infine e più in generale da quei costumi, concezioni, modelli sociali ormai tendenzialmente omogenei in ambito continentale ancorché vieppiù insidiati dall'evoluzione in senso multiculturalista della società occidentale (200).

2001, p. 29; TIEDEMANN, L'europeizzazione del diritto penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, p. 3.

(197) Al riguardo cfr. già gli spunti di CHIAVARO, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale, Milano, 1969, p. 128.

(198) In una prospettiva di secolarizzazione dei diritti dell'uomo cfr., emblematicamente e per tutti, PECES-BARBA, Teoria dei diritti fondamentali, Milano, 1993, passim; PERELMAN, *Ethique et droit*, Bruxelles, 1990, in particolare p. 469 ss.

(199) Cfr. al riguardo, anche per ulteriori puntualizzazioni e per taluni distinguo, GAMBINO, Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali, in Costituzione italiana e diritto comunitario, a cura di S. Gambino, Milano, 2002, p. 33 ss.; MODERNE, la notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne, in Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, a cura di F. Sudre e H. Labayle, Bruxelles, 2000, in particolare p. 59 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

(200) Sullo spettacolo oggi offerto dalla coesistenza nel mondo occidentale di etnie e religioni diverse, e sui riflessi di tale situazione sul piano dei diritti cfr., in particolare, Pluralità delle culture e universalità dei diritti, cit.; *Multicultural questions*, a cura di C. Joppke e S. Lukes, Oxford, 1999; COHN BENDIT, SCHMIDT, Patria Babilonia: la sfida della democrazia multiculturale, Roma, 1994; FACCHI, I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione, Roma-Bari, 2001; GAMBERINI, MARTELLI, PASTORE, Multiculturalismo dialogico?, Padova, 2002; KYMLICKA, La cittadinanza multiculturale, Bologna, 1999; Education in multicultural societies, a cura di T. Corner, London, 1984; LYNCH, Educazione multiculturale in una società globale, Roma, 1993; MACEDO, Diversity

Del resto, il processo di europeizzazione dei diritti fondamentali ben si coglie dall'esame del modo in cui si sono manifestati e tuttora si manifestano il progressivo ravvicinamento e l'integrazione tra due mondi in origine nettamente separati: quello dei diritti dell'uomo e quello del diritto comunitario (201). Come noto, infatti, il crescente riconoscimento dei diritti fondamentali d'interno del diritto comunitario — funzionale allo scopo di affermare in via definitiva il primato di quest'ultimo sul diritto interno (202) — tende a realizzarsi sulla base di un approccio comparatistico che tiene conto del livello di sviluppo di tali diritti all'interno dei Paesi membri (203). Più precisamente, è stata la Corte di giustizia — sulla base di taluni articoli del Trattato CE che sembrano autorizzare il ricorso a principi generali di diritto non scritto per colmare le lacune del diritto comunitario scritto (204) — ad aver ricondotto all'interno del catalogo di principi in materia di diritti fondamentali implicitamente

and *distrust*: civic education in a multicultural democracy, Cambridge-London, 2000; PANNIKAR, La torre di Babele. Pace e pluralismo, San Domenico di Fiesole, 1990; SARTORI, Pluralismo, *multiculturalismo* e estranei: saggio sulla società multietnica, Milano, 2002; TAYLOR, Multiculturalismo. La politica del riconoscimento, Milano, 1993; TIE, Legal pluralism: toward a multicultural conception of law, Aldershot, 1999.

(201) La natura essenzialmente economica dei Trattati CEE, Ceca ed Euratom aveva infatti portato a trascurare, nella prima fase della costruzione europea.

(202) Primato il quale, viceversa, sarebbe potuto risultare fortemente ostacolato già sul piano logico da un'eventuale carenza di protezione a livello comunitario dei diritti dell'uomo riconosciuti ai cittadini degli Stati membri dalle rispettive Costituzioni nazionali, con conseguente rischio di promulgazione da parte degli organi comunitari di testi in contrasto con tali diritti. In relazione a tale problematica, e agli sviluppi ad essa conferiti in particolare dalle Corti costituzionali italiana e tedesca, la bibliografia è ormai sterminata: cfr., sinteticamente e per tutti, TESAURO, I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, cit., p. 434 ss.

(203) In argomento cfr., per tutti, ADINOLFI, I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1994, p. 521 ss.; CAPOTORTI, Il diritto comunitario non scritto, in Dir. com. scambi intern., 1983, p. 403 ss.; GRECO, I diritti fondamentali nella Costituzione europea, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2001, p. 187 ss.; SOMMA, L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario, cit., p. 218 ss.; TESAURO, Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, Annuario 1999 - la Costituzione europea, Padova, 2000, p. 297 ss.; TORIELLO, I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione, Milano, 2000.

(204) Artt. 220, 230 e 288.

recepiti e tutelati dal diritto comunitario tutti i diritti fondamentali previsti sia dalle Carte internazionali cui aderiscono i Paesi dell'Unione<sup>(205)</sup> sia dalle Costituzioni di tali Paesi: con l'ulteriore puntualizzazione che, quantomeno secondo l'orientamento giurisprudenziale predominante<sup>(206)</sup>, i diritti fondamentali di fonte costituzionale vengono integrati nell'ordinamento comunitario sulla base del livello di evoluzione da essi prevalentemente assunto negli Stati dell'Unione<sup>(207)</sup>, e ricavato appunto attraverso un'opera (per

(205) Per un completo elenco delle fonti internazionali utilizzate in sede di individuazione dei diritti fondamentali accolti in ambito comunitario e delle relativa giurisprudenza della Corte di giustizia cfr., in particolare, PICOD, *Les sources, in Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, cit., in particolare p. 146 ss.

(206) In merito ai criteri (ulteriori rispetto a quello qui considerato) adottati dalla Corte di giustizia per l'individuazione e l'implementazione dei diritti fondamentali di derivazione costituzionale cfr., per tutti, BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 181 ss.; MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1983, p. 716 ss.; MODERNE, *la notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne*, cit., in particolare p. 50 ss.; PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, cit., p. 353 ss.; SCHERMERS, *The European Communities bound by Fundamental Human Rights*, in *Common Market Law Review*, 1990, p. 254 ss.; SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano 1982, p. 61 ss.; TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, p. 734 ss.; TOTH, *Legal Protection of Individuals in the European Communities*, Amsterdam, 1978, p. 109 ss.; WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985, p. 160.

(207) E tenuto conto altresì delle esigenze dell'ordinamento comunitario, ovvero — in una prospettiva parzialmente diversa — nella misura della loro compatibilità con la struttura e gli obiettivi di quest'ultimo. Cfr., per tutti e con diverse sfumature, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., p. 553 ss.; ANCORA, *Corte di giustizia CEE e diritti fondamentali*, in *Giur. merito*, 1992, p. 754; CIRAOLO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle Comunità europee*, in *Nomos*, 1993, p. 29 ss.; DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1984, p. 401 ss.; GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. intern.*, 1988, p. 579 e bibliografia ivi riportata; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 61 ss.; ID., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, p. 626, con ulteriori riferimenti bibliografici; LORENZ, *General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities*, in *American Journal of Comparative Law*, 1964, p. 12 ss.;

vero assai poco meticolosa)<sup>(208)</sup> di comparazione su scala europea<sup>(209)</sup>.

Da ultimo — nell'ambito di un più generale processo di trasposizione in fonti scritte dei diritti fondamentali, connesso al progredire della costruzione europea<sup>(210)</sup> — l'idea secondo la quale i diritti dell'uomo riconosciuti all'interno dell'Unione debbano essere raccolti in un organico documento destinato a renderli più manifesti<sup>(211)</sup> ha portato, come noto, al varo della Carta europea dei diritti. Ma è importante sottolineare che tale Carta, se da un lato "potrebbe prendere il posto, nella giurisprudenza comunitaria, delle tradizioni costitu-

MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 1997, p. 260 ss.; PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 176 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; VERGÈS, *Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire*, in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, p. 525 ss.; VOGEL, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, in *JZ*, 1995, p. 336; ZWIEGERT, *Les principes généraux du droit des Etats membres, in Droits des Communautés européennes*, diretto da Ganshof van der Meersch, Bruxelles, 1969, p. 444 ss.

(208) Al riguardo cfr., per tutti, le osservazioni di AZZENA, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *La difficile Costituzione europea*, a cura di U. De Siervo, Bologna, 2000, p. 269; GAMBINO, *Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali*, cit., p. 39 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

(209) In linea con l'esigenza di sviluppare i diritti fondamentali in sintonia con posizioni convergenti o dominanti d'interno degli Stati membri, cfr. in particolare le conclusioni degli avvocati generali relativamente alle sentt. 28 maggio 1970, causa 36/69 (Peco), in *Racc.*, 1970, p. 375; 15 luglio 1970, causa 41/69 (ACF Chemiefarma) in *Racc.*, 1970, p. 712 ss.; 14 dicembre 1972, causa 7/72 (Boehringer), in *Racc.*, 1972, p. 1294; 24 ottobre 1973, causa 5/73 (Balkan), in *Racc.*, 1973, p. 1130; 8 ottobre 1974, causa 175/73 (Union syndacale) in *Racc.*, 1974, p. 928 ss.; 25 maggio 1978, cause riunite 83 e 94/76, 5, 15 e 40/77 (Bayerische), in *Racc.*, 1978, in particolare p. 1235 lett. b); 5 aprile 1979, cause riunite 220 e 221/78 (A.L.A. e A.L.F.E.R.), in *Racc.*, 1979, p. 1700; 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88 (Hoechst), in *Racc.*, 1989, p. 2923.

(210) In merito a tale processo cfr., per tutti, PICOD, *Les sources*, cit., p. 151 ss.

(211) Cfr. Consiglio europeo di Colonia, 3-4 giugno 1999, *Conclusioni della Presidenza*, n. 44 e allegato IV. In dottrina cfr., per tutti, DIX, *Charte des droits fondamentaux et convention. Des nouvelles voies pour réformer l'UE*, in *Rev. Marché comm. Un. eur.*, 2001, p. 306; PACIOTTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: una novità istituzionale*, in *Teoria politica*, 2001, p. 28; TULKENS, CALLEWAERT, *La Convention européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Archives de politique criminelle*, n. 22, 2000, p. 34.



zionali comuni agli Stati membri" (212), dall'altro lato non per questo rinnega la dimensione non solo "ideale" (213), ma anche "storico-comparatistica" del catalogo di statuizioni in essa contenute (214). Catalogo deputato, con ogni probabilità, a costituire in futuro il nucleo centrale di una Costituzione europea degna di rappresentare il livello di valori e di principi espresso da un continente considerato "la culla dei diritti dell'uomo" anche da chi si dichiara alieno da "una lettura puramente oggettiva e positiva" di questi ultimi (215).

14. *Le attuali concezioni giuridiche a sfondo razionalistico e le loro valenze antistatualiste e europeiste.*

Una ulteriore manifestazione dell'attuale tendenza del pensiero penalistico ad evolvere in senso trans-nazionale si rinviene nelle moderne concezioni tese a valorizzare il carattere "razionale" della

(212) AZZENA, Le forme di *rilevanza* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cit., p. 269.

(213) Dunque latamente "giusnaturale". È infatti noto l'apporto del giusnaturalismo alla redazione delle Carte (come per l'appunto la Carta europea dei diritti) tese a racchiudere quei "principi e valori... in cui si risolve il concetto concreto di diritto di natura" PERTICONE, voce *Diritto* naturale (teoria moderna), in *Noviss. Dig. It.*, vol. IV, p. 954. In merito ai contenuti di diritto lato sensu "naturale" propri delle Carte fondamentali cfr., ad esempio, MORELLI, Il diritto naturale nelle costituzioni moderne, cit., passim. Per una radicale concezione "universalistica" dei diritti sanciti dalla Carta europea dei diritti cfr., in particolare, TULKENS, CALLEWAERT, La Convention européenne des droits de l'homme *du Conseil de l'Europe et* la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, cit., p. 38.

(214) Per una energica sottolineatura del ruolo della comparazione nella stesura e nella ricostruzione per via giurisprudenziale dell'esatta portata dei diritti sanciti dalla Carta europea cfr., in particolare, MASTROIANNI, Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1873 ss. Tra gli altri, sottolineano con varietà di accenti la connotazione "storico-comparatistica" dei diritti in questione BALDASSARRE, La Carta europea dei diritti, resoconto della relazione svolta il 28 maggio 1999 a cura di Politi, Scaccia, in <http://www.google.com/search?q=cache:www/europa/carta/+carta+europa+dei+diritti>, p. 1 del testo dattiloscritto; DIEZ-PICAZO, Notes sur la nouvelle Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 673; RODOTÀ, La Carta come atto politico e come documento giuridico, in *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, p. 64 ss.; VITORINO, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, in *Rev. dr. Un. eur.*, 2000, p. 502.

(215) SALAS, Vers un droit commun européen? Propos *introductif*, cit., p. 285 ss.

scienza giuridica. Carattere, questo, sottolineato non solo da quelle concezioni neo-giusnaturaliste atte a far coincidere i concetti di "natura" e di "ragione" (216), ma anche da quelle concezioni neo-positivistiche ed ermeneutiche tese a privilegiare gli aspetti di razionalità — dunque d'universalità — della metodologia giuridica. Ancorché non ancora adeguatamente approfondita (217), tale evoluzione della scienza giuridica in direzione razionalista e antistatualista si manifesta con evidenza anche in ambito penale, potendo finire col condizionare persino le codificazioni criminali, tradizionalmente considerate la forma di estrinsecazione del potere legislativo massimamente espressiva di una concezione nazionalistica del diritto.

Al riguardo, occorre innanzitutto premettere che la "statualizzazione" dei codici moderni deve considerarsi non già il risultato ineluttabilmente inscritto nel loro patrimonio genetico, ma piuttosto il prodotto delle concezioni positivistiche-nazionalistiche insite, in un ben preciso periodo storico, nelle diverse componenti culturali e giuridiche chiamate ad interagire coi codici stessi (218). In questo senso, sembra dunque lecito ritenere che, in un mutato clima culturale e giuridico, i processi di codificazione potrebbero cessare di porsi quali simboli tangibili dello statualismo penale, per divenire lo strumento privilegiato di forme vieppiu estese di armonizzazione o di unificazione normativa su scala transnazionale. In termini più espliciti, questa eventuale "rivoluzione copernicana" dei codici penali appare quantomeno non del tutto utopistica ove si rifletta sul

(216) Sul c.d. giusnaturalismo razionalistico cfr., per tutti, FASSÓ, La legge della ragione, Bologna, 1964, e bibliografia ivi riportata. Cfr. altresì, per tutti, HAARSCHER, Philosophie des droits de l'homme, Bruxelles, 1991, p. 19 ss.; JESTAZ, *Autorité et raison en droit naturel*, in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, 1988, in particolare p. 259 ss.

(217) Sottolinea le perduranti incertezze circa la maggiore o minore influenza del diritto naturale sulla metodologia giuridica SANTINI, *Nascita di una nuova disciplina: la "storia del diritto europeo"*, in *Arch. giur.*, 1994, p. p. 201.

(218) Cfr., tra gli altri, DAVID, I grandi sistemi giuridici contemporanei, Padova, 1994, p. 53 ss.; ARNAUD, Pour une *pensée juridique* européenne, Paris, 1991, p. 134 ss. La tendenziale valenza universalistica delle codificazioni, anche penali, particolarmente evidente nel codice penale Napoleone del 1810, non ha ovviamente impedito il varo di codici penali impregnati ab origine di spirito nazionalistico quando non addirittura xenofobo. Cfr., al riguardo, le osservazioni di BETTIOL, *Sull'unificazione del diritto penale europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 9-10.

fatto che i processi di codificazione avvenuti in epoca moderna, pur risultando strettamente legati a soluzioni pragmatiche e relativistiche sintomatiche delle particolarità dei singoli contesti storici e geografici in cui essi erano concepiti <sup>(219)</sup>, si rivelavano però, al contempo, espressione di concezioni giusnaturalistico-razionalistiche a sfondo tendenzialmente universalistico. In altre parole, seppure introdotti giocoforza in ambiti geograficamente delimitati, i codici penali moderni mantenevano pur sempre un nucleo strutturato in termini assoluti, in quanto non prioritariamente focalizzato su un dato contesto storico-politico, ma piuttosto teso a rinnovare la tradizione del diritto comune, di cui tali codici volevano per l'appunto costituire una esposizione aggiornata e sistematizzata.

Amnesso che quanto sin qui detto sia vero, non è difficile capire come l'odierna fase di crisi del nazionalismo giuridico, conseguente alla rinascita del diritto naturale, o comunque alla prepotente affermazione di concezioni d'impronta razionalistica, potrebbe consentire di riproporre la dimensione intrinsecamente sovrastatuale dei processi di codificazione. In questo senso, tali processi, lungi dal rafforzare le barriere scientifiche tra gli Stati, potrebbero forse favorire, nel nome di un superiore diritto "giusto e razionale", una sorta di riacquistata comunanza giuridica tra le nazioni.

A questo proposito, tuttavia, una precisazione si impone. Nell'attuale contesto storico, l'idea che tale comunanza possa assumere una valenza tendenzialmente *universale* — sino a dar vita ad un codice penale valido su scala mondiale — va considerata senz'altro illusoria: essa sarebbe infatti espressiva di una concezione giusnaturalista di tipo classico, come tale eccessivamente assolutistica in quanto dimentica degli inevitabili condizionamenti prodotti sul piano giuridico dalle variabili socio-culturali proprie delle diverse aree del pianeta. Meno irrealista risulta, al contrario, l'idea di una comunanza giuridico-penale in un ambito meramente continentale, la quale parrebbe perfettamente in linea con le più recenti concezioni giusnaturaliste e razional-positiviste, tutte in misura maggiore o minore a carattere sincretistico, in quanto storicamente e culturalmente condizionate. In questo senso, è presumibile ritenere che,

<sup>(219)</sup> Cfr., in particolare, CARTUYVELS, *Elements pour une approche généalogique du code pénal*, in *Déviance et société*, 1994, n. 18, p. 383 ss.

alla luce di tali concezioni giuridiche — d'impronta antistatualistica ma al contempo consapevoli della ineliminabile influenza delle variabili "storiche" all'interno dei sistemi normativi — l'ambito di vigenza dei codici non potrebbe oltrepassare i limiti estremi consentiti dalla sussistenza di una comune cultura giuridica, e dunque non potrebbe valicare i confini entro i quali si trova racchiusa la cultura giuridica europea <sup>(220)</sup>.

Tutto ciò premesso, il fatto che queste concezioni giuridiche sincretistiche a sfondo razionalistico tendano progressivamente ad affermarsi anche in sede penale sembra avvalorato dall'esame dei summenzionati progetti varati in Europa <sup>(221)</sup> e finalizzati a perseguire, a seconda dei punti di vista, forme vuoi di intenso ravvicinamento dei sistemi penali nazionali, vuoi di vera e propria unificazione penale. E invero — indipendentemente dalle divergenze riscontrabili in dottrina in merito al loro livello di incompletezza e al loro fine ultimo — appare indiscutibile che i progetti relativi al *Corpus Juris* e agli *Europa-Delikte* costituiscano, sia pur con le differenze in precedenza sottolineate <sup>(222)</sup>, altrettanti disegni di microcodificazione penale capaci di rivitalizzare il dibattito sull'esigenza di un diritto penale europeo e sui metodi per realizzarlo <sup>(223)</sup>. In particolare, posto che a tali progetti sembra sottesa l'idea di una armonizzazione/unificazione penale <sup>(224)</sup>

<sup>(220)</sup> In merito alla quale cfr., in particolare e con varietà di accenti, BASEDOW, *Rechtskultur — zwischen nationalem Mythos und europaischem Ideal*, in *ZEuP*, 1996, p. 379 ss.; HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, in *Riv. eur. dir. pubbl.*, 1994, p. 287 ss.; WIEACKER, *Foundations of European Legal Culture*, in *The American Journal of Comparative Law*, 38, 1990, p. 1 ss.

<sup>(221)</sup> Cfr. supra, sub sez. I, par. 11.

<sup>(222)</sup> Cfr. ancora supra, sub sez. I, par. 11.

<sup>(223)</sup> Con specifico riferimento al ruolo del *Corpus Juris* nell'ambito della discussione sull'esigenza di un sistema penale a carattere sovrastatuale cfr., tra gli altri, GRASSO, *La formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, cit., p. 31; MANACORDA, *Le droit pénal et L'Union européenne: esquisse d'un système*, in *Rw. sc. crim.*, 2000, p. 98 ss., e bibliografia ivi riportata; MORALES PRATS, *Los modelos de unificación del Derecho Penal en la Unión europea: reflexiones a propósito del Corpus Juris*, in *Revista penal*, 1999, p. 29 ss.; VERVAELE, *Préface*, in *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, I, cit., p. V.

<sup>(224)</sup> *Sull'unificazione penale europea* cfr. per tutti, in una più generale prospettiva disancorata dalla problematica del *Corpus Juris*, *Europäische Einigung und Europaisches Strafrecht*, cit.; *Bausteine des europaischen Wirtschaftsstrafrechts*. Madrid — Symposium für Klaus Tiedemann, a cura di B. Schunemann, C. Suarez Gonzales, Köln,

perseguita attraverso forme settoriali di codificazione<sup>(225)</sup>, appare inutile sottolineare come l'ammissione in prospettiva europeista di forme di codificazione limitate a particolari campi del diritto penale contribuisca a rendere un po' meno irrealistico un eventuale codice penale continentale, peraltro già auspicato (sia pure nella mera forma di codice-modello) dalle organizzazioni europee<sup>(226)</sup> e considerato con attenzione da una crescente parte della dottrina<sup>(227)</sup>.

Berlin, Bonn, Munchen, 1994; DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, 1994, passim; Id., *Verso un diritto penale comune europeo?*, cit., p. 543; Id., *Union européenne et droit pénal*, cit., p. 608; FRAGOLA, ATZORI, *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., passim; GRASSO, *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una politica criminale europea?*, in *Indice pen.*, 1993, p. 65 ss.; SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 985 ss.; TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, cit., p. 3 ss.; VOGEL, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, cit., p. 336 ss.; volendo BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, cit., passim.

<sup>(225)</sup> Cfr., specificamente, PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte generale" di un codice penale dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, in particolare p. 473. In effetti, è stata la stessa DELMAS-MARTY ad avallare, in taluni suoi scritti, la tesi di un'unificazione europea circoscritta a taluni settori del sistema penale. Cfr., ad esempio, *Politique criminelle d'Europe*, in *Towards Universal Law. Trend in National, European and International Lawmaking*, Uppsala, 1995, p. 79 ss. In una prospettiva codicistica a carattere nazionale, l'ipotesi di "un insieme di codici o corpi normativi settoriali, distinti per materia e per tecniche di tutela" è evocata, in particolare, da FIANDACA, *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale*, in *Foro it.*, 1994, c. 14; Id., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 137 ss. Cfr. altresì, per tutti e in termini più sfumati, PALAZZO, *A proposito di codice penale e leggi speciali*, in *Questione giustizia*, 1991, p. 312 ss.

<sup>(226)</sup> Invero, già nel 1971 il Consiglio d'Europa sottolineava l'opportunità di varare un codice penale modello. Cfr. *Model Penal Code for Europe. Memorandum prepared at the request of the legal affairs committee of the Council of Europe* (Nr. AS/Jur[22]45). Con specifico riferimento a tale progetto, nuovamente sollecitato dal Consiglio d'Europa a oltre vent'anni di distanza (cfr. Consiglio d'Europa, *Assemblea parlamentare, Proposta di raccomandazione per un codice penale modello europeo*, Doc. 6851 del 28 maggio 1993) cfr., in particolare, ENSCHEDÉ, *Een uniform europees strafrecht?*, Arnhem, 1990; RÜTER, *Harmonie trotz Dissonanz. Gedanken zur Erhaltung eines funktionsfähigen Strafrechts im grenzenlosen Europa*, in *ZStW*, 105, 1993, p. 37; SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 29 ss., 38.

<sup>(227)</sup> Sia pure con notevole varietà di toni, e con l'occhio rivolto ad un futuro non immediato, favorevolmente ad un codice penale europeo si sono espressi, tra gli altri, BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, cit., passim; Id., *Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens*, cit., p. 231 ss.; CADOPPI,

Certamente, non può negarsi che oggi la massima parte della dottrina ritiene del tutto prematura l'ipotesi di un codice penale uniforme, e che non pochi studiosi si dichiarano anche, con varie argomentazioni, contrari alla redazione di un codice penale modello<sup>(228)</sup>. Resta il fatto che, a mio avviso, la redazione di un siffatto testo codicistico avrebbe molte ricadute positive, favorendo il miglioramento del dibattito scientifico e la sua "concentrazione" attorno ad un oggetto determinato<sup>(229)</sup>. In particolare, nell'attuale momento storico un modello di codice penale europeo potrebbe perseguire due scopi tendenzialmente convergenti: lo scopo culturale e scientifico di favorire uno sviluppo vieppiù omogeneo della scienza penalistica su scala continentale, nonché lo scopo di stimolare un processo riformistico degli ordinamenti penali nazionali e in specie dei relativi codici, nel segno della razionalizzazione e del ravvicinamento di questi ultimi.

## 15. La rivalutazione della storia del diritto penale nella prospettiva dell'armonizzazione/unificazione dei sistemi nazionali.

Passando ora d'esame della terza delle summenzionate dinamiche nelle quali trova espressione l'attuale superamento delle tradizioni penali statuali nella prospettiva di una loro progressiva

*Towards a European Criminal Code?*, in *Eur. Jour. Crime Crim. Law Crim. Jus.*, 1996, p. 2 ss.; DANNECKER, *Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft*, in *Festschrift für Hirsch*, a cura di T. Weigend, G. Kupper, Berlin, 1999, p. 141 ss.; PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte generale" di un codice penale dell'Unione europea*, cit., p. 466 ss.; PARODI GIUSINO, *Diritto penale e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 110. Cfr. altresì, a favore di un codice penale modello per l'Unione europea, CADOPPI, *Verso un diritto penale unico europeo?*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, cit., p. 39; PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 205; SIEBER, *Memorandum on a European Model Code*, in *European Journal of Law Reform*, 1998/1999, vol. 1, n. 4, p. 445 ss.

<sup>(228)</sup> Sul punto cfr., amplius, BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens*, cit., p. 231-232.

<sup>(229)</sup> In argomento cfr. le osservazioni di SIEBER, *A propos du code pénal type européen*, in *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 28.

europizzazione, occorre soffermarsi sulla valorizzazione sul piano giuridico-criminale delle ricerche a carattere storico e della loro funzionalizzazione in prospettiva riformistica.

Al riguardo, occorre precisare come il rilancio del metodo storicistico nell'ambito dello studio del sistema penale sembri trovare una prima spiegazione nel fatto che l'odierno processo di costruzione dell'Unione europea costituisce un'esperienza unica ed originale, rispetto alla quale gli attuali modelli rappresentati dai sistemi federali nord-americani e più in generale dalle moderne, progressive agglomerazioni di Stati owerò di entità politiche o giuridiche a carattere regionale non appaiono costituire un valido punto di riferimento. Infatti, a tacer d'altro, i modelli federali nordamericani non hanno dovuto confrontarsi, nel loro processo evolutivo, con quelle culture giuridiche nazionali forti e ben differenziate che contraddistinguono il panorama europeo; mentre altri modelli anche a carattere assai eterogeneo (si pensi, ad esempio, al modello svizzero o a quello offerto dal "Comitato nordico di diritto penale" <sup>(230)</sup>) possono giovare di tradizioni socio-culturali assai omogenee. Dunque, nella ricerca di modelli giuridici di riferimento, la consapevolezza delle peculiarità della costruzione europea rispetto agli attuali modelli giuridici complessi induce a cercare tali riferimenti non tanto in modelli contemporanei, quanto in modelli risalenti della tradizione europea precedente l'epoca degli stati nazione.

In questo senso, non desta stupore che — secondo taluni — solo attraverso un'analisi storica risulti forse possibile rinvenire modelli giuridici in qualche misura rapportabili d'attuale fenomeno di creazione di uno spazio giuridico europeo, e (senza per questo dover

<sup>(230)</sup> Sulla evoluzione storica della "Cooperazione internordica in materia penale" posta in essere dai Paesi dell'Unione nordica cfr., amplius e per tutti, ROMANDER, *Les tentatives d'harmonisation et d'unification du droit pénal et de la procédure pénale dans les Etats nordiques*, in *Droit pénal européen*, Bruxelles, 1970, p. 557 ss. Cfr. altresì, più in generale, *Le droit pénal des pays scandinaves*, Paris, 1969; *Les orientations actuelles de le politique miminelle dans les pays nordiques*, in *Archives de politique miminelle*, n. 4, 1980, p. 223 ss, con articoli di INGSTRUP (p. 225), LEHTIMAJA (p. 241), RÖSTAD (p. 269), NELSON (p. 271); *Les grandes orientations de le politique miminelle actuelle (pays nordiques)*, in *Archives de politique criminelle*, n. 6, 1983, con articoli di RÖSTAD (p. 209) e ANTILLA (p. 217).

aderire acriticamente alla concezione vichiana della storia) capaci eventualmente di aiutare a comprenderne e favorirne i futuri sviluppi <sup>(231)</sup>.

Certamente, potrebbe di primo acchito apparire paradossale un ricorso al metodo storico per awallare i moderni impulsi all'europeizzazione del diritto penale e per coglierne talune implicazioni tecnico-scientifiche: è noto infatti che proprio nella scuola storica si sono condensate quelle istanze volte ad affermare l'esistenza e la piena legittimità di diritti e di scienze giuridiche peculiari dei singoli Stati, e dunque votate a screditare ogni ecumenismo giuridico di tipo transnazionalista.

È chiaro, tuttavia, che l'attuale rivisitazione del processo di costruzione europea in chiave storica non si prefigge l'obiettivo di sminuire il ruolo assunto nel corso dei secoli dagli Stati-nazione e dai relativi sistemi giuridici, owerò di negare i molteplici tradimenti e abbandoni dal ceppo comune di matrice romanistica che hanno caratterizzato l'evoluzione dei percorsi dottrinali e normativi in ambito continentale. Essa vuole piuttosto privilegiare e porre in evidenza gli elementi di comunanza e di "coralità" della storia e della cultura europea <sup>(232)</sup>, i quali hanno costituito un sostrato unificante

<sup>(231)</sup> Cfr., per taluni spunti al riguardo, GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto penale*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno. Quaderni fiorentini*, n. 24, 1995, p. 470 ss.

<sup>(232)</sup> In questa prospettiva cfr., all'interno di una bibliografia ormai sterminata e con diverse sfumature, *New Perspectives for a Common Law of Europe*, a cura di M. Cappelletti, Firenze, 1978; *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, a cura di M. Cappelletti e A. Pizzorusso, Milano, 1982; ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, cit.; CALASSO, *Storicità del diritto*, Milano, 1966; ID., *Tradizione e critica metodologica*, in *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, p. 3 ss.; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. I, Lefonti e il pensiero giuridico, Milano, 1979; COING, *Das Recht als Element europäischer Kultur*, in *Historische Zeitschrift*, 1984, p. 1 ss.; GORLA, *Unificazione "legislativa" e unificazione "giurisprudenziale"*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 653; ID., *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato (e postilla)*, ivi, p. 875; KNUTEL, *Rechtseinheit in Europa und das römische Recht*, in *ZEuP*, 1994, p. 244 ss.; KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München-Berlin, 1966; MANSEL, *Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit*, in *JZ*, 1991, p. 529 ss.; ROBINSON, FERGUS, GORDON, *An Introduction to European Legal History*, Abington, 1987; SANTINI, *Nascita di una nuova disciplina: la "storia del diritto europeo"*, cit., p. 185 ss. e bibliografia ivi riportata; ID., *L'Europa come spazio giuridico unitario: un'armonia nel rispetto delle dissonanze*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, p. 43 ss.; SCHULZE,

per le costruzioni politiche dell'epoca e hanno creato le basi per una tradizione giuridica comune che — seppure per lungo tempo sovrastata dalle specificità nazionali — può oggi essere recuperata e perfezionata <sup>(233)</sup>.

Non senza, talora, forzature di tipo metodologico e concettuale, i processi di frammentazione giuridica strettamente correlati ad una percezione in chiave "storico-culturale" del diritto finiscono quindi con lo sfumare nella consapevolezza sia delle importanti esperienze di diritto uniforme che hanno coinvolto anche la sfera penale sia della comune matrice "europea" delle grandi correnti del pensiero giuridico. Viene in tal modo favorita la formazione, in ambito **criminale**, di giuristi e **più** in generale di operatori del diritto consci delle loro ascendenze e dunque per nulla ostili alla rinascita di una grammatica penale condivisa e di un sistema di fonti a carattere continentale.

In questo processo storico di ripensamento della scienza penale e dei suoi precipitati normativi può allora accadere che, a seconda del concetto di Europa di volta in volta vagheggiato nell'ambito dell'attuale, mutevole e proteiforme, quadro istituzionale dell'Unione europea, l'attenzione del **giurista** si focalizzi su **taluni** momenti della storia del vecchio continente per lui **più** carichi di significati in quanto evocativi di episodi, problemi e soluzioni riproponibili, *mutatis mutandis*, nel nuovo contesto.

Così, chi scommettesse oggi su un'Europa destinata nel futuro a tradursi in una sorta di "super-Stato" unificato nei suoi tratti

---

Un nouveau *domaine* de recherche en Allemagne: *l'histoire* du droit européen, cit., p. 29 ss.; ID., *La renaissance de l'idée de jus commune*, in *Variations* autour d'un droit commun, a cura di M. Delmas-Marty, H. Muir Watt, H. Ruiz Fabri, Paris, 2002, p. 181 ss.; STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, 1987; STEIN, SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981; WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it., Milano, 1980, Vol. I, p. 11 ss.; nonché, in prospettiva strettamente penalistica, BETTIOL, *Sull'unificazione del diritto penale europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 3 ss.; FRAGOLA, ATZORI, *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., in particolare p. 29 e 86 ss.; GLASER, *Le principe de la suprématie du droit international et l'unification du droit pénal européen*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., pp. 389 ss. e 429; H. H. JESCHECK, *Dogmatica penale e politica criminale nuove in prospettiva comparata*, in *Indice pen.*, 1985, p. 508 ss.

<sup>(233)</sup> Cfr., specificamente da ultimo, PADOA SCHIOPPA, *Verso una storia del diritto europeo*, in *Studi di storia del diritto*, vol. III, Milano, 2001, in particolare p. 24-25.

essenziali e dotato di un potere fortemente accentrato, potrebbe forse trovare nel modello dell'Impero romano un interessante archetipo di progressiva unificazione giuridico-penale articolata in **più** tappe <sup>(234)</sup>: una prima tappa contrassegnata dalla coesistenza di numerosi Stati dotati di legislazione e di organizzazione penale autonoma ancorché ormai appartenenti all'ecumene romana; una seconda tappa caratterizzata da una strategia imperiale di progressiva assimilazione seppure nel rispetto, talora, di una legiferazione su basi localistiche legittimata dagli eterogenei caratteri culturali delle aree conglobate; infine, una terza tappa segnata dalla realizzazione di corpi normativi unitari in grado di porsi come unico *jus* vigente e di condurre al superamento della frammentazione giuridica <sup>(235)</sup>.

Chi, diversamente, auspicasse un'Europa a carattere meramente confederale, articolata in una pluralità di Stati autonomi seppur legati da una tradizione giuridica comune, potrebbe verosimilmente utilizzare, quale modello di riferimento, quello offerto dall'esperienza giuridica medievale. In essa, infatti, la massiccia disgregazione politica e la tendenziale assenza di un centro di potere unitario trovava, quale sorta di contrappeso giuridico, uno *jus commune* capace di porsi in rapporto dialettico con gli *jura* propria così da offrire, pur in un contesto di frammentazione istituzionale, una coerenza giuridica complessiva di respiro europeo <sup>(236)</sup>.

---

<sup>(234)</sup> Tappe peraltro non puntualmente delineabili, in ragione dell'indubbia povertà delle fonti in materia.

<sup>(235)</sup> In argomento cfr., in generale e con varietà di accenti, MOMMSEN, *Das römische Strafrecht*, Leipzig, 1901 (trad. francese di J. Duquesne, *Droit pénal roman*, Paris, 1907, p. 121 ss.); FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, I, Milano, 1905, p. 15 ss.

Sui meccanismi utilizzati da Roma per la progressiva estensione del suo diritto alle province cfr., specificamente, GIUFFRÉ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli, 1998, p. 55 ss.; DE VISSCHER, *L'espansione della civitas romana e la diffusione del diritto romano*, in *Conferenze romanistiche IV*, Trieste, 1957, p. 3 ss., 96 ss.

Per una riflessione sulle relazioni intercorrenti tra Roma e le province come antesignane delle moderne relazioni internazionali cfr. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, 1928, p. 41 ss.

<sup>(236)</sup> Sul ruolo dello *jus commune* nel contesto medioevale di frammentazione politico-giuridica cfr., tra gli altri, BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1991, p. 67 ss.; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti del pensiero giuridico*, vol. I, cit., p. 33 ss.; GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Milano, 1999, p. 227 ss.; HESPAÑA,

E ancora, chi nell'ambito dell'attuale fase di costruzione europea ponesse l'accento sulla progressiva affermazione di principi e valori comuni di impronta al contempo ideale e razionale potrebbe cogliere, quale più significativo antecedente di tale fase, il modello proposto dal riformismo illuminista settecentesco. In esso, come noto, ad una critica radicale dei retaggi del passato in nome dei nuovi valori liberal-borghesi si accompagnavano innovazioni politico-sociali di respiro cosmopolita, ricche di riflessi sul piano giuridico, e destinate a porre le fondamenta di un diritto incentrato sul primato della legge e della dignità umana<sup>(237)</sup>.

Chi, infine, pur dubitando della "tenuta" sul piano politico-istituzionale di un'Europa caratterizzata da continui fenomeni di ampliamento, perseguisse parallelamente un disegno di un'unità giuridico-penale consentito dalla tendenziale affinità culturale del vecchio continente, o, in subordine, auspicasse il potenziamento di una politica preventivo-repressiva comune per i settori criminali di rilievo transnazionale, potrebbe trovare un immediato antecedente storico nel movimento di "europeismo utopista" della prima metà

---

*Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, p. 69 ss.; IGLESIAS RERREIRÓS, *La forja de la civilización europea: el Ius commune*, in *Cultura jurídica europea: una herencia persistente*, Sevilla, 2001, p. 39 ss., 54 ss.; *Con specifico riferimento al settore penale cfr. altresì, in generale*, CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, 1990, p. 94 ss.. *Per taluni spunti sui parallelismi tra l'esperienza giuridica medioevale e l'attuale esperienza giuridica europea cfr., ad esempio*, CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 983 ss.; *nonché, in chiave penalistica*, JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale nazionale, europeo e internazionale. Quale politica criminale per il XXI secolo?*, cit., p. 6 del testo dattiloscritto; RIONDATO, *Sull'arcipelago neo-medioevale del diritto penale della Comunità e dell'Unione europea. In margine al Corpus Juris per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, cit., p. 97 ss.

<sup>(237)</sup> *Al riguardo cfr., in generale e con impostazioni talora non coincidenti*, CANTÙ, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze, 1862, p. 3 ss.; CATTANEO, *I principi dell'illuminismo giuridico-penale*, in *Casi, fonti e studi per il diritto penale*, raccolti da S. Vinciguerra, Padova, 1999, p. 3 ss.; CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari, 1985, p. 514 ss.; MAESTRO, *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale*, Padova, 1973, p. 17 ss.; PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, Milano, 1906, p. 541 ss.; STROMHOLM, *L'Europe et le droit*, Paris, 2002, p. 208-209; TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 31 ss.

del XX secolo<sup>(238)</sup>. Questo movimento infatti — contro ogni evidenza politica — si proponeva di offrire una risposta unitaria sul piano penale a taluni contingenti problemi di politica criminale tuttora straordinariamente attuali e di difficile soluzione, specie ove affrontati da sistemi giuridici nazionali chiusi nel loro particolarismo<sup>(239)</sup>.

In definitiva, quindi, il nuovo impulso alla europeizzazione del diritto attraverso la storia mira a sottolineare il persistere di una tradizione giuridica comune, inscritta nella sostanziale identità culturale del vecchio continente<sup>(240)</sup>, a stimolare la formazione di studiosi consapevoli delle loro ascendenze e propensi a favorire la rinascita, anche in ambito penale, di una scienza giuridica di respiro continentale.

In questa prospettiva, i fenomeni di relativizzazione e frammen-

---

<sup>(238)</sup> *Di tale movimento costituiscono una puntuale testimonianza le otto conferenze svoltesi tra il 1927 e il 1947 su iniziativa dell'Association internationale du droit pénal e del Bureau international pour l'unification du droit péna, in merito alle quali cfr.: Actes de la Conférence de Varsovie, Paris, 1929; Actes de la Conférence de Rome, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1931; Actes de la Conférence de Bruxelles, Office de publicité, Bruxelles, 1931; Actes de la Conférence de Paris, Paris, 1933; Actes de la Conférence de Madrid, Paris, 1935; Actes de la Conférence de Copenhague, Paris, 1938; Actes de la Conférence de Cairo, Paris, 1939; Actes de la Conférence de Bruxelles, Paris, 1949.*

<sup>(239)</sup> *In merito a tali problemi politico-criminali cfr., specificamente*, ALOISI, *Unificazione internazionale del diritto penale*, Torino, 1940, p. 5 ss.; RAPPAPORT, *Le problème de l'unification internationale du Droit Pénal*, in *Revue Pénitentiaire de Pologne, Varsovie*, 1929, p. 13 ss. *In argomento, più sinteticamente*, BACIGALUPO, *Il Corpus Juris e la tradizione della cultura giuridico-penale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, p. 52-53; JESCHECK, *Lo stato attuale del diritto europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 323; SOLNAR, *Difficoltà e prospettive del diritto penale in Europa*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 170.

<sup>(240)</sup> *In questo senso cfr., emblematicamente*, PREDIERI, *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 22: "Vi è, dunque, ... un'unità [di tradizione giuridica] che può riallacciarsi dopo le prove più dure: le restaurazioni della democrazia dopo i totalitarismi e il ritorno dei paesi dell'Europa centrale dopo il crollo dell'impero sovietico lo testimoniano. Quando questo fondo comune europeo venga compromesso e può essere soppresso, riemerge al momento opportuno". *Cfr. altresì, per tutti*, SANTINI, *Nascita di una nuova disciplina: la "storia del diritto europeo"*, cit., p. 192; *Id.*, *Materiali per la storia del diritto comune*, Torino, 1990; STEIN, SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, cit.

tazione del diritto talora connessi proprio alla percezione di quest'ultimo in chiave "storico-culturale" <sup>(241)</sup> tendono a svanire nella consapevolezza della specifica matrice "europea" delle grandi correnti del pensiero giuridico, della forza unificante esercitata su scala continentale da un comune sentire destinato a prevalere rispetto all'accidentale pluralismo delle soluzioni nazionali.

Fondata dunque su una solida tradizione di valori condivisi <sup>(242)</sup> e su una omogenea civiltà ricca di riflessi sul piano del diritto, la consapevolezza di appartenere ad una "casa comune" appare oggi rafforzata dalla incredibile permeabilizzazione delle culture giuridiche locali. Culture, queste, ormai stabilmente attraversate dai nuovi flussi della scienza europea del diritto <sup>(243)</sup> e proiettate in un contesto sovrastatale comunitario sia a causa della caduta delle frontiere doganali e dall'attenuazione dei localismi intellettuali sia, più specificamente, a causa del meccanismo biunivoco di scambio giuridico-culturale instaurato nelle relazioni tra sistema comunitario e sistemi nazionali <sup>(244)</sup>. Ma, a questo punto, la valorizzazione della comune tradizione giuridica operata nell'ambito dall'attuale fenomeno di riscoperta in prospettiva funzionalistica della storia del diritto finisce col giovare anche di quei processi di trasformazione del metodo comparatistico che verranno qui di seguito esaminati.

16. *La valorizzazione e le nuove funzioni del metodo comparatistico alla luce delle esigenze di europeizzazione del diritto e della politica criminale.*

Una quarta espressione dell'incidenza sulla scienza penale degli attuali processi di europeizzazione del diritto è costituita dal ruolo

<sup>(241)</sup> Cfr., in particolare, ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, cit., p. 22 ss., e *bibliografia* ivi riportata.

<sup>(242)</sup> Tra gli altri, sottolinea le profonde radici comuni proprie dei valori espressi dal diritto penale dei Paesi membri dell'Unione europea, così come i contenuti "almeno parzialmente conformi" di tali valori TIEDEMANN, *Die Europäisierung des Strafrechts*, relazione tenuta il 5 luglio 1996 all'Università di Würzburg, p. 1 del testo dattiloscritto.

<sup>(243)</sup> Cfr., ancora, TIEDEMANN, ivi, p. 4 del testo dattiloscritto.

<sup>(244)</sup> In argomento cfr., per tutti e diffusamente, PREDIERI, *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, cit., in particolare p. 47 ss.

centralissimo assunto dall'attività comparatistica all'interno degli Stati membri dell'Unione.

Correlata sia al generale processo di globalizzazione <sup>(245)</sup>, sia per taluni aspetti al summenzionato fenomeno di rivalutazione della storia del diritto <sup>(246)</sup>, la prepotente affermazione della comparazione penale <sup>(247)</sup> — specie (ma non solo) in ambito europeo — non può certo sorprendere. In effetti, in ogni epoca i ruoli della comparazione giuridica non stati solo quelli — concettualmente distinti, ma caratterizzati tutti dalla loro natura meramente speculativa — di prendere atto delle somiglianze e delle differenze esistenti tra gli ordinamenti nazionali <sup>(248)</sup>, ovvero di consentire una più approfondita e consapevole conoscenza del proprio ordinamento <sup>(249)</sup>, ovvero ancora di individuare le costanti universali-necessarie della scienza del diritto <sup>(250)</sup>. In realtà, come noto, grazie proprio al patrimonio di

<sup>(245)</sup> Sui nessi esistenti tra globalizzazione e comparazione cfr., in particolare e per tutti, DELMAS-MARTY, *La mondialisation du droit: chances et risques*, in *Recueil Dalloz*, chr., 1999, p. 47.

<sup>(246)</sup> In particolare, le analogie tra il metodo storicistico e quello comparatistico sono valorizzate da quanti vedono nella comparazione giuridica "un particolare genere di analisi storica del diritto": cfr., ad esempio, BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994, p. 118 ss.

<sup>(247)</sup> In merito al generale fenomeno di espansione del diritto penale comparato cfr., diffusamente e per tutti, ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, in *Diritto penale - XXI secolo*, 2002, p. 1 ss.; volendo BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens*, cit., p. 203 ss. Limitatamente alla realtà italiana cfr. PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2000, p. 18 ss.

<sup>(248)</sup> Peraltro, a favore del primato della funzione puramente conoscitiva della comparazione cfr., ad esempio, GAMBARO, SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco, Torino, 1996; MATTEI, MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Torino, 1997; SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco, Torino, 1992.

<sup>(249)</sup> In questo senso cfr. già, diffusamente, FEUERBACH, *Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft*. Vorrede zu *Unterholzners juristischen Abhandlungen*, München, 1810, in *Ansel von Feuerbach kleine Schriften* vermischten Inhalts, I, Osnabrück, 1833, p. 163. Cfr. altresì, per tutti, ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, cit., p. 5, p. 9 e p. 20; PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 2002, p. 11.

<sup>(250)</sup> In questa prospettiva, il metodo comparatistico potrebbe dunque assumere profili laramente giusnaturalistici. Tuttavia, per una realistica segnalazione delle "ambizioni eccessive da cui deve guardarsi la comparazione giuridica" cfr. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, cit., p. 98 ss.

conoscenze che la comparazione dischiude, quest'ultima è sempre stata funzionale alla critica<sup>(251)</sup> e alla riforma del diritto vigente<sup>(252)</sup>. Riforma che, attuandosi sovente a seguito del raggiungimento di concezioni comuni<sup>(253)</sup>, finisce il più delle volte col favorire l'armonizzazione delle legislazioni e delle giurisprudenze in materia criminale<sup>(254)</sup>, confermando così l'idea radicata secondo la quale la comparazione costituisce un efficace strumento di ravvicinamento dei sistemi giuridici e degli stessi popoli<sup>(255)</sup>.

Ora, tenuto conto del fatto che lo sviluppo di un vero e proprio diritto penale europeo, o quantomeno di quella articolata ed efficace

(251) Sia delle tesi dottrinali, sia delle scelte legislative, sia financo delle soluzioni giurisprudenziali. Al riguardo cfr., esemplificativamente e con varietà di accenti, EBERT, *Rechtsvergleichung, Fälle und Materialien*, Tübingen, 1996, p. 176 ss.; PRADEL, *Droit pénal comparé*, cit., p. 12 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici.

(252) In questo senso cfr., per tutti e con varietà di accenti, ANCEL, *La méthode du droit comparé en droit pénal*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1949, p. 512 ss.; DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, cit., p. 543 ss.; DÖRKEN, *La comparaison en tant que méthode de la science du droit pénal et de la mininologie*, in *Rev. sc. crim.*, 1979, p. 415 ss.; HERZOG, *Les principes et les méthodes du droit pénal comparé*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1957, p. 337 ss.; JESCHECK, *Il significato del diritto comparato per la riforma penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 803; MALINVERNI, *Diritto comparato — organizzazione dei lavori di riforma — scelte di politica criminale — imputabilità*, in *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, p. 293 ss.; PEDRAZZI, *L'apporto della comparazione alle discipline penalistiche*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di Sacco, Milano, 1980, p. 167 ss.; STOFFEL, *Les professions juridiques et le droit comparé en Suisse*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1994, p. 761 ss.; WATSON, *The Making of the Civil Law*, Cambridge-Massachusetts, 1981, p. 181.

(253) Circa l'attitudine del diritto comparato a promuovere una "concezione comune per le riforme legislative che devono essere realizzate nei diversi Paesi" cfr. già SALEILLES, *Conception et objet de la science du droit comparé. Rapport présenté au Congrès international de droit comparé*, in *Bull. Société de législation comparée*, 1900, p. 383 ss.

(254) Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, cit., p. 14 ss.; MANACORDA, *Jus commune criminale? Enjeux et perspectives de la comparaison pénale dans la transition des systèmes*, in *Variations autour d'un droit commun*, cit., p. 350 ss.; PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., p. 24; PRADEL, *Droit pénal comparé*, cit., p. 13 ss.

(255) Cfr. già, per tutti, KOHLER, *Über die Methode der Rechtsvergleichung*, in *Rechtsvergleichung*, a cura di K. Zweigert, H.J. Puttfarcken, Darmstadt, 1978 (ma 1901); più recentemente GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981. Tra gli altri, sottolinea il ruolo del diritto comparato nel ravvicinamento delle diverse culture europee (e di riflesso dei relativi diritti) HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, cit., p. 294 ss. e bibliografia ivi riportata.

politica criminale di respiro continentale ormai imposta dall'attuale livello di integrazione riscontrabile d'interno dell'Unione, richiede sia la conoscenza dei diversi principi, istituti, norme proprie dei singoli sistemi penali nazionali sia la cooperazione e il ravvicinamento di questi ultimi attraverso progressive riforme<sup>(256)</sup>, ben si comprende come la comparazione sia oggi considerata il presupposto indispensabile per consentire all'Unione di avere eventualmente, in futuro, un proprio sistema penale e di sviluppare nell'immediato una adeguata politica criminale<sup>(257)</sup>, quantomeno limitatamente alle "materie di interesse comune" esplicitamente previste dall'art. 29 del Trattato sull'Unione europea<sup>(258)</sup>. Del resto, un macroscopico esempio del ruolo fondamentale assunto dalla comparazione nella progettazione di una comune normativa penale a livello europeo è offerto proprio dal *Corpus Juris*, le cui norme hanno costituito, al contempo, il prodotto e l'occasione di una attività comparatistica intensa ed originale<sup>(259)</sup>.

Se dunque un massiccio ricorso al metodo comparatistico in vista dell'attuale e assai arduo processo di europeizzazione del diritto penale<sup>(260)</sup> può ritenersi un fatto talmente scontato da non

(256) Sui rapporto tendenzialmente biunivoco esistente tra i livelli di cooperazione e di armonizzazione penale cfr., in particolare, Motivazione. Verso una repressione più giusta, più semplice e più efficace, in *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Milano, 1997, p. 42 ss. Cfr. altresì, per tutti e con varietà di accenti, BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, cit., p. 490-491; BERNASCONI, *Nuovi strumenti giudiziari contro la criminalità economica internazionale*, cit., p. 405 ss.; LABAYLE, *La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale*, cit., p. 1 ss., e bibliografia ivi riportata; PRADEL, *La mondialisation du droit pénal. Enjeux et perspectives*, in *Revue juridique Thémis*, 2001, p. 246-247; SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, cit., in particolare p. 152 ss.

(257) Cfr., al riguardo, gli approfondimenti di DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, cit., p. 487 ss.; ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, cit., p. 16-17; KHÜL, *Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 109, 1997, p. 787 ss.

(258) Per un elenco di tali materie cfr. supra, *sub* par 1, nt. 8.

(259) Al riguardo cfr., per tutti, BERNARDI, *Corpus Juris e formazione di un diritto penale europeo*, cit., p. 300 ss.; DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, cit., p. 487.

(260) Sottolinea come proprio la ricerca di diritto comparato riveli la difficoltà di pervenire ad una effettiva armonizzazione del diritto penale in ambito europeo ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, cit., p. 28 ss.



meritare ulteriori commenti, deve per contro essere posto in rilievo come, nell'ambito di questo processo, tale attività tenda ad assumere funzioni nuove e per molti aspetti così rivoluzionarie da comportare, di fatto, in un vero e proprio "mutamento di significato" della comparazione. In questa sede ci si soffermerà, in particolare, su quelle che potrebbero essere definite le nuove funzioni di "legittimazione del diritto vigente" e di "creazione di nuovo diritto" svolte in ambito europeo dall'attività comparatistica in materia penale.

a) Per quanto concerne la funzione di "legittimazione del diritto vigente", occorre preliminarmente sottolineare che la "scoperta" — grazie all'attività comparatistica — di soluzioni legislative e giurisprudenziali differenti da quelle adottate dallo Stato di appartenenza non deve certo indurre a ritenere in modo automatico che le soluzioni "straniere" siano migliori di quelle nazionali <sup>(261)</sup>. Ciò vale, a fortiori, in ambito penale. Infatti, posto che le soluzioni offerte nel campo del diritto penale risultano strettamente connesse alla cultura e alle tradizioni giuridiche dei singoli popoli, è verosimile ritenere che, quantomeno il più delle volte, le decisioni prese dagli organi nazionali di produzione e applicazione delle norme penali si rivelino più in linea con le tradizioni locali di quanto non lo siano le decisioni assunte da organi stranieri: cosicché, in definitiva, solo in un numero circoscritto di casi le scelte giuridico-penali "altrui" dovrebbero risultare preferibili alle proprie, dunque meritevoli di essere recepite attraverso appositi provvedimenti.

Senonché, ovviamente, questo discorso appare tanto più valido quanto più profonde siano le differenze riscontrabili tra gli Stati in comparazione. Laddove per contro — come nel caso dei Paesi dell'Unione europea — gli Stati di cui si comparano le scelte penali siano caratterizzati da un significativo livello di affinità sul piano della cultura e dei valori <sup>(262)</sup>, il confronto tra le soluzioni accolte nei singoli Paesi rischia di divenire assai imbarazzante, specie per quanto concerne l'ambito applicativo delle fattispecie penali e le sanzioni da esse previste. In relazione a tali ipotesi, infatti, la cosiddetta "autorità morale delle norme incriminatrici nazionali",

<sup>(261)</sup> Cfr., al riguardo, le osservazioni di ESER, *ivi*, p. 15.

<sup>(262)</sup> Affinità testimoniata, del resto, dalla proclamazione della Carta dei diritti fondamentali da parte del Consiglio europeo riunito a Nizza dal 7 al 9 dicembre 2000.

derivante soprattutto dalla loro origine parlamentare, rischia di essere pesantemente compromessa nel caso in cui Paesi connotati da una "omogeneità di fondo" e da un comune sentire, non si peritino di privilegiare scelte differenti se non addirittura antitetiche <sup>(263)</sup>. Nelle suddette ipotesi, attraverso l'esame delle divergenze riscontrabili tra gli Stati dell'Unione, è dunque la *funzione di prevenzione generale cosiddetta positiva (o allargata)* della norma penale <sup>(264)</sup> a risultare intaccata, in quanto l'effetto di "orientamento culturale" che quest'ultima dovrebbe produrre rischia di venire neutralizzato dall'effetto di "disorientamento" causato dalle scelte sanzionatorie altrui, spesso awertite da larga parte della popolazione come più congrue e intrinsecamente "giuste" rispetto a quelle espresse dallo Stato di appartenenza.

Non va poi sottaciuto che la delicatezza del raffronto tra le diverse soluzioni penali nazionali risulta incrementata dall'assenza di frontiere d'interno dell'Unione, stante che tale situazione potrebbe indurre il "cittadino europeo" a considerare superflua ogni indagine sulle regole vigenti nei luoghi in cui si reca e sulle relative regole giuridiche, "intuite" come tendenzialmente omogenee alle proprie, e dunque, per certi aspetti, "pre-conosciute" <sup>(265)</sup>. Muovendo da questa premessa, bisognerebbe allora dedurre che, con l'avvento di una effettiva libertà di circolazione tra Stati, normative sanzionatorie significativamente diverse da un Paese all'altro potrebbero essere considerate espressive di distonie "che non dovrebbero più esserci", con conseguente perdita della ricordata "autorità morale" di entrambe le opposte soluzioni normative.

<sup>(263)</sup> Del resto, è ormai esperienza di tutti i giorni la "messa sotto accusa" di talune scelte politico-criminali attraverso l'esame, in parallelo, delle scelte di segno opposto effettuate da Stati non solo a noi vicini geograficamente, ma anche ritenuti, in linea generale, per molti aspetti *affini*.

<sup>(264)</sup> Vale a dire la funzione di orientamento dei consociati e di rafforzamento del sistema di valori protetto. Cfr., per tutti e con varietà di accenti, FIANDACA, *MUSCO*, Diritto penale. Parte generale, Bologna, 2001, p. 660 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000, p. 669 ss., e bibliografia *ivi* riportata; PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, cit., p. 44 ss.

<sup>(265)</sup> In effetti, il venir meno dei controlli alle frontiere tra gli Stati tende inevitabilmente ad essere considerato sintomatico non solo di rapporti politici non conflittuali, ma anche di un processo di ravvicinamento "socio-culturale" destinato a riflettersi sul piano normativo.

In questa prospettiva, la perdita di "visibilità" delle frontiere nazionali, specie se realizzata nell'ambito della costruzione di organizzazioni tra Stati pensate in prospettiva tendenzialmente federale<sup>(266)</sup>, sembra pertanto sottendere un processo di intensa armonizzazione normativa tale da non consentire più scelte politico-criminali fortemente differenziate su scala nazionale; o quantomeno da consentirle solo a scapito della loro stessa "persuasività", dunque della loro stessa funzione generalpreventiva. Parallelamente, per vero, in una siffatta situazione l'adozione di scelte incriminatrici fortemente divergenti all'interno degli Stati dell'Unione tenderebbe a compromettere anche la funzione specialpreventiva della pena. Potrebbe infatti riuscire difficile giustificare l'esigenza di rieducare un soggetto che ha tenuto comportamenti giudicati pienamente legittimi secondo l'ordinamento di uno Stato caratterizzato da costumi sociali affini ai nostri.

Ammessi che tutto quanto sin qui detto sia vero, sembra possibile affermare che la conoscenza "da comparazione" delle profonde divergenze tuttora presenti tra gli Stati europei in ordine alla scelta di punire o meno<sup>(267)</sup> taluni comportamenti di dubbio significato criminologico<sup>(268)</sup> rischia di implicare una perdita di "legittimazione del diritto nazionale vigente" cui potrà porsi rimedio, con ogni probabilità, solo in due modi: grazie ad un processo di attenuazione di tali divergenze all'interno dei sistemi penali dei Paesi UE<sup>(269)</sup>; ovvero, all'opposto, tramite un processo a ritroso teso a far riacquistare a tali sistemi il loro risalente carattere "autarchico". Processo, questo, verificabile con ogni probabilità solo nella deprecata ipotesi che fatti socio-politici di estrema gravità determinino un progressivo "allontanamento" tra gli Stati dell'Unione, inducendoli

<sup>(266)</sup> È questo, per l'appunto, il caso dell'Unione europea. Cfr., supra, sub par. 1, nt. 4.

<sup>(267)</sup> Overo, in subordine, di punire in modo significativamente diverso.

<sup>(268)</sup> Si pensi, ad esempio, alla prostituzione (e alle relative "attività di contorno" quali l'induzione, l'adescamento, lo sfruttamento), al consumo di stupefacenti, alle pratiche connesse all'appartenenza a particolari sette religiose; e si pensi altresì, limitatamente al campo della bioetica, alle pratiche abortive, ai trapianti di organi, all'eutanasia, alle diverse forme di fecondazione artificiale.

<sup>(269)</sup> In argomento cfr., volendo, BERNARDI, *Europe sans frontières et droit pénal*, in Rev. sc. crim., 2002, p. 1 ss. e, in particolare, p. 12-13.

a rimarcare le loro differenze politiche, culturali e giuridiche, anche attraverso la reintroduzione delle barriere doganali.

b) Per quanto concerne poi la funzione di "creazione di nuovo diritto" svolta in ambito europeo dall'attività comparatistica in materia penale, importa qui preliminarmente sottolineare come tale funzione venga assolta solo dalla giurisprudenza di Lussemburgo<sup>(270)</sup> e da quella di Strasburgo<sup>(271)</sup>. Al riguardo, va considerato che le due Corti europee — sia per la loro composizione<sup>(272)</sup>, sia per la stessa struttura del Consiglio d'Europa e dell'ordinamento comunita-

<sup>(270)</sup> In merito all'uso innovativo del metodo comparatistico da parte della Corte di giustizia nell'ambito della costruzione del diritto comunitario cfr., in generale e per tutti, HILF, *The Role of Comparative Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities*, in *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Cowansville, 1986, p. 558 ss.; JANN, *Der Rückgriffe auf die nationalen Rechte in der Tätigkeit des europäischen Gerichtshofes*, in *Mélanges en hommage à Ferdinand Schockweiler*, Baden-Baden, 1999, p. 255 ss.; KAKOURIS, *L'utilisation de la méthode comparative par la Cour de justice des Communautés européennes*, in *The Use of Comparative Law by Courts*, Atene, 1999, p. 97 ss.; LENAERTS, *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2001, p. 487 ss.; MERTENS DE WILMARS, *Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 37 ss.; PESCATORE, *Le recours*, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres, in *Rev. int. dr. comp.*, 1980, p. 352 ss.; PIZZORUSSO, *Le tradizioni costituzionali comuni dei Paesi d'Europa come fonte del diritto comunitario*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2000, n. 3, p. 12 ss.; SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001, p. 193 ss.

<sup>(271)</sup> Cfr., all'interno di una vasta bibliografia, *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 1988; MATSCHER, *Methods of Interpretation of the Convention*, in *The European System for the Protection of Human Rights*, a cura di R. St. J. Mac Donald, F. Matscher e H. Petzold, Dordrecht - Boston - London, 1993; OST, *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Raisonner la raison d'état*, a cura di M. Delmas-Marty, Paris, 1989, p. 405 ss.; PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998.

<sup>(272)</sup> Come noto, la Corte europea dei diritti dell'uomo risulta composta di giuristi di riconosciuta competenza, provenienti dai diversi Stati membri del Consiglio d'Europa ed eletti per un periodo di nove anni. Quanto alla Corte di giustizia CE, essa è formata da giudici (alti magistrati e giuristi di chiara fama), scelti senza vincoli di nazionalità, eletti di comune accordo per un periodo di sei anni dai governi degli Stati membri e dotati di un'assoluta indipendenza nei confronti di questi ultimi.

rio<sup>(273)</sup> sia infine per la necessità di garantire una interpretazione delle rispettive fonti "autonoma" ma al contempo ispirata al patri-monio di tradizioni e principi propri dei relativi Stati<sup>(274)</sup> — appaiono inevitabilmente portate a privilegiare, nelle loro decisioni, il metodo comparativo, con conseguente ingresso nelle sentenze delle supreme istanze europee di importanti elementi ricavati dagli ordinamenti nazionali<sup>(275)</sup>. Una ulteriore ragione della fortuna di tale metodo risiede nel fatto che esso, per la sua stessa complessità e per la variabilità dei criteri adottabili, costituisce uno strumento oltremodo flessibile, dunque in grado di garantire un ampio potere discrezionale dell'organo giudicante, consentendo così a quest'ultimo di effettuare le scelte ritenute più opportune sotto il profilo non solo giuridico ma anche lato sensu politico. Comunque sia, è un fatto che tale metodo venga largamente utilizzato dai suddetti organi in relazione sia ai principi di diritto scritto (cioè ai principi espressamente previsti nella Convenzione europea e nei Trattati comunitari) sia ai principi di diritto non scritto (cioè, come in precedenza ricordato<sup>(276)</sup>, ai principi impliciti elaborati dalla giurisprudenza comunitaria<sup>(277)</sup>, specie in materia di diritti fondamentali, sulla base

(273) Struttura divenuta vieppiù simile a quella degli ordinamenti nazionali, con conseguente tendenza a ricalcare modelli e principi tipici di questi ultimi. Cfr., in particolare, AKEHURST, *The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in *British Yearbook of International Law*, 1981, p. 31.

(274) In questo senso cfr. ad esempio, limitatamente alla Corte europea dei diritti dell'uomo; DERVIEUX, PESQUIÉ, *La Cour européenne des droits de l'homme et la recherche comparative*, in *Archives de politique criminelle*, n. 15, 1993, p. 59 ss.; OST, *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., p. 448 ss. Limitatamente alla Corte di giustizia CE cfr., tra gli altri, KUTSCHER, *Méthodes d'interprétation vues par un Juge à la Cour*, in *Rencontre judiciaire et universitaire* 27-28 septembre 1976, *Publications de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Luxembourg, 1976, p. 1 ss.

(275) Cfr. KUTSCHER, *Méthodes d'interprétation vues par un Juge à la Cour*, cit., p. 29.

(276) Cfr., supra, sub par. 13.

(277) Tuttavia, sottolinea l'esistenza, anche all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di principi/diritti impliciti "che costituiscono aspetti, illustrazioni e sfaccettature dei diritti espressamente previsti", MELCHIOR, *Rights not covered by the Convention*, in *The European System for the Protection of human Rights*, cit., p. 594.

dell'esame delle Carte internazionali e delle Costituzioni dei Paesi membri dell'Unione europea).

Per quanto concerne, in particolare, il metodo comparativo utilizzato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali, va ulteriormente precisato come all'interno di una molteplicità di criteri qui impossibili da ricordare nei dettagli<sup>(278)</sup>, due sembrano essere quelli prioritariamente accolti dalla Corte.

In base al primo criterio, cosiddetto del *maximum standard*, ai principi generali e ai diritti fondamentali sarebbe assicurato in sede comunitaria il più alto livello di sviluppo e protezione loro attribuito all'interno dei singoli sistemi costituzionali dei Paesi membri<sup>(279)</sup>. Tale criterio, ancorché sorretto da argomenti logici ineccepibili, risulta tuttavia di difficile utilizzabilità, innanzitutto per la difficoltà di conciliare in ambito comunitario la tutela sempre e comunque al più alto livello di diritti (individuali e collettivi, civili e politici, economici e sociali) talora in rapporto di reciproca tensione<sup>(280)</sup>.

In base al secondo e più utilizzato criterio, nel quale possono essere ricondotte sia la teoria dell'*orientamento* prevalente sia la teoria ad essa parzialmente complementare, della *better law*, tali principi e diritti sarebbero riconosciuti a livello comunitario sulla base e nei limiti della "tendenza prevalente negli Stati membri", tenendo altresì conto delle "esigenze del sistema comunitario"<sup>(281)</sup>.

Ora, occorre sottolineare come, attraverso il progressivo sviluppo di tali criteri a sfondo comparatistico<sup>(282)</sup>, la giurisprudenza comunitaria, mentre da un lato riesce a colmare le lacune del diritto

(278) Per un puntuale esame di tali criteri si rimanda alla bibliografia riportata supra, sub par. 13, nt. 206 ss.

(279) In merito a tale criterio cfr., per gli opportuni riferimenti bibliografici, supra, sub par. 13, nt. 206.

(280) In argomento cfr., diffusamente, BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 182 ss.

(281) Cfr., supra, sub par. 13, nt. 207.

(282) Sviluppo *invero* non di rado caratterizzato da una estrema sensibilità alle tendenze in atto su scala nazionale. Secondo taluni, questa sensibilità porterebbe la Corte di giustizia a privilegiare le tendenze evolutive proprie dei principi e diritti fondamentali rispetto ai meri aspetti di "convergenza" dei principi e diritti nazionali. Cfr., in questo senso, GREMENTIERI, *Il processo comunitario. Principi e garanzie fondamentali*, Milano, 1973, p. 32; REUTER, *Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des*

comunitario scritto, dall'altro lato finisce inevitabilmente col contribuire al potenziamento e perfezionamento del metodo comparatistico. L'attività della Corte di Giustizia (così come quella della Corte europea dei diritti dell'uomo) costituisce dunque un vero e proprio terreno privilegiato per l'elaborazione di nuove metodologie comparatistiche di grande interesse: tanto più che, come si avrà subito modo di verificare, gli esiti di tale opera di comparazione non si limitano, se del caso, a suggerire processi di riforma del diritto (penale) interno, ma implicano una diretta trasformazione dei sistemi giuridici nazionali.

Per poter comprendere l'immediata incidenza della comparazione sul diritto criminale dei Paesi europei, occorre innanzitutto ricordare che gli sviluppi conferiti attraverso il metodo comparativo ai principi generali e ai diritti fondamentali dalla giurisprudenza comunitaria (così come da quella degli organi di Strasburgo) condizionano non solo la legislazione comunitaria<sup>(283)</sup>, ma anche la legislazione interna, specie penale<sup>(284)</sup>. Ciò significa che le scelte

*principes généraux de droit*, in *Mélanges offerts à H. Rolin. Problèmes de droit des gents*, Paris, 1964, p. 273.

<sup>(283)</sup> È noto infatti che la giurisprudenza comunitaria in tema di diritti fondamentali è sorta, innanzitutto, in funzione di parametro garantistico di validità delle disposizioni comunitarie; vale a dire in funzione di tutela contro gli eccessi di potere degli organi comunitari, consentendo l'annullamento in via giurisdizionale degli atti comunitari contrastanti con i diritti in questione. Cfr., in particolare, CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit., p. 419; DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, cit., p. 423; TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, cit., p. 739.

<sup>(284)</sup> In virtù del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario, appare infatti chiaro che tali principi generali e diritti fondamentali, una volta accolti in seno all'ordinamento CE, si prestano al pari di ogni altra norma comunitaria, scritta o non scritta, a condizionare i diversi settori del diritto interno ed in particolare, per quello che qui interessa, il settore penale. Cfr., per tutti, BERNARDI, "Principi di diritto" e *diritto penale europeo*, cit., p. 185 ss.; BLECKMANN, *Die Bindung der Europäischen Gemeinschaften an die Europäische Menschenrechtskonvention*, 1986, p. 75 ss.; DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, cit., in particolare p. 86 ss.; COHEN JONATHAN, *La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme*, in *Rev. Marché commun*, 1978, p. 92 ss.; GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 586; GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, cit., p. 627 e bibliografia ivi riportata; RIZ, *Nuovi profili sul rapporto tra diritto penale e diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e*

circa il metodo comparativo di volta in volta adottato (e dunque circa i risultati interpretativi in tema di principi e di diritti fondamentali), vengono ad incidere sul parametro di "legittimità comunitaria" utilizzabile con riferimento sia alla normativa CE sia a quella interna d'attuazione<sup>(285)</sup>. In altre parole, attraverso i criteri comparatistici del *maximum standard*, ovvero dell'orientamento prevalente/*better law*, il diritto (penale) interno può risultare condizionato, al pari del diritto comunitario, da principi e diritti fondamentali diversi (o comunque sviluppati in modo diverso) rispetto a quelli previsti nel proprio sistema nazionale<sup>(286)</sup>. L'esame in chiave comparatistica della realtà normativa peculiare degli Stati membri dell'Unione europea non si limita così ad offrire strumenti di conoscenza utili in una eventuale prospettiva riformistica; ma consente addirittura di prendere coscienza dei vincoli cui il nostro sistema *deve già sottostare*, di comprendere quali norme interne risultano *sin d'ora* inapplicabili (dunque da abrogare)<sup>(287)</sup> ovvero "non promulgabili"<sup>(288)</sup> per contrasto con i principi e i diritti fondamentali di matrice comunitaria<sup>(289)</sup>. In sin-

*diritto interno*, Quaderni del Consiglio superiore della Magistratura, 1988, n. 11, p. 87 ss.; TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 432 ss. e 440; ID., *Diritto comunitario*, Padova, 2001, p. 89; TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, cit., p. 740.

<sup>(285)</sup> Circa i limiti all'estensione dell'efficacia della normativa CE e dei relativi principi e diritti fondamentali sulle norme interne cfr., in particolare, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., p. 567 ss.

<sup>(286)</sup> Cfr., in generale, ADINOLFI, *ivi*, p. 561 ss. e bibliografia ivi riportata. In prospettiva strettamente penalistica, cfr. BERNARDI, "Principi di diritto" e *diritto penale europeo*, cit., p. 186, con ulteriori riferimenti bibliografici; GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, cit., p. 644 ss.

<sup>(287)</sup> Cfr. *supra*, *sub sez.* I, par. 4, nt. 54.

<sup>(288)</sup> In merito al problema della predisposizione di meccanismi di controllo preventivo, capaci di impedire "l'entrata in vigore di leggi (e atti in genere) potenzialmente (nel senso di *astrattamente*) confliggenti col diritto comunitario" cfr. RUGGERI, *Le leggi regionali contrarie a norme comunitarie autoapplicative al bivio fra "non applicazione" e "incostituzionalità" (a margine di Corte cost. n. 384/1994)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 487-488.

<sup>(289)</sup> Ovviamente, i vincoli derivanti dal diritto comunitario, ed in particolare dai principi e diritti fondamentali elaborati in chiave comparatistica, concernono solo i settori normativi interni di rilievo comunitario. Tuttavia, come è stato rilevato, "non è da

tesi, attraverso il metodo comparatistico sviluppato a livello comunitario, la conoscenza dei sistemi giuridici europei si traduce nella conoscenza — sia pure con un livello di approssimazione proporzionale alle variabili insite nel metodo comparatistico — dei lati più nascosti del nostro stesso sistema, specie per quanto concerne l'ambito d'applicabilità della normativa penale <sup>(290)</sup>.

escludere che l'incorporazione dei principi generali comunitari negli ordinamenti degli Stati membri possa comportare una tendenza delle autorità nazionali ad impiegare principi analoghi in altri settori del diritto interno". ADINOLFI, I principi generali nella giurisprudenza *comunitaria* e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati *membri*, cit., pp. 524-525. E ciò, in particolare, ove tali principi abbiano ad oggetto i cc.dd. diritti fondamentali: cfr. FROWEIN, *Fundamental Human Rights as a Vehicle of Legal Integration in Europe*, in *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, a cura di Cappelletti, Seccombe, Weiler, Berlin-New York, 1986, vol. I, libro 3, p. 302. Per una critica all'estensione dell'uso dei diritti fondamentali comunitari anche nell'ambito del diritto interno, cfr. peraltro COPPEL, O'NEILL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 669 ss.

<sup>(290)</sup> Lo stesso fenomeno si verifica poi attraverso lo sviluppo in chiave comparatistica di taluni principi espliciti di diritto comunitario; attraverso cioè una indagine comparatistica atta ad evidenziare l'influenza esercitata dalla normativa (penale) dei singoli Stati UE sull'applicazione di taluni principi comunitari di diritto scritto. In proposito, un esempio particolarmente significativo è offerto, in materia di libera circolazione delle merci, dal principio del divieto tra gli Stati di misure di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione (art. 28 Tr. CE) e dalle cosiddette "discriminazioni alla rovescia" (in merito alle quali cfr., in particolare, CANNIZZARO, *Producing "Reverse discrimination" through the Exercise of EC Competences*, in *Yearbook of European Law*, 1997, p. 29 ss.; GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma, 2000, p. 80) che da esso derivano. Infatti, attraverso l'interpretazione data dalla Corte di giustizia a tale principio a partire dalle celebri sentt. 11 luglio 1974, causa 8/74 (*Dassonville*), in *Foro it.*, 1975, IV, c. 15 e 20 febbraio 1979, causa 120/78 (*Cassis de Dijon*), in *Racc.*, 1979, p. 649, l'eventuale divieto di commercializzazione di certi prodotti, all'interno di taluno degli Stati membri, diviene inoperante — quantomeno limitatamente ai prodotti stranieri — ove la produzione e commercializzazione di tali prodotti siano consentite d'interno del Paese UE produttore (salvo beninteso i divieti o restrizioni all'importazione elencati dall'art. 30 Tr. CE ovvero indicate dalla giurisprudenza *Cassis de Dijon*). Sugli sviluppi e limiti di tale giurisprudenza, in forza della quale solo attraverso un esame comparatistico della disciplina sanzionatoria vigente nei diversi Stati membri è sovente possibile conoscere l'applicabilità o meno della corrispondente disciplina sanzionatoria interna, cfr., per tutti, MATTERA, *De l'arrêt "Dassonville" à l'arrêt "Keck"*: l'obscure *clarté* d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions, in *Rev. Marché comm. Un. eur.*, 1994, n. 1, p. 117 ss.; WAINWRIGHT, MELGAR, *Bilan de l'article 30 après vingt ans de jurisprudence: de Dassonville*

In virtù del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario, i principi generali e i diritti fondamentali comunitari di matrice comparatistica assurgono quindi al ruolo, per così dire, di "sponda", grazie al quale taluni elementi giuridici a carattere garantistico peculiari di una parte dei Paesi CE penetrano "di rimbalzo" nel diritto (penale) dei Paesi CE che non possiedono in via autonoma i suddetti elementi, modificandolo. Donde una evidente armonizzazione dei sistemi nazionali <sup>(291)</sup> atta a valorizzare la stessa "qualità" della normativa interna, quale che sia il criterio (del *maximum standard*, dell'orientamento prevalente ovvero della *better law*) effettivamente accolto <sup>(292)</sup>.

Per tutto quanto sin qui visto, si può affermare che l'attuale processo di europeizzazione del diritto implica non solo un incremento quantitativo e qualitativo dell'attività comparativa, ma anche un ampliamento delle funzioni proprie di tale attività. Dalle tradizionali funzioni cognitive e critico-riformiste proprie del metodo comparativo, quest'ultimo giunge a perseguire il compito latamente

à Keck et Mithouard, in *Rev. Marché comm. Un. eur.*, 1994, p. 533 ss. e bibliografia ivi riportata; nonché, volendo, BERNARDI, *Profili penalistici della commercializzazione dei prodotti agro-alimentari*, cit., p. 400 ss. Cfr., altresì, sent. 14 luglio 1994, causa 17/93 (*Van der Veldt*), in *Racc.*, 1994, I-3553 ss. Infine, un analogo fenomeno si riscontra anche in relazione alla giurisprudenza degli organi di Strasburgo, relativamente a quei principi CEDU (in particolare artt. 8 a 11) condizionati nel loro sviluppo da uno standard europeo di democrazia ricavato attraverso un criterio comparatistico che tiene conto del contenuto e dei limiti attribuiti ai diritti dell'uomo in ciascuno Stato membro. Cfr., in proposito, PALAZZO, BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, cit., p. 54.

<sup>(291)</sup> Cfr. esemplificativamente, d'interno di una vastissima bibliografia, PESCATORE, *Le recours dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1980, p. 337 ss.; TOUFFAIT, *Réflexions d'un magistrat français sur son expérience de juge à la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1983, p. 292.

<sup>(292)</sup> Tra gli altri, sottolineano con efficacia come i criteri di individuazione dei principi di diritto comunitario recepiti dalla Corte di giustizia, pur nella loro complessità e mutevolezza, si discostino sempre e comunque dal criterio detto del "minimo denominatore comune", ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., in particolare p. 561 ss.; SASSE, *Der Schutz der Grundrechte in den Europäischen Gemeinschaften und seine Lucken*, in *Grundrechtsschutz in Europa*, a cura di H. Mosler, R. Bernhard e M. Hilf, 1977, p. 57 ss.; VOGEL, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, cit., p. 336.

"politico" di legittimare il diritto penale vigente in ambito nazionale (ovvero i relativi progetti di riforma), e persino ad assolvere il compito strettamente "giuridico" di modificare *in modo diretto* l'attuale quadro normativo nel segno di un incremento di tutela dei diritti fondamentali, sia pure limitatamente alla normativa interna attuativa del diritto comunitario o comunque volta a disciplinare materie aventi rilevanza comunitaria.

17. *L'avvento di un nuovo paradigma penale ispirato alla logica della "rete" quale risposta all'emersione di una pluralità di ordinamenti giuridici in rapporto di reciproca integrazione.*

In una prospettiva eminentemente teorica, un ulteriore fenomeno collegabile all'attuale fase di europeizzazione del diritto penale è costituito dal complessivo processo di ripensamento del tradizionale modello giuridico "verticale e chiuso" (in quanto fondato su norme rigidamente gerarchizzate e dotate di vigenza circoscritta al territorio dello Stato) a favore di un modello alternativo "orizzontale e aperto" (in quanto pensato con riferimento ad un insieme di sistemi giuridici "paralleli" caratterizzati da forme di interrelazione variegata ed elastiche).

Certamente, non si tratta di un fenomeno circoscritto al settore penale e alla prospettiva europea. È noto infatti che, in un'epoca contrassegnata da una generale deterritorializzazione degli spazi e dematerializzazione dei fatti giuridicamente rilevanti, il modello kelseniano del diritto, a carattere *gerarchico* (vale a dire formato da norme e organi legati tra loro da un rapporto di sovraordinazione o subordinazione), *lineare* (cioè composto da relazioni giuridiche "a senso unico", senza possibilità di inversione tra di esse) e *arborescente* (in quanto fondato su una *Grundnorm* destinata a ramificarsi progressivamente in successive norme di grado inferiore) è stato sottoposto a sempre più vivaci critiche da parte di taluni teorici del diritto. Critiche volte non solo a rimarcare le contraddizioni ed eccezioni da sempre insite in tale modello<sup>(293)</sup>, ma soprattutto a evidenziare che la loro aumentata frequenza ne renderebbe vieppiù

<sup>(293)</sup> E, per vero, riconosciute dalla stesso Kelsen. Si allude, in particolare, al ruolo del giudice nell'interpretazione della norma: ruolo solo in apparenza subordinato,

ostico il "riassorbimento" nel modello-base<sup>(294)</sup>, giustificando la scelta di operare un radicale cambiamento di paradigma<sup>(295)</sup>. In questa prospettiva si collocano quanti — in modo più o meno radicale — prendono posizione a favore di un diritto flessibile<sup>(296)</sup>, o addirittura a favore di modelli di "diritto riflessivo" destrutturati e degerarchizzati<sup>(297)</sup>, che consentano quei processi dinamici e "dialogici" di interscambio tra sistemi giuridici differenti nei quali si esprime la cosiddetta "interlegalità"<sup>(298)</sup>.

Qui importa comunque sottolineare che l'attuale evoluzione della realtà europea verso forme sempre più ampie e intense di

in quanto ricco di componenti "creatrici". Sul punto cfr., *amplius*, KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, 1962, p. 454 ss.

<sup>(294)</sup> Cfr., al riguardo, le osservazioni di OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 16.

<sup>(295)</sup> In questo senso cfr., emblematicamente, VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 664 ss. Secondo questo a., tenuto conto delle trasformazioni in atto a livello internazionale, "il giurista che persiste ad interpretare gli eventi secondo lo schema concettuale del paradigma tradizionale finisce per non scorgervi che paradossi, degenerazioni e disordine" (p. 665). Laddove, viceversa, tali eventi richiederebbero "forme di rappresentazione e di organizzazione più adeguate" (p. 666).

<sup>(296)</sup> CARBONNIER, *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 1998.

<sup>(297)</sup> Cfr. in particolare, nell'ambito della seconda fase del pensiero di TEUBNER, *Global Law without a State*, a cura di G. Teubner, Aldershot, 1997; ID., *Un droit spontané dans la société mondiale?*, in *Le droit saisi par la mondialisation*, a cura di Ch-A. Morand, Bruxelles, 2001, p. 197 ss. Sempre nella prospettiva di un diritto policentrico e *flou* cfr., per tutti e nell'ambito di una ormai vasta letteratura, *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, a cura di J.-G. Belley, Paris, 1996; *Polycentricity. The multiple Scenes of Law*, a cura di A. Hirvonen, London, 1998, p. 1 ss.; DELMAS-MARTY, *Le processus de mondialisation du droit*, in *Le droit saisi per la mondialisation*, cit., p. 78 ss.; PASTORE, *Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?*, in *Ars interpretandi*, 6, 2001, p. 157 ss.; TIMSIT, *L'arcbipel de la norme*, Paris, 1997; VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, 1987, in particolare p. 376 ss.

<sup>(298)</sup> In merito alla quale cfr., per tutti, CARTUYVELS, *Le droit pénal et l'Etat: des frontières "naturelles" en question*, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, a cura di M.H. Henzelin e R. Roth, Paris, Genève, Bruxelles, 2002, p. 21; DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, cit., p. 225 ss.); DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, London, 1995, in particolare p. 473 ss.; VOGEL, *Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 520 ss.

aggregazione tra Stati porta acqua al mulino di siffatti modelli: il sorgere di forme di sovranità "divise" e relative, l'affermarsi di sistemi giuridici creati attraverso sedimentazioni successive per effetto dell'interazione di una pluralità di attori nazionali e sovranazionali<sup>(299)</sup>, l'emergere di prassi giurisprudenziali fortemente "evolutive" (dunque consone ad una realtà sociale e istituzionale in veloce mutamento)<sup>(300)</sup> o addirittura di presunte forme di "governo dei giudici", rafforza indubbiamente la propensione a recepire modelli giuridici almeno in parte dimentichi della logica aristotelica e ispirati al paradigma della "rete", dunque flessibili e policentrici, caratterizzati da fonti "aggrovigliate" e da una giurisprudenza dinamica se non addirittura creativa. Riprendendo una recente, fortunata immagine, sembra possibile affermare che ormai, secondo molti studiosi, la struttura "piramidale" del sistema giuridico, pur non venendo del tutto meno e dunque mantenendo spazi di validità<sup>(301)</sup>, tende a soccombere rispetto a una struttura "reticolare", volta per l'appunto a valorizzare la moderna dimensione pluralistica e dinamica del diritto<sup>(302)</sup>. Più precisamente, secondo i sostenitori di questa tesi, di fronte al progressivo sgretolamento del tradizionale modello kelseniano bisognerebbe cessare ogni difesa a oltranza di tale modello, onde evitare il rischio di perpetuare il suo primato in

<sup>(299)</sup> Cfr., in particolare, Le nouveau modèle européen, a cura di P. Magnette, E. Remacle, vol. 1, *Institutions et gouvernance*, Bruxelles, 2000, p. 12 ss.

<sup>(300)</sup> Appare infatti chiaro che il rapido evolversi del diritto europeo e dei relativi modelli istituzionali impone livelli di creatività e di flessibilità **inattuabili** da un sistema giuridico incentrato sulla legalità formale, e dunque costituito da un insieme di norme pensate per disciplinare in modo durevole l'esistente, cristallizzandone l'attuale assetto.

<sup>(301)</sup> Spazi nei quali si condenserebbe ciò che resta della certezza giuridica connessa al principio di gerarchia delle fonti.

<sup>(302)</sup> Cfr., in particolare e da ultimo, GÜNTER, *Rechtspluralismus* und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, in *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas*, a cura di W. Lutz, K. Gunther, 2001, Frankfurt am Main, p. 562 ss.; OST, VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?, in *Rwue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000, p. 1 ss.; OST, VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, cit.; VOGEL, Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik, cit., p. 520 ss. Per una articolata discussione sui paradigmi giuridici della piramide e della rete cfr. Le droit en perspective *interculturelle*. Images réfléchies de la pyramide et du réseau, *Rwue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2002, n. 49.

*the books* e il suo fallimento in action; bisognerebbe inoltre "capire le ragioni" di questo sgretolamento e vagliare l'attualità e la bontà di un paradigma alternativo, improntato alla dialettica giuridica, composto da un insieme di norme formate grazie al contributo di una eterogenea pluralità di "autori", caratterizzate da "gerarchie accavallate" o, se si preferisce, da "strani anelli"<sup>(303)</sup>. Paradigma da sempre esistente anche se mai come oggi evidente; paradigma capace di offrire equità per il caso concreto<sup>(304)</sup> anche se forse portatore ex ante di insicurezza circa la soluzione che sarà prescelta rispetto al caso in questione.

Ora, è indubbio che la concezione volta a cogliere e sottolineare il passaggio da un sistema gerarchico a un sistema reticolare, pur trovando crescenti consensi presso i teorici del diritto, ha stentato ad affermarsi in ambito penale. Ciò non può certo stupire, ove appena si consideri che il diritto criminale — senza per questo essere affetto da un assoluto immobilismo — è senz'altro uno dei settori del diritto maggiormente condizionato da scelte metodologiche e da valori sedimentati nella tradizione, e si rivela dunque poco incline a cambiamenti radicali non solo in merito alla selezione dei fondamentali comportamenti vietati, ma anche in ordine ai modelli teorici cui ispirarsi. Tuttavia, sull'onda appunto del progressivo, vistoso processo di europeizzazione del diritto, persino una parte della dottrina penale ha iniziato a evocare l'ipotesi di un diritto criminale a carattere degerarchicizzato e dialettico. In particolare, M. Delmas-Marty disegnando con la consueta lungimiranza l'immagine di un *droit flou* ispirato a una "logica del molteplice"<sup>(305)</sup> indotta o

<sup>(303)</sup> Tale terminologia è ormai divenuta di uso frequente. Cfr., per tutti, DELMAS-MARTY, Pour un droit commun, cit., p. 101 ss.; OST, VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, cit., in particolare p. 51 ss.; VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione*. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?, cit., in particolare, p. 665.

<sup>(304)</sup> Sottolineano come il principio di legalità formale, nella sua rigidità, "renda spesso arduo l'adeguamento della *regula iuris* alla multiforme realtà concreta" PALAZZO, PAPA, Introduzione ai principi di diritto penale, cit., p. 214. Anche e soprattutto così si spiegherebbe la scarsa effettività di cui soffre in Italia il principio del divieto di analogia in ambito penale: cfr. *ivi*, p. 283.

<sup>(305)</sup> DELMAS-MARTY, Dal codice penale ai diritti *dell'uomo*, cit., in particolare p. 141 ss.

comunque favorita dell'attuale "destatalizzazione del diritto" <sup>(306)</sup>, ha suggerito una prospettiva di indagine aperta a ulteriori sviluppi. In Italia, in sostanziale consonanza con tale impostazione e nell'ottica di una "teoria postmoderna" del diritto, Fiandaca e Musco hanno affermato che "la tesi tradizionale di un unico sistema chiuso" sembra ormai da respingere, per "configurare in sua vece un sistema cosiddetto 'a rete': costituito cioè da diversi sistemi autonomi posti in rapporto di integrazione complessa e fluida di associazioni e dissociazioni di diverso grado ed intensità" <sup>(307)</sup>.

Con varietà di accenti, sull'onda del ruolo vieppiù creativo assunto dal giudice penale <sup>(308)</sup>, la tesi volta ad ammettere la possibilità di applicare al campo penale una teoria dialettica del diritto è stata quindi ripresa da un numero crescente di penalisti, italiani <sup>(309)</sup> e non <sup>(310)</sup>.

Tutto ciò premesso, conviene allora ripercorrere brevemente le

<sup>(306)</sup> DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, cit., p. 53 ss.

<sup>(307)</sup> FIANDACA, MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 27.

<sup>(308)</sup> Al riguardo cfr., per tutti e limitatamente alla letteratura italiana, GIUNTA, *La giustizia penale tra crisi della legalità e supplenza giudiziaria*, in *Studium iuris*, 1999, p. 12 ss.; CONTENTO, *L'insostenibile incertezza delle decisioni giurisprudenziali*, in *Indice pen.*, 1998, p. 947 ss.; RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, a cura di Vincenti, Padova, 2000, p. 239 ss. e bibliografia ivi riportata.

<sup>(309)</sup> Cfr., in particolare, DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, par. 5 del dattiloscritto in corso di pubblicazione in *Cass. pen.*; MANACORDA, *Jus commune criminale? Enjeux et perspectives de la comparaison pénale dans la transition des systèmes*, cit., p. 323 ss.; VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'imminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, cit., in particolare, p. 664 ss.; ID., *La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2001, p. 141 ss.; ID., *Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau?*, in *Rev. sc. mim.*, 2002, p. 741 ss. Cfr. altresì, sia pure con specifico riferimento alla dimensione in action del principio di legalità, CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999; con riferimento al sistema delle fonti di diritto penale internazionale, CAIANIELLO, FRONZA, *Il principio di legalità nello statuto della Corte penale internazionale*, in *Indice pen.*, 2002, p. 316 ss.; FRONZA, GUILLOU, *Etude mitique des fragments existants de droit pénal commun. Le crime de génocide*, in *Variations autour d'un droit commun*, cit., p. 282 ss.

<sup>(310)</sup> Cfr., tra gli altri, CARTUWELS, *Proximus, ou la tentation du temps pénal contemporain*, in *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 60; ID., *Le droit pénal et l'Etat: des frontières*

ragioni per le quali la progressiva emersione di una realtà di respiro europeo favorisce anche in ambito penale l'adesione ad una concezione "reticolare" del fenomeno giuridico che parrebbe, almeno in un primo momento, confliggere con i consolidati principi "gerarchici e lineari" del primato e dell'efficacia diretta del diritto comunitario sulla normativa (anche penale) dei Paesi dell'Unione. In estrema sintesi <sup>(311)</sup>, sembra di poter dire che tali ragioni sono essenzialmente due, distinte anche se tra loro strettamente connesse: a) l'assenza di chiare gerarchie sia tra diritto nazionale e diritto europeo sia tra le principali fonti di quest'ultimo, con conseguente valorizzazione di quella nozione di "rete" la quale, pur connotandosi per la sua polisemia <sup>(312)</sup>, tende a collocarsi a metà strada tra "un ordine lineare e gerarchizzato e un disordine assoluto" <sup>(313)</sup>, favorendo una logica combinatoria, aperta, orizzontale e circolare, connotata da una flessibilità e provisorietà degli esiti <sup>(314)</sup> che non sfoci tuttavia nell'arbitrarietà <sup>(315)</sup>; b) il ruolo vieppiù centrale svolto dal giudice nella concretizzazione della norma giuridica, vale a dire nell'elaborazione dei contenuti "sostanziali" di quest'ultima <sup>(316)</sup>.

"naturelles" en question, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, cit., p. 20 ss.; FAGET, *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Toulouse, 1992.

<sup>(311)</sup> Per più ampi sviluppi sull'influsso determinato dal processo di europeizzazione del diritto sulla fortuna delle attuali teorie dialettiche del diritto ispirate al paradigma della rete cfr., volendo, BERNARDI, *Entre la pyramide et le réseau: les effets de l'eupéanisation du droit sur le système pénal*, in corso di pubblicazione in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.

<sup>(312)</sup> OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, cit., p. 23 ss.

<sup>(313)</sup> MUSSO, *Télécommunications et philosophie des réseaux. La postérité paradoxale de Saint-Simon*, Paris, 1997, p. 53.

<sup>(314)</sup> CARTUWELS, *Le droit pénal et l'Etat: des frontières "naturelles" en question*, cit., p. 21.

<sup>(315)</sup> La ricerca di una "logica del molteplice" atta a coniugare flessibilità e razionalità contraddistingue, in particolare, tutta la recente opera di DELMAS-MARTY. Cfr., ad esempio, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, cit., passim; *Pour un droit commun*, cit., passim; *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, 1998.

<sup>(316)</sup> In argomento cfr., in generale e per tutti, COTÉ, *Fonction législative et fonction interprétative: conceptions théoriques de leurs rapports*, in *Interprétation et droit*, a cura di P. Amselek, Bruxelles, 1995, p. 190 ss.; OST, VAN DE KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, p. 10 ss.; OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, cit., in particolare p. 389 ss.; PASTORE, *Identità del*



a) Per quanto attiene al problema della mancanza di chiarezza in ordine ai rapporti gerarchici esistenti sia tra diritto nazionale e diritto europeo sia tra le diverse manifestazioni di quest'ultimo, tale problema si manifesta, essenzialmente, in tre diverse ipotesi.

ai) La prima ipotesi concerne il rango della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) nella gerarchia delle fonti nazionali. Indubbiamente, sarebbe in questa sede assai noioso passare in rassegna le molteplici concezioni dottrinali e giurisprudenziali rinvenibili in Italia al riguardo, e le diverse tesi elaborate per impedire che leggi penali ordinarie meno garantiste possano vanificare, attraverso il meccanismo della successione di leggi nel tempo, i diritti sanciti dalla CEDU<sup>(317)</sup>; basterà quindi accennare incidentalmente a tali questioni in una prospettiva più generale, non circoscritta al tema dell'integrazione della CEDU all'interno del sistema giuridico italiano. Ebbene, nell'Annexe 2 al volume in cui sono pubblicati i lavori del Seminario su "Politique criminelle et droits de l'homme" svoltosi a Parigi tra il 1987 e il 1989<sup>(318)</sup> viene evidenziato il diverso, assai eterogeneo livello gerarchico di volta in volta riconosciuto alla CEDU all'interno dei sistemi normativi nazionali<sup>(319)</sup>. Si apprende, così, che all'epoca della pubblicazione del volume in questione (1989) la CEDU risultava in alcuni Stati membri di livello addirittura sovraconstituzionale, mentre in altri non era ancora stata incorporata nell'ordinamento<sup>(320)</sup>. Nella sua sche-

testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica, in *Significato letterale e interpretazione del diritto*, a cura di V. Velluzzi, Torino, 2000, p. 148 ss.; VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, in particolare, p. 664 ss.; ID., *La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique* contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal, cit., p. 172 ss.

<sup>(317)</sup> Per una rassegna di tali concezioni cfr., volendo, PALAZZO, BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, cit., p. 33 ss.

<sup>(318)</sup> *Raisonner la raison d'état* a cura di M. Delmas-Marty, Paris, 1989, p. 506 ss.

<sup>(319)</sup> Livello risultante, a seconda dei casi, supra-constituzionale, costituzionale, sovralegislativo, legislativo.

<sup>(320)</sup> In effetti, secondo l'interpretazione autentica datale, la CEDU non impone agli Stati la propria incorporazione nel diritto interno; resta comunque pacifico che essa — fatte salve le riserve, restrizioni o deroghe espressamente consentite — obbliga gli Stati medesimi a "riconoscere" sempre e comunque i diritti da essa sanciti e a tutelarli

maticità, tale *Annexe* non può tuttavia riproporre i complessi dibattiti esistenti in merito al rango della CEDU negli Stati membri, e le frequenti incongruenze tuttora riscontrabili negli approcci a tale questione<sup>(321)</sup>. Il panorama complessivo è comunque rivelatore delle estreme difficoltà incontrate nell'attribuire una chiara collocazione alla CEDU all'interno dei singoli sistemi nazionali. In questo quadro, allora, i principi costituzionali e i paralleli principi CEDU, più che porsi in rapporto gerarchico, "dialogano" tra loro, condizionandosi a vicenda in una prospettiva di almeno tendenziale innalzamento del generale livello delle garanzie<sup>(322)</sup>.

a2) La seconda ipotesi concerne i problematici rapporti gerarchici esistenti tra diritti nazionali e diritto dell'Unione europea, ed essenzialmente "l'irrisolvibile primato" tra Costituzioni e Trattati<sup>(323)</sup>. Al riguardo — fermo restando il linea generale il principio della prevalenza del diritto comunitario — appare chiaro che la difesa a oltranza della primazia dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale da parte dei singoli Stati, se da un lato può giustificare sul piano emotivo la scelta delle Corti costituzionali di attribuirsi in questa materia l'ultima parola<sup>(324)</sup>, non implica però

in modo concreto ed effettivo (Cfr. Corte europea, sentenza 9 ottobre 1979, caso Airey, Série A, n. 32). Il paradosso in base al quale gli Stati membri della Convenzione europea debbono garantire l'effettività dei diritti CEDU pur potendo, al contempo, non riconoscere loro applicabilità diretta, è stato frequentemente sottolineato dalla dottrina. Cfr., per tutti, COURISSAT-COUSTERE, *Convention européenne des droits de l'homme et droit interne: primauté et effet direct*, in *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1992, p. 12.

<sup>(321)</sup> Sul punto cfr., diffusamente, DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law - A Comparative Study*, Oxford, 1997.

<sup>(322)</sup> Cfr., in generale e per tutti, MELCHIOR, *Notions "vagues" ou "indéterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Studies in honour of G. Wiarda, Köln-Berlin-Bonn-München*, 1988, p. 412; PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, cit., in particolare p. 76 ss.; volendo, BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 208. Tuttavia, circa i rischi connessi ad un uso "regressivo" di taluni diritti previsti dalla CEDU, cfr., in particolare, DELMAS-MARTY, *Politica criminale e diritti dell'uomo*, in *Indice pen.*, 1988, p. 205 ss..

<sup>(323)</sup> In proposito cfr., diffusamente e per tutti, DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, cit., in particolare p. 98 ss.; OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, cit., p. 66 ss.

<sup>(324)</sup> Circa il problema concernente la competenza o meno delle Corti costitu-

una risposta definitiva in ordine ai rapporti gerarchici esistenti tra principi fondamentali nazionali e principi fondamentali di diritto non scritto recepiti in ambito comunitario. L'unica cosa sicura è che queste due categorie di principi (la prima concepita come nucleo fondante e imprescindibile degli Stati di diritto, la seconda, come già ricordato<sup>(325)</sup>, creata proprio per poter affermare in via definitiva il primato del diritto comunitario sul diritto interno) sono tra loro inscindibilmente legate, i principi comunitari impliciti venendo ricavati dalla Corte di giustizia — grazie ai criteri comparatistici in precedenza riassunti<sup>(326)</sup> — proprio muovendo da un esame dei principi costituzionali nazionali<sup>(327)</sup>. Anche in questo caso, dunque, le suddette categorie di principi fondamentali interagiscono sulla base di un tendenziale rapporto di parità, in una prospettiva di reciproca coordinazione destinata "ad avere la meglio sull'esigenza

---

zionali a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale di norme comunitarie (contenute nei Trattati o in atti di diritto derivato) in caso di presunta violazione dei principi fondamentali previsti dalle Costituzioni nazionali ovvero dei diritti inalienabili della persona umana cfr. nell'esperienza italiana, nell'ambito della teoria cosiddetta dei "controlimiti alla limitazione di sovranità" elaborata verso la fine degli anni '80 e dei suoi successivi sviluppi, Corte cost., sent. 21 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 1001 ss. con nota di CARTABIA, *Nuovi sviluppi nelle "competenze comunitarie" della Corte costituzionale*, p. 1012 ss.; sent. 18 dicembre 1995, n. 509, in *Foro it.*, I, c. 783 ss., con osservazione di BARONE, *Corte costituzionale e diritto comunitario: vecchie questioni e nuovi interrogativi*. In dottrina cfr., in particolare, AMOROSO, *La giurisprudenza costituzionale nell'anno 1995* in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso una "quarta fase"?, in *Foro it.*, 1996, V, c. 87. Nell'esperienza francese, cfr. *Conseil const.*, 20 gennaio 1993, sent. 92-316 DC, in *Rev. franç. dr. const.*, 1993, n. 14, p. 375 ss., con note di FAVOREU, FRAYSSINET, PHILIPPE, RENOUX, ROUX. In merito a tale sentenza, cfr., per tutti, MEYER-HEINE, *Droit constitutionnel et droit communautaire*. Le droit constitutionnel français, instrument de remise en cause de la proposition de directive communautaire relative à "la protection des personnes physiques à l'égard du traitement et de la circulation des données à caractère personnel", in *Rev. franç. dr. const.*, 1995, n. 23, p. 637 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici. Nell'esperienza spagnola cfr., tra gli altri, TRAYTER, *La situazione attuale dell'integrazione del diritto comunitario in Spagna. Riferimento speciale ai diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 960 ss.

<sup>(325)</sup> Cfr., supra, sub par. 13, nt. 202.

<sup>(326)</sup> Cfr., supra, sub par. 16, lett. b).

<sup>(327)</sup> Oltre che dall'esame dei principi contenuti nelle Carte dei diritti sottoscritte dagli Stati dell'Unione.

logica della gerarchizzazione"<sup>(328)</sup>. Al riguardo, non deve peraltro essere trascurato che le particolari esigenze di sviluppo politico-giuridico di una Unione integrata di Stati, connesse al ricorso ai principi fondamentali "impliciti" di diritto comunitario, inducono a privilegiare in sede comparatistica i principi costituzionali accolti nei Paesi membri ove essi risultano meglio sviluppati (quantomeno rispetto ai bisogni dell'Unione)<sup>(329)</sup>, ponendoli di fatto in una posizione privilegiata rispetto ai paralleli principi costituzionali oggetto di minore sviluppo da parte di talune Carte fondamentali e della relativa giurisprudenza.

a3) *La terza ipotesi investe gli stessi rapporti esistenti tra le due categorie di principi fondamentali rinvenibili, rispettivamente, in ambito convenzionale ovvero in ambito comunitario.* Rapporti resi particolarmente complessi a causa sia dell'assenza anche in questo caso di una qualsiasi gerarchia tra tali categorie di principi<sup>(330)</sup>, sia del gioco di reciproci riferimenti tra di esse, sia infine dalle possibili sovrapposizioni di competenze tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia. Come noto, la paventata ipotesi che — nonostante il ricorso ai principi CEDU in sede di elaborazione dei relativi principi comunitari impliciti — in ordine ai livelli di sviluppo dei relativi diritti fondamentali possano insorgere contrasti tra le giurisprudenze delle due supreme istanze europee<sup>(331)</sup>, ha indotto taluni a suggerire l'introduzione di forme "incrociate" di ricorso pregiudiziale tra le due Corti europee<sup>(332)</sup>, ovvero addirittura ad auspicare l'unificazione della Corte di Strasburgo e di quella

---

<sup>(328)</sup> OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, cit., p. 68.

<sup>(329)</sup> Volendo, cfr. in argomento, diffusamente, BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 186 ss. e 206 ss.

<sup>(330)</sup> Cfr., per tutti, DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, cit., p. 104.

<sup>(331)</sup> Cfr., tra gli altri, BIANCARELLI, *Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 165; DE SALVIA, *Droit communautaire, droit pénal et Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 122 ss.; LECOURT, *Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes*, in *Studies in honour of G.J. Wiarda*, cit., p. 335 ss.

<sup>(332)</sup> Per vero, è stato tuttavia osservato che tali procedure finirebbero con l'appesantire ulteriormente gli attuali e già complessi meccanismi giurisdizionali esistenti in ambito europeo. Sul punto cfr., *amplius*, LECOURT, *Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes*, cit., p. 337 ss.

di Lussemburgo<sup>(333)</sup>. Resta il fatto che, nell'attuale realtà "bicefala", la speranza che permanga e si rafforzi la tendenziale concordanza di fondo tra le suddette categorie di diritti fondamentali risulta affidata a forme complesse e sofisticate di "dialogo" tra le due Corti europee. In questa prospettiva, ispirata alla logica della "rete" e segnata dalla contemporanea esistenza di una pluralità di sistemi normativi autonomi seppure interdipendenti, ai principi generali (e specificamente a quelli in tema di diritti dell'uomo) potrebbe essere allora affidata la decisiva funzione di garantire, nella caotica complessità delle fonti giuridiche europee, forme di equilibrio dinamico perseguite nel nome di orientamenti e valori comuni<sup>(334)</sup>.

b) Per quanto attiene poi alla questione relativa al ruolo vieppiù centrale svolto dal giudice nell'attività di concretizzazione della norma giuridica, appare indubbio che l'attuale fase di europeizzazione del diritto penale contribuisce in misura decisiva al potenziamento di tale ruolo.

b1) Per quanto concerne la CEDU, merita innanzitutto di essere segnalata l'importanza della giurisprudenza dinamica ed evolutiva sviluppata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Giurisprudenza il cui dinamismo "teleologico"<sup>(335)</sup> risulta legittimato dal fatto che le disposizioni CEDU, conformemente al loro prevalente carattere di norme di principio (anche se, per vero, spesso alquanto dettagliate), lasciano non di rado ai loro interpreti un margine d'azione assai ampio.

Vera e propria law in action, la CEDU non esalta tuttavia solo il ruolo "ricorsivo"<sup>(336)</sup> dei giudici di Strasburgo, ma anche quello dei giudici nazionali, ormai chiamati a valutare la conformità della

normativa (in primis, penale) interna in relazione sia alla Costituzione sia alla stessa CEDU. Anche se, per vero, proprio la strutturazione in forma di principio di certe norme CEDU, invece di favorire una giurisprudenza nazionale orientata allo sviluppo dei diritti fondamentali nei limiti consentiti dall'interesse collettivo, ha permesso ai giudici interni (e alla dottrina) d'impronta "conservatrice" di considerare not *self executing* anche talune disposizioni della CEDU che viceversa erano senz'altro da ritenersi direttamente applicabili<sup>(337)</sup>. Il sistema di controllo di ultima istanza da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, tuttavia, consente di porre rimedio a questi errori. Si tratta, beninteso, di un sistema di controllo ispirato a una logica "gerarchica", favorita dalla interpretazione autonoma delle norme CEDU da parte dei giudici di Strasburgo: ma, al contempo, questa logica gerarchica è attenuata dall'esistenza di numerose clausole che rinviano al diritto dei singoli Paesi membri, e che dunque riconoscono un "margine di discrezionalità nazionale"<sup>(338)</sup> espressivo di quella "dialettica" tra organi e poteri diversi valorizzata dalla metafora della "rete"<sup>(339)</sup>.

Se dunque, per quanto sin qui esposto, la CEDU e il sistema di controllo giurisdizionale da essa previsto esaltano la "ricorsività" delle relazioni tra le diverse entità che concorrono in ambito europeo a forgiare la *law in action*, non deve stupire se secondo la giurisprudenza di Strasburgo il principio di irretroattività sancito dall'art. 7 comma 1 CEDU investe non solo il diritto scritto, ma anche quello giurisprudenziale<sup>(340)</sup> così elevato alla stessa dignità

<sup>(337)</sup> Si pensi, esemplificativamente, alla deprecabile tendenza di taluno a negare l'immediata esecutività dell'art. 13 CEDU, che deve considerarsi una norma sufficientemente determinata e che per di più, non richiedendo la creazione di appositi organi o procedure, risulta senza dubbio *self executing*.

<sup>(338)</sup> In merito al quale cfr., tra gli altri e con varietà di accenti, DELMAS-MARTY, Pour un droit commun, cit., p. 158 ss.; DE SCHUTTER, L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, un essai de démolition, in *Revue de droit international des sciences diplomatiques et politiques*, 1992, p. 83 ss.; OST, Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, cit., p. 448 ss.

<sup>(339)</sup> In argomento cfr., da ultimo, VOGLIOTTI, La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal, cit., p. 160.

<sup>(340)</sup> Cfr., ad esempio, Commissione, 4 marzo 1985, Enkelmann c. Svizzera, D.R. 41, p. 181; Id., dec. 7 maggio 1982, X. Ltd. e Y c. Regno Unito, D.R. 28, p. 87; Corte

<sup>(333)</sup> In questo senso cfr. già LUIS, *Rapport*, in Rev. dr. homme, 1972, p. 694.

<sup>(334)</sup> Al riguardo cfr., per tutti, PASTORE, Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali, in *Diritto privato*, 2001, p. 65 ss.

<sup>(335)</sup> In merito al quale cfr., per tutti, OST, Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, cit., p. 422 ss.; PUSTORINO, L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo, cit., p. 25 ss.

<sup>(336)</sup> Ruolo in base al quale l'opera di "scrittura" del diritto vede affiancati, con pari dignità, legislatore e interprete. Sul punto cfr., in particolare e per tutti, OST, VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, cit., p. 385 ss.; VOGLIOTTI, Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?, cit., p. 664 ss.

del primo. La qual cosa non può non essere giudicata positivamente, tenuto conto del fatto che, secondo quanto sottolineato dalla più attenta dottrina, i mutamenti *in malam partem* delle fattispecie penali per via interpretativa producono effetti in tutto e per tutto simili a quelli di derivazione legislativa, incidendo in uguale misura sul diritto vivente<sup>(341)</sup>.

b2) *Per quanto concerne invece l'Unione europea*, è interessante rilevare come — a prescindere dalla più volte ricordata attività "creativa" svolta dalla Corte di giustizia in sede di individuazione dei principi in materia di diritti fondamentali — sia proprio il principio "gerarchico" del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale ad attribuire al giudice nazionale un ruolo centrale nella ricostruzione della norma (penale) vigente. Si è infatti già ricordato che, stante appunto il primato del diritto comunitario, tutte le norme (anche penali) interne devono essere interpretate, ove appena possibile, in modo conforme al diritto europeo<sup>(342)</sup>. Pertanto, ogni volta che la fattispecie penale nazionale entri in rapporto col diritto comunitario, il giudice potrebbe dover fare ricorso, in relazione ad essa, a forme di interpretazione a carattere volta a volta sistematico, teleologico, restrittivo o persino estensivo, al fine appunto di evitare quanto più possibile ogni eventuale contrasto tra tale fattispecie e la normativa "europea". Tutto ciò, se da un lato esalta il ruolo dell'interprete nella ricostruzione dell'esatta portata della norma penale<sup>(343)</sup>, dall'altro lato pone in evidenza il contributo del diritto comunitario d'incremento di fattispecie improntate a forme di "scrittura reticolare".

europea dei diritti dell'uomo, sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, Serie A, n. 260-A, par. 52. In dottrina cfr., per tutti, BERNARDI, art. 7 ("Nessuna pena senza legge"), in Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, diretto da S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, p. 283 ss.; JACOBS, WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1996, p. 162; PRADEL, CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, 2002, p. 340; RIONDATO, Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole tra legalità e ragionevolezza, cit., p. 255; ID., Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. *Novità* dal Corpus iuris 2000, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2000, p. 967 ss.

<sup>(341)</sup> Cfr., per tutti, CADOPPI, Il valore del precedente, cit., in particolare p. 118 ss.

<sup>(342)</sup> Cfr., supra, sub sez. I, par. 4, nt. 28.

<sup>(343)</sup> Ruolo in questo caso consistente, per l'appunto, nel selezionare tra i molti possibili "contenuti" di un testo penale solo quello/quelli comunitariamente legittimi.

Come si è già avuto modo di sottolineare<sup>(344)</sup>, esistono tuttavia dei casi in cui, indipendentemente da ogni sforzo interpretativo, la norma (penale) interna risulta totalmente o parzialmente in contrasto col diritto comunitario<sup>(345)</sup>. In questi casi il giudice interno dovrà allora disapplicare le fattispecie penali che risultino insanabilmente confliggenti con il diritto comunitario<sup>(346)</sup>. Ora, stante tale obbligo di disapplicazione<sup>(347)</sup>, appare evidente che l'incremento in ambito comunitario di norme atte ad ampliare la sfera dei comportamenti consentiti in capo ai cittadini dell'Unione rischia di impli-

<sup>(344)</sup> Cfr., supra, sub, sez. I, par. 4, lett. c).

<sup>(345)</sup> Ciò accadrà, beninteso, laddove l'attività interpretativa avvenga nel rispetto del principio di legalità, e non comporti quindi un completo stravolgimento del significato conferito alla norma dai segni linguistici che la compongono. La dottrina assolutamente prevalente sottolinea come l'interpretazione conforme al diritto comunitario non possa travalicare lo spirito della legge interna e una diversa, palese volontà del legislatore. Cfr., per tutti, BLECKMANN, *Gemeinschaftsrechtliche Probleme des Entwurfs des Bilanzrichtlinien-Gesetzes*, in BB, 1984, p. 1526; CURTIN, *The Decentralised Enforcement of Community Law Rights. Judicial Snakes and Ladders*, in *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, a cura di Curtin e O'Keefe, Dublin, 1992, p. 40; GALTOT-BONICHOT, *La Cour de Justice des Communautés européennes et la transpositions des directives en droit national*, in *Revue Française de droit administratif*, 1988, p. 22; HUGGER, *Zur strafbarkeitserweiternden richtlinienkonformen Auslegung deutscher Strafvorschriften*, in *NSiZ*, 1993, p. 423 ss.; VAN GERVEN, *Bescherming van individuele rechten op basis van normatieve aansprakelijkheid in het Europees Gemeenschapsrecht*, in *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1993, p. 10. Viceversa, nel senso che in ossequio al primato del diritto comunitario il giudice nazionale sarebbe "invitato a utilizzare sino d'estremo il suo potere di interpretazione, se del caso facendo dire ad una disposizione che non è stata presa per adempiere d'obbligo derivante dal diritto comunitario e che sovente... risulta assai anteriore a quest'ultimo, cose che essa manifestamente non intendeva dire d'epoca della sua promulgazione" SCHOCKWEILER, *Les effets des directives dans les ordres juridiques nationaux*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1995, n. 2, p. 15. Tendenzialmente concorde PRECHAL, *Directives in European Community Law*, Oxford, 1995, p. 228.

<sup>(346)</sup> Cfr., per tutti, RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 102, e giurisprudenza ivi riportata.

<sup>(347)</sup> Obbligo che, in linea generale, non interessa solo il giudice ordinario, ma incombe a di tutti gli organi dello Stato (giudice ordinario, giudice amministrativo, autorità amministrative). Cfr., ad esempio, Corte di giustizia, sent. 22 giugno 1989, causa 103/88 (*Costanzo*), in Racc., 1989, p. 1839 ss.; sent. 18 giugno 1991, causa 295/89 (*Donà*), in Racc., 1991, p. 2967 ss. Cfr. altresì, limitatamente all'Italia, Corte cost., sent. 11 luglio 1989, n. 389, in Giur. cost., 1989, I, p. 1757 ss.; sent. 18 aprile 1991, n. 168, cit., c. 660 ss.

care un parallelo incremento degli interventi dei giudici nazionali per "disinnescare" le fattispecie penali (e le fattispecie punitivo-amministrative) ormai incompatibili con la normativa europea<sup>(348)</sup>. Da ciò deriva un accrescimento esponenziale del potere del giudice interno di condizionare gli ambiti applicativi della normativa penale, dunque di ridefinire i comportamenti penalmente vietati. Tale potere, oltretutto, risulta caratterizzato non di rado da un notevolissimo livello di discrezionalità, dovuto alle possibili incertezze riscontrabili in sede di valutazione della compatibilità o meno tra la norma penale interna e il diritto comunitario. Tant'è che, in taluni casi, i dubbi in questione non cessano nemmeno dopo che la Corte di giustizia — a seguito di ricorso pregiudiziale effettuato dal giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 TCE — abbia fornito la propria interpretazione della norma comunitaria rispetto alla quale la fattispecie penale interna si pone in posizione di sospetta incompatibilità. Non di rado, infatti, le risposte della Corte di giustizia risultano estremamente ambigue, finendo col lasciare al giudice interno tutti i suoi originari interrogativi<sup>(349)</sup>. Ecco dunque dei casi in cui la

<sup>(348)</sup> Merita di essere ricordato ancora una volta che alla disapplicazione giudiziale delle norme comunitariamente illegittime deve seguire, a fini di certezza del diritto vigente, l'abrogazione modificazione o sostituzione di tali norme da parte del legislatore nazionale. Cfr. supra, sub sez. I, par. 4, art. 54.

<sup>(349)</sup> In effetti la Corte di giustizia, se da un lato non deve valutare essa stessa la legittimità comunitaria della norma penale interna (cfr., ad esempio, RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 189; per talune puntualizzazioni cfr., peraltro, RASMUSSEN, La Corte di giustizia, cit., p. 183 ss.), dall'altro lato nemmeno riesce sempre ad offrire al giudice nazionale criteri interpretativi tali da consentire a quest'ultimo di effettuare con sufficiente consapevolezza la suddetta valutazione (cfr., tra gli altri, BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 210; PEDRAZZI, Droit *communautaire* et droit pénal des Etats membres, cit., p. 67 ss.). Esempi lampanti di questo stato di cose sono offerti da alcune pronunce della Corte di Lussemburgo (cfr. sent. 26 febbraio 1976, causa 65/75 (Tasca), in Racc., 1976, p. 291 ss.; sent. 14 luglio 1988, causa 298/87 (Smanor), in Racc., 1988, p. 4513, punto 25), nelle quali il giudizio sulla legittimità della normativa sanzionatoria interna è stato fatto dipendere dalla sussistenza di elementi fattuali di assai difficile individuazione, ovvero è stato incentrato su criteri oltremodo elastici, se non addirittura inafferrabili (cfr., per tutti, CAPELLI, "Yogourt francese e pasta italiana" (due sentenze e una proposta di soluzione), in Dir. com. scambi *intern.*, 1988, p. 391 ss.; nonché, con specifico riferimento al problema della certezza penale sollevato da tali sentenze interpretative, GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., p. 276 ss., e bibliografia ivi riportata).

struttura "relazionale" della rete comporta un rovesciamento di piani tra legislatore penale e interprete, sino a fare di quest'ultimo il vero artefice della norma penale *in action*. Ma, purtroppo, si tratta anche di casi di "diritto in rete" in cui una "scrittura" della fattispecie penale ad opera di una pluralità di autori, lungi dal rivelarsi "virtuosa"<sup>(350)</sup>, rischia di causare un troppo ampio livello di indeterminatezza, un vero e proprio "vuoto di legalità".

Per quanto sin qui esposto, a prescindere da ogni presa di posizione a favore o contro il paradigma della "rete", appare in conclusione chiaro che il processo di europeizzazione del diritto — dando vita a un insieme di sistemi almeno in parte privi di precise gerarchie e obbligando i diversi operatori a "gestire il multiplo" in modo flessibile ma al contempo non arbitrario — contribuisce alla fortuna di questo rivoluzionario paradigma anche in sede penale. Il futuro ci dirà se questa concezione "reticolare" del diritto qui sinteticamente riassunta risulta un naturale portato della modernità e delle sue complesse regole, o viceversa costituisce la risposta contingente al disordine provocato dal (provvisorio?) tramonto della concezione autarchico-statalista del sistema penale, così come da un progetto europeo tanto affascinante quanto incerto nei suoi esiti politico-giuridici.

18. *L'abbandono del nazionalismo dogmatico e il ricorso al "sincretismo concettuale" come conseguenza del pluralismo giuridico. La tendenza alla semplificazione della scienza penale al fine di un "democratico" ravvicinamento dei relativi sistemi statuali.*

Un'ultima espressione dell'attuale tendenza del pensiero penalistico ad evolvere in senso trans-nazionale è costituita dall'emersione di due fenomeni distinti seppur correlati tra loro, specie sotto il profilo teleologico. Essi consistono: *a)* nella progressiva rinuncia al rigore dogmatico e sistematico proprio delle più evolute scienze penali di matrice continentale, in vista del "fine superiore" costituito dalla convergenza dei relativi sistemi nazionali; *b)* nella crescente

<sup>(350)</sup> Come auspicato da VOGLIOTTI, La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour *repenser l'écriture juridique* contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal, cit., p. 155.

aspirazione ad una reale "semplificazione" delle costruzioni teorico-penalistiche di alcuni dei Paesi dell'Unione, atta a facilitare un "dialogo" giuridico sinora ostacolato dalla presenza di strutture concettuali al contempo diverse e assai complesse.

a) per quanto concerne innanzitutto il processo di "denazionalizzazione" della scienza penale, occorre riconoscere che esso risulta oltremodo difficoltoso, per tutta una serie di ragioni teoriche e culturali, le quali peraltro sembrano solo ritardare, ma non paralizzare completamente l'evoluzione in atto.

a) *Sotto* un profilo strettamente teorico, la rinuncia al nazionalismo dogmatico è resa ostica dall'opinione diffusa secondo la quale una scienza penale che non operi deduttivamente tramite concetti e categorie, espressivi di un peculiare sistema logico di interrelazioni, costituirebbe una contraddizione in termini. Un riflesso di tale opinione si coglie nel dibattito sviluppatosi in Germania per l'individuazione del modello concettuale più idoneo a costituire il substrato teorico in vista dello sviluppo di una dogmatica penale a carattere continentale<sup>(351)</sup>. Al riguardo, è stato tuttavia fatto osservare che un approccio così astrattamente rigoroso risulta stonato nell'attuale fase della costruzione giuridica europea. Quest'ultima infatti presenta innanzitutto un'infinità di problemi politico-criminali la cui soluzione si colloca in un contesto "fattuale" e "procedimentale" nell'ambito del quale il soddisfacimento delle esigenze di tipo pratico-applicativo tende inevitabilmente a prendere il sopravvento sulle esigenze di coerenza delle opzioni dogmatiche<sup>(352)</sup>. Tenuto conto di tutto ciò, non si è mancato di suggerire che la soluzione di questi problemi potrebbe essere volta a volta ricercata facendo ricorso a criteri e percorsi giuridici assai diversi, e dunque secondo un modo di procedere ispirato al cosiddetto "principio di apertura metodologica"<sup>(353)</sup>, in base al quale tali criteri e percorsi andrebbero setacciati alla ricerca di quello destinato ad offrire, nel caso di specie, il risultato migliore.

<sup>(351)</sup> Sul punto cfr., in particolare, SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, New York, 2001, p. 1 ss.

<sup>(352)</sup> In questo senso cfr., diffusamente e da ultimo, VOGEL, *Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 518 ss.

<sup>(353)</sup> KHÜL, *Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, cit., p. 801.

Una siffatta "metodologia aperta" implica una comparazione in chiave strettamente "funzionalistica" tra le diverse opzioni utilizzabili<sup>(354)</sup>, in modo che la scelta ultima — anziché costituire l'esito di una "lotta tra dogmatiche" — sia pragmaticamente ispirata alla logica del miglior risultato concreto ottenibile. Ora, è di tutta evidenza che una "oggettivazione" in prospettiva funzionalista della scelta tra le suddette opzioni potrebbe risultare tutt'altro che facile, presupponendo la capacità di spogliarsi delle proprie costruzioni teoriche, per poter valutare con animo quanto più libero possibile le diverse ipotesi. Occorre tuttavia tener conto del fatto che tale *modus operandi* d'impronta sincretistica risulta ormai largamente utilizzato dagli organi europei deputati alla elaborazione di norme e principi a carattere sovratattuale destinati a perseguire un disegno di integrazione su scala continentale<sup>(355)</sup>, rivelandosi oltretutto perfettamente in linea con quell'esigenza di autonomia nella metodologia giuridica postulata da un'Unione di Stati parificati nella reciproca dignità delle proprie tradizioni<sup>(356)</sup>. In questo senso, ammesso e non concesso che dal raffronto tra le differenti scienze giuridiche dei Paesi dell'Unione una di queste risulti in assoluto 'migliore' delle altre, l'ipotesi di una sua pedissequa trasposizione in ambito europeo sarebbe comunque da scartare, in nome di una intuibile esigenza di "democrazia"<sup>(357)</sup>, prima ancora che in nome di quella esigenza di "semplificazione giuridica" alla quale avremo tra poco modo di accennare. Sembra quindi possibile concludere affermando che le obiezioni teoriche opposte al processo di europeizzazione della scienza penale possono essere superate, e che il "principio di apertura metodologica", pur non rappresentando certo la bacchetta magica per la soluzione di ogni problema, appare destinato a raccogliere crescenti consensi.

<sup>(354)</sup> Cfr. VOGEL, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, cit., p. 337-338; Id., *Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 524.

<sup>(355)</sup> Cfr., sul punto, BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, cit., p. 114.

<sup>(356)</sup> Cfr., specificamente, VOGEL, *Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 524.

<sup>(357)</sup> Cfr., sul punto, le osservazioni di DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, cit., p. 52.

a2) Sotto un *profilo latamente* culturale, l'attuale lentezza nella denazionalizzazione delle costruzioni teoriche in ambito penale discende innanzitutto, in via generale, dalle secolari e profonde differenze riscontrabili nelle tradizioni penalistiche europee<sup>(358)</sup>, dal carattere essenzialmente statico della dogmatica<sup>(359)</sup>, nonché da una sorta di "sciovinismo giuridico" critico nei confronti di un processo di europeizzazione che, rinnegando il postulato della assoluta autonomia delle concezioni locali, sembra preludere alla stessa "fine delle nazioni"<sup>(360)</sup>, o quantomeno ad una sorta di svendita delle tradizioni giuridiche statuali<sup>(361)</sup>. Ora, si sa che tale forma di sciovinismo risulta particolarmente sedimentata nel settore penale, fra tutti quello da sempre maggiormente informato al dogma della sovranità nazionale. Di qui la fatica a superare i tradizionali schemi concettuali intrisi, al contempo, di particolarismo e di intransigenza<sup>(362)</sup>; schemi, certo, necessari al mantenimento e al perfezionamento delle preziose simmetrie espresse da talune culture penalistiche a carattere locale, ma difficilmente utilizzabili sia per creare i presupposti necessari allo sviluppo di un unitario — seppur settoriale — diritto penale europeo, sia per procedere a una mera armonizzazione dei sistemi penali nazionali e alla messa in opera di una efficace politica criminale di respiro continentale.

Anche sotto un profilo lato *sensu* culturale, ben si comprende quindi come l'abbandono dell'approccio "autarchico-nazionalista" della scienza penale richieda tempi lunghi e comunque differenti per i singoli operatori del diritto<sup>(363)</sup> con conseguente, inevitabile So-

<sup>(358)</sup> In argomento cfr., emblematicamente, RUTER, *Harmonie trotz Dissonanz. Gedanken zur Erhaltung eines funktionsfähigen Strafrechts im grenzenlosen Europa*, in *ZStW*, 105, 1993, p. 35 ss. Cfr. altresì, per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, cit., p. 103 ss.

<sup>(359)</sup> Cfr. PARESCHE, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, p. 679.

<sup>(360)</sup> Cfr. OPPETT, *L'eurocratie ou le mithe du législateur suprême*, in *Recueil Dalloz*, 1990, p. 73 ss.

<sup>(361)</sup> Cfr. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in "Saggi conferenze e seminari", n. 7, del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1993, p. 13 e bibliografia ivi riportata.

<sup>(362)</sup> In una più generale prospettiva, sulla intrinseca inidoneità del diritto penale a ruoli pionieristici cfr., recentemente e per tutti, DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, cit., p. 54.

<sup>(363)</sup> Cfr., sia pure in una prospettiva non circoscritta al campo penale, FERRARI,

prawivenza di "sacche di resistenza" fedeli alle tradizionali concezioni localistiche. È tuttavia, resta la realtà di una nuova, sia pur non ancora sufficientemente diffusa, presa d'atto della crescente esigenza di europeizzazione della scienza giuridica, e della connessa necessità di dover rinunciare a considerare intoccabili gli elementi peculiari della dogmatica penale nazionale<sup>(364)</sup>. Il mutamento di concezioni si coglie, in primo luogo, nella diminuita enfattizzazione delle differenze scientifiche tra gli Stati, nel progressivo venir meno dell'orgoglio nazionale per le costruzioni giuridiche a carattere essenzialmente interno; nonché nella valorizzazione dei momenti di comunanza o dei movimenti di convergenza<sup>(365)</sup> e nell'impulso all'elaborazione di soluzioni tendenzialmente uniformi.

---

*Note sull'alternativa del diritto contemporaneo*, in *Soc. dir.*, 1993, p. 32 ss.; GESSNER, *L'integrazione giuridica globale e le culture giuridiche*, ivi, p. 63 ss.

<sup>(364)</sup> Cfr., d'interno di una bibliografia ormai molto ampia, ALBRECHT, BRAUM, *Insufficienze nell'evoluzione del diritto penale europeo*, cit., p. 615; BERNARDI, *Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens*, cit., p. 200 ss.; ID. *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, cit.; BIANCARELLI, *L'ordre juridique communautaire a-t-il compétence pour instituer des sanctions?*, in *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Paris, 1993, p. 273; CADOPPI, *Verso un diritto penale unico europeo?*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, cit., p. 39 ss.; DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, cit., passim; DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, cit., p. 543 ss.; DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, cit., p. 29 ss.; ID., *L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale*, cit., p. 477 ss.; GRASSO, *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una politica criminale europea?*, in *Indice pen.*, 1993, p. 93; MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, cit., in particolare, p. 41; MILITELLO, *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 411 ss.; PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte generale" di un codice penale dell'Unione europea*, cit., p. 466 ss.; RIONDATO, *Sull'arcipelago neo-medioevale del diritto penale della Comunità e dell'Unione europea*. In margine al *Corpus Juris per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione*, cit., p. 97 ss.; SATZGER, *Die Europaisierung des Strafrechts*, cit., in particolare p. 985 ss.; TIEDEMANN, *Die Europaisierung des Strafrechts*, cit., p. 6 del testo dattiloscritto; ID., *EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, cit., p. 1401 ss.; VOGEL, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, cit., p. 336 ss.; ID., *Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 517 ss.

<sup>(365)</sup> In questo senso, particolarmente significativa sembra essere l'attuale tendenza a riconoscere l'esistenza di importanti legami storici, nonché di tecniche, strutture

In questo processo di ripensamento del metodo e dei modelli scientifici, tende così a riemergere la convinzione, a suo tempo

---

e fondamenti giuridici comuni financo tra le due aree di civil law e di common law, ovvero a sottolineare i sintomi di un profondo ravvicinamento fra di esse. Cfr., in generale e con diverse sfumature, i contributi pubblicati in *New Perspectives for a Common Law of Europe*, cit.; *The Gradual Convergence. Foreign Ideals, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, a cura di B. S. Markesinis, Oxford, 1994; *Neighbours in Law: Are Common Law and Civil Law Moving Closer Together? Papers in Honour of Barbara Huber on Her 65th Birthday*, a cura di A. Eser, Ch. Rab, Freiburg im Breisgau, 2001; BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994, p. 78 ss.; CAPPELLETTI, *The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: a Fundamental Difference or No Difference at All?*, in *Festschrift für K. Zweigert zum 70 Geburtstag*, Tübingen, 1981, p. 381 ss.; GAMBARO, SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996, p. 44 ss.; GORDLEY, "Common law" v. "civil law". *Una distinzione che va scomparendo?*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, a cura di P. Cendon, Milano, 1994, p. 559 ss.; LAWSON, *the Family Affinities of Common-Law and Civil-Law Systems*, in *Hastings Intern. Comp. Law Rev.*, 1982, p. 103 ss.; LUPOI, *Common Law e Civil Law, alle radici del diritto europeo*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 431 ss.; LUSO SOARES, *Breve comentario sobre "Una propuesta di rilettura del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea" de Giuseppe Gandolfi*, in *Minerva*, (Lisboa), 1990, p. 4; MOCCIA, *Sull'uso del termine "civil law"*, in *Foro it.*, 1980, c. 254 ss.; NÖRR, *The European Side of the English Law. A Few Comments from a Continental Historian*, in COING, NÖRR, *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: ein Forschungsprojekt*, Berlin, 1985, p. 15; PREDIERI, *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, cit., p. 10 ss.; SCHULZE, *Un nouveau domaine de recherche en Allemagne: l'histoire du droit européen*, cit., p. 45 ss. e bibliografia ivi riportata; SAMUEL, *System und Systemdenken - Zu den Unterschieden zwischen kontinentaleuropäischem Recht und Common Law*, in *ZEuP*, 1995, p. 375 ss.; SCHLESINGER, *Il passato e il futuro della comparazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 603 ss.; STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, 1987, passim, in particolare p. XIII; TARUFFO, *Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 345 ss.; ZIMMERMANN, *Der Europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen Civil Law und Common Law*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, p. 1 ss.; Id., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 703 ss. Cfr. altresì, in prospettiva strettamente penalistica e con varietà di accenti, CADOPPI, *La genesi delle fattispecie penali: una comparazione fra civil law e common law*, Relazione svolta il 26 marzo 2002 all'Università di Trento; Id., *Dallo judge made law al criminal code*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 974; Id., *Towards a European Criminal Code?*, cit., p. 2 ss.; Id., *Common law, civil law e diritto penale europeo*, intervento scritto presentato il 17 settembre 1998 al Convegno di Toledo in tema di *Perspectivas de Unificación del Derecho Penal en la Unión Europea*; DELMAS-MARTY, *Politique criminelle d'Europe*, cit., p. 59 ss.; FRAGOLA, ATZORI, *Prospettive per un*

autorevolmente espressa<sup>(366)</sup>, che la scienza giuridica al pari di ogni scienza umana debba necessariamente essere internazionale se non addirittura universale<sup>(367)</sup>, con la conseguenza che essa sarebbe innaturalmente degradata al mero rango di diritto locale ove le frontiere giuridiche coincidessero con quelle politiche<sup>(368)</sup>.

Secondo questa concezione, in definitiva, non già l'attività scientifica, ma solo quella normativa, "fondata sul potere e dunque sulla sua delimitazione"<sup>(369)</sup>, potrebbe semmai differenziarsi su base strettamente nazionale.

Ora, è inutile sottolineare come tale concezione (la quale sembra per certi versi sottovalutare i nessi esistenti tra l'attività statuale di creazione giuridica e l'attività scientifica volta ad ispirare il legislatore<sup>(370)</sup> e ad interpretarne e sistematizzarne i prodotti normativi)<sup>(371)</sup> venga oggi rafforzata dalla progressiva erosione della stessa potestà legislativa dello Stato ad opera dell'Unione europea. In tal modo, infatti, risulta quantomeno attenuata quella frattura tra "legislazione" e "scienza legale" derivante dalla contrapposizione tra la dimensione nazionale della prima e l'auspicata dimensione sovrastatale della seconda. Diviene allora ancor più giustificata l'esigenza di

---

*diritto penale europeo*, cit., p. 4; PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, cit., p. 200; SCHULZE, *Il contributo italiano al diritto penale nel tardo ottocento, in Problemi istituzionali e riforme nell'età crispina*, Sorrento, 1990.

<sup>(366)</sup> Cfr. già SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, in *Code civil - Livre du Centenaire*, Paris, 1904, I, p. 95 ss. e 127. Cfr. altresì, in tempi relativamente più recenti, DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. pen.*, 1958, in particolare p. 201 ss.

<sup>(367)</sup> Cfr., per tutti, ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, cit., in particolare p. 149; DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, cit., p. 49.

<sup>(368)</sup> Cfr. già VON IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1. Aufl., 6<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1907 (ristampa Darmstadt, 1968), p. 15; nonché, ora, ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, cit., in particolare p. 167 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>(369)</sup> RAVA, *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padova, 1982, p. 3 ss. e 38 ss.

<sup>(370)</sup> Sul punto cfr., ad esempio, PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, 1989, p. 5 ss.

<sup>(371)</sup> Sul problema della scienza del diritto e degli oggetti della sua indagine cfr., in particolare, PULITANO, *Quale scienza del diritto penale?*, cit., p. 1215 ss. e bibliografia ivi riportata.



giungere, anche in ambito penale, al superamento o quantomeno d'attenuazione di quelle "contrapposizioni concettuali" ormai da taluno definite, a giusto titolo "assurde" <sup>(372)</sup>; superamento certo non garantito, ma senz'altro facilitato da un generale processo di "semplificazione" delle scienze giuridiche nazionali, che tuttavia sembra meritevole di qualche breve osservazione.

*b) Per quanto riguarda) poi, la crescente aspirazione anche in campo penale ad una reale "semplificazione" delle scienze giuridiche nazionali, in prima approssimazione sembra di poter dire che essa tende — almeno prevalentemente — a perseguire due diversi scopi: quello di contrastare le crescenti discrasie tra teoria e prassi penale; quello di facilitare il dialogo tra dogmatiche in vista del ravvicinamento (o, in prospettiva più ottimistica, dell'unificazione) dei sistemi, e di favorire, di riflesso, il ricorso a categorie, istituti, regole, improntati a una "grammatica giuridica" razionale ma al contempo non troppo complessa.*

*b1) In relazione al primo di tali scopi — encomiabile ma comunque tendenzialmente estraneo al tema qui trattato — basterà ricordare come parte della dottrina concordi oramai sul fatto che in certi Paesi taluni istituti-cardine della teoria generale del reato <sup>(373)</sup> hanno raggiunto un livello di complessità così elevato da favorire il reciproco estraneamento tra soluzioni dogmatiche e soluzioni giurisprudenziali. Di qui, dunque, la tendenza a ricercare una riduzione della complessità della scienza penale <sup>(374)</sup>.*

*b2) In relazione al secondo degli scopi connessi d a semplificazione delle dogmatiche nazionali — concernente appunto il tema della europeizzazione del diritto — è importante sottolineare come*

<sup>(372)</sup> SACCO, *Il sistema del diritto privato europeo: le premesse per un codice europeo*, in *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, a cura di L. Moccia, Milano, 1993, p. 98.

<sup>(373)</sup> Si pensi, esemplificativamente, alla disciplina dell'imputazione e del concorso di persone.

<sup>(374)</sup> In proposito cfr., ad esempio, le osservazioni di VOLK, recensione a Moccia, "Il diritto penale tra essere e valore", in *Annali dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale - Università degli Studi di Salerno*, 1993, p. 156. Cfr. altresì, per taluni spunti in argomento, CADOPPI, *Dallo judge made law al criminal code*, cit., in particolare p. 929 ss. Sul tema della "lontananza" tra teoria e prassi penale e delle relative cause cfr., in particolare, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1991.

si stiano ormai diffondendo anche in ambito penale quelle concezioni "pionieristiche" volte all'armonizzazione di istituti e norme tra gli Stati dell'Unione, o addirittura d'elaborazione di fattispecie unitariamente applicabili su scala continentale. Elaborazione effettuata alla luce delle esigenze proprie dei *diversi*, più o meno evoluti, ordinamenti nazionali europei, e dunque anche a costo di dover attuare operazioni di semplificazione dogmatica e normativa destinate a rendere i singoli sistemi penali (owero, in una diversa ma parallela prospettiva, il progettato ordinamento penale sovrastatale) "un poco più primitivi" rispetto a taluni dei previgenti sistemi nazionali <sup>(375)</sup>.

Un esempio emblematico di semplificazione giuridica tesa a perseguire un "dialogo" tra le dogmatiche nazionali in chiave di armonizzazione/unificazione viene oggi offerto proprio dalle norme (specie, ma non solo, di parte generale) del *Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea* <sup>(376)</sup>; norme le quali hanno costituito e tuttora costituiscono, al contempo, il prodotto e l'occasione di un'intensa attività comparatistica condotta nel segno della razionalità e della linearità concettuale. Da un lato, infatti, tali norme sono state redatte tenendo conto dei peculiari retroterra scientifici e normativi nazionali, alla ricerca di "minimi denominatori comuni" e di "orientamenti prevalenti" atti a favorirne la ricezione d'interno dei singoli Stati; dall'altro lato, esse hanno dato vita, *ex post*, a una ulteriore, meticolosa attività di verifica volta ad appurare la loro reale compatibilità con i singoli ordinamenti giuridici nazionali <sup>(377)</sup>. La migliore prova di come il progetto di *Corpus Juris* non solo sia nato, ma continui a evolversi in un contesto di fattiva cooperazione scientifica a carattere interstatale viene oggi fornita dalla lettura dell'opera curata da Mireille Demas-Marty e John Vervaele in tema di attuazione del *Corpus*

<sup>(375)</sup> In argomento cfr., in generale e per tutti, VOGEL, *Wege zu europaisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, cit., p. 338.

<sup>(376)</sup> In merito al quale cfr., diffusamente, supra, sub sez. I, par. 11.

<sup>(377)</sup> Così, ad esempio, lo stesso Parlamento europeo ha richiesto alla Commissione l'iniziativa di un'analisi comparatistica condotta in relazione agli ordinamenti giuridici dei Paesi dell'Unione per valutare la fattibilità sul piano sia tecnico che costituzionale della Procura europea progettata dal *Corpus Juris*. Cfr., al riguardo, Parlamento europeo, doc. n. 222.169.

stesso. Nei rapporti dei 15 Stati membri contenuti nel secondo e nel terzo volume sono infatti analizzati in modo estremamente dettagliato i rapporti intercorrenti tra ogni norma del *Corpus Juris* e i singoli sistemi nazionali, così da poter valutare il livello di fattibilità e di compatibilità delle prime rispetto ai secondi <sup>(378)</sup>.

A conclusione di questa breve disamina delle attuali tendenze alla "semplificazione" delle scienze giuridiche nazionali e dei relativi sistemi penali, merita di essere rilevato che, a onor del vero, in ambito nazionale l'auspicio di addivenire ad una dogmatica meno ardua può essere formulato in vista di un ulteriore scopo, anch'esso peraltro connesso al tema dell'uropeizzazione del diritto penale. Si allude allo scopo di veder realizzata una affermazione su scala europea della propria scienza giuridica nazionale: affermazione da un lato auspicata in ragione di una presunta "superiorità oggettiva" di tale scienza, ma dall'altro lato frenata, per l'appunto, dalla sua "scoraggiante" complessità. Donde, appunto, l'auspicio che attraverso operazioni di semplificazione capaci di ridurre il grado di difficoltà senza peraltro snaturarne i tratti caratterizzanti, la propria dogmatica nazionale possa svolgere più efficacemente un'opera di "colonizzazione culturale" condotta per il (presunto) "bene" dell'Unione stessa. Un'eco, di quanto appena detto può cogliersi nel contrasto tra chi sostiene la necessità di promuovere anche sul piano europeo il grado di sviluppo conseguito dalla dogmatica tedesca, onde evitare il rischio che altre scienze giuridiche "arretrate", come quella inglese e francese, retrocedano il discorso penale europeo ad uno stadio "premoderno" <sup>(379)</sup>, e chi sottolinea, per contro, che non di rado i giuristi di molti Paesi dell'Unione guardano con sospetto alle riforme ispirate al sistema tedesco proprio a causa della sua estrema complessità <sup>(380)</sup>. Contrasto rivelatore, se mai ce ne fosse

<sup>(378)</sup> Cfr. La mise en oeuvre du *Corpus Juris* dans les *États-Membres*, II e III, cit., passim. I suddetti rapporti sono inoltre riproposti, in forma semplificata e schematica, nell'*Annexe I* al primo volume (p. 109 ss.), ove è dato rinvenire centinaia di tabelle comparative, concepite con il precipuo scopo di rendere particolarmente chiari e accessibili i risultati della ricerca.

<sup>(379)</sup> SCHÜNEMANN, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, cit., p. 11.

<sup>(380)</sup> In questo senso, sia pure muovendo da una diversa impostazione, sfavorevole all'uniformizzazione dei sistemi penali nazionali, rileva come la dogmatica tedesca non possa comunque svolgere "il ruolo di precettore per l'Europa" WEIGEND, *Strafrecht*

bisogno, di come un processo di europeizzazione del diritto penale condotto nel segno del pluralismo scientifico e del sincretismo concettuale sia ostacolato da forze frenanti riconducibili a persistenti e per certi aspetti non ingiustificati orgogli nazionalistici.

#### 19. *Considerazioni conclusive.*

Tradizionalmente concepito quale insieme di norme atte a consentire una severa punizione dei comportamenti più riprovevoli, il diritto penale riflette il patrimonio di valori lentamente acquisito all'interno di una società omogenea. Appare dunque logico che esso risulti tendenzialmente refrattario ad ogni rapido mutamento, e poco propenso ad assolvere un ruolo "promozionale" in ambito sociale. Rischiano così di essere esasperate sia le forze inerziali connaturate al diritto in quanto tale (che lo rendono, di regola, poco incline ad assecondare in modo rapido le evoluzioni della realtà), sia le resistenze che il diritto penale, in ragione della sua matrice statualistica, oppone a condizionamenti di origine esterna alla compagine nazionale <sup>(381)</sup>.

Tutto ciò può certo spiegare come — malgrado un processo di costruzione europea ormai consolidato a livello economico e in fase di perfezionamento sul piano politico — non si sia ancora pervenuti a un unitario sistema giuridico, e men che meno a un unico sistema penale di vigenza continentale: ma solo a un "diritto comunitario e dell'Unione" chiamato ad affiancarsi e integrarsi al diritto dei Paesi membri. La connaturata "lentezza" ad evolvere propria del diritto penale e del corrispondente settore della scienza giuridica non significa, tuttavia, assoluto immobilismo e aprioristico rifiuto a recepire i condizionamenti e gli influssi di matrice europea. In questo senso, non si è mancato di sottolineare come — anche, per vero, sull'onda delle indicazioni dei relativi organi sovratutali di produzione e interpretazione del diritto — siano progressivamente emerse in piena luce, e siano state via via metabolizzate nel diritto vivente dei sistemi nazionali, differenti, molteplici forme di manifestazione

durch *internationale Vereinbarungen* - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, in *ZStW*, 1993, p. 792.

<sup>(381)</sup> Cfr., al riguardo, supra, sub sez. I, par. 1.

del processo di europeizzazione. Si è poi evidenziato come tale processo abbia finito con l'incidere sulla stessa scienza penale, favorendo il superamento delle concezioni a carattere nazionalistico sotto diversi profili. In questa prospettiva, da un lato sono state rivitalizzate e riplasmate teorie, concezioni e metodologie (a carattere, volta a volta, giusnaturalista, razionalista, storicista, comparatista) tradizionalmente iscritte nel patrimonio culturale del vecchio continente; dall'altro lato sono state create *ex novo* o comunque rielaborate modellistiche e tecniche ("a rete", sincretiste, di semplificazione) ritenute rispondenti alle nuove esigenze indotte dalla complessità delle fonti e dalla eterogeneità delle esperienze giuridiche coinvolte nel progetto europeo.

Allo stato attuale, non è dato sapere con esattezza quali saranno gli esiti del processo di integrazione normativa e di ripensamento dogmatico su scala europea, tenuto anche conto del fatto che la futura crescita in estensione e competenze dell'Unione risulta condizionata da una serie di fattori in larga misura imprevedibili. Del resto, proprio lo studio della storia d'Europa sembra confortare la teoria vichiana dei corsi e ricorsi, rivelando un *iter* continuamente oscillante nei secoli tra chiusure in senso autarchico-nazionalista e aperture in prospettiva regionalistica se non addirittura universalistica.

Quale che sia il divenire del nostro continente, è comunque un dato di fatto che il livello di integrazione sociale e istituzionale cui si è ormai pervenuti è tale da richiedere un grado di armonizzazione-omogeneizzazione del diritto e della scienza penale superiore a quello oggi riscontrabile.

Nella prospettiva quindi, nell'immediato, di un'opera di ulteriore ravvicinamento interstatale a carattere normativo e dogmatico, sembra potersi affermare che i patrimoni di scienza profusi nel corso dei secoli in vista dell'elaborazione di sistemi giuridici nazionali caratterizzati da una autonoma coerenza strutturale dovranno costituire il punto di partenza — certo imprescindibile — sulla base del quale procedere, attraverso difficili e sofferti processi di adattamento reciproco, allo sviluppo di una comune cultura giuridica europea.