



Collana del Dottorato di ricerca
in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali

Università degli Studi di Ferrara.
Dipartimento di Giurisprudenza. Sedi di Ferrara e Rovigo

I VOLTI ATTUALI DEL DIRITTO PENALE EUROPEO

ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI
PER ALESSANDRO BERNARDI

A CURA DI
CIRO GRANDI


**Pacini
Giuridica**

Collana del Dottorato di ricerca
in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali

Università degli Studi di Ferrara.
Dipartimento di Giurisprudenza. Sedi di Ferrara e Rovigo

Collana del Dottorato di ricerca
in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali

Università degli Studi di Ferrara.
Dipartimento di Giurisprudenza. Sedi di Ferrara e Rovigo

Volumi pubblicati da Jovene

1. Alessandro Bernardi (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico* (2015), pp. XXXVI-452.
2. Valsamis Mitsilegas, *Justice and Trust in the European Legal Order. The Copernicus Lectures*, a cura di Ciro Grandi (2016), pp. XIV-194.
3. Chiara Bergonzini - Silvia Borelli - Andrea Guazzarotti (a cura di), *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti* (2016), pp. XII-220.
4. Alessandro Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (2017), pp. CXXXIV-522.
5. Alessandro Bernardi - Cristiano Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale* (2017), pp. XXII-498.
6. Arianna Finessi (a cura di), *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano* (2017), pp. VIII-168.
7. Alessandro Bernardi - Marco Venturoli (a cura di), *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata* (2018), pp. XII-380.

Volumi pubblicati da Pacini Giuridica

8. Ciro Grandi (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi* (2021), pp. XX-268.

I VOLTI ATTUALI DEL DIRITTO PENALE EUROPEO

ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI PER
ALESSANDRO BERNARDI

A CURA DI
CIRO GRANDI

Volume realizzato con il contributo di Macrocrimes – Centro studi giuridici europei sulla grande criminalità del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara

mc
macro
crimes

Centro studi giuridici europei
sulla grande criminalità
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Ferrara

© Copyright 2021 by Pacini Editore Srl

ISBN 978-88-3379-324-5

Realizzazione editoriale

The logo for Pacini Editore features a stylized crest or emblem above the text "Pacini Editore". The crest contains various symbols, including what appears to be a scale of justice and other heraldic elements.

Pacini
Editore

Via A. Gherardesca
56121 Pisa

Responsabile di redazione
Gloria Giacomelli

Fotolito e Stampa
IGP Industrie Grafiche Pacini

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

INDICE SINTETICO

CIRO GRANDI, <i>Presentazione</i>	p. XIII
FRANCESCO PALAZZO, <i>Introduzione</i>	» XVII

PRIMA SESSIONE

GLI EFFETTI RIFLESSI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA SUL DIRITTO PENALE NAZIONALE

LUIGI FOFFANI, <i>Gli effetti riflessi del diritto dell'Unione Europea sul diritto penale nazionale</i>	» 3
SILVIO RIONDATO, <i>Il volto odierno del diritto penale europeo specchiato nello scritto «Principi di diritto» e diritto penale europeo» (1988) di Alessandro Bernardi</i>	» 17
CARLO SOTIS, <i>Il poker, il ping-pong e l'alpinismo. Gli effetti riflessi nei tre volti del penalista europeo</i>	» 23

SECONDA SESSIONE

LE COMPETENZE PUNITIVE DELL'UNIONE EUROPEA

ROSARIA SICURELLA, <i>Il diritto penale europeo dopo Lisbona. Dall'«ossimoro polisenso» al diritto penale di un sistema di ordinamenti integrati. Ancora a metà del guado</i>	» 47
GAETANO DE AMICIS, <i>I soggetti della cooperazione giudiziaria nell'esercizio delle competenze punitive dell'Unione europea</i>	» 67
VINCENZO MILITELLO, <i>L'armonizzazione dei reati in Europa fra 'parabola' e 'piano inclinato': il caso dell'incriminazione dell'organizzazione criminale</i>	» 85
LORENZO PICOTTI, <i>Sui «tre volti» del diritto penale comunitario: passato e futuro</i>	» 103

TERZA SESSIONE

LA DIMENSIONE COSTITUZIONALE DEL DIRITTO PENALE EUROPEO

VITTORIO MANES, <i>Sugli approdi attuali del processo di costituzionalizzazione del “diritto penale europeo”</i>	» 129
STEFANO MANACORDA, <i>‘Doppia pregiudizialità’ e Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell’Unione europea nell’era del disincanto.</i> »	137
CRISTIANO CUPELLI, <i>La pareidolia del caso Taricco. La reale posta in gioco, l’attivazione ‘indiretta’ dei controlimiti e i possibili scenari ‘costituzionali’ del diritto penale europeo</i>	» 181

TAVOLA ROTONDA

INTEGRAZIONE EUROPEA E SCIENZA PENALE

GENEVIÈVE GIUDICELLI-DELAGE, <i>La confiance : un défi pour l’Union</i>	» 201
YVES CARTUYVELS, <i>Les voyages de la science penale en Europe : la traduction comme paradigme de l’Europe penale</i>	» 207
MASSIMO DONINI, <i>Integrazione europea e scienza penale</i>	» 215
GIOVANNI FLORA, <i>La dimensione europea del diritto penale. Quale ruolo per la scienza penale?</i>	» 235
ADÁN NIETO MARTIN, <i>Legitimidad y legalidad en el derecho penal “post estatal”: sobre el papel de la democracia deliberativa en el principio de legalidad</i>	» 241
Lista degli Autori	» 259

INDICE

CIRO GRANDI, Presentazione	p. XIII
FRANCESCO PALAZZO, Introduzione	» XVII

PRIMA SESSIONE

GLI EFFETTI RIFLESSI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA SUL DIRITTO PENALE NAZIONALE

LUIGI FOFFANI, Gli effetti riflessi del diritto dell'Unione Europea sul diritto penale nazionale	» 3
1. Gli "effetti riflessi" ante-Lisbona: rileggendo "I tre volti del diritto penale comunitario" di Sandro Bernardi	» 3
2. Gli "effetti riflessi" sul diritto penale dell'economia	» 5
2a. Lo statuto penale degli operatori bancari, fra pubblicizzazione e privatizzazione	» 5
2b. I reati societari, fra le leggi di attuazione delle direttive comunitarie, la riforma del 2002 e la sentenza della Corte Europea di Giustizia sul falso in bilancio	» 8
2c. Il diritto penale dei mercati finanziari, dalla Direttiva sull' <i>insider trading</i> del 1989 alla Direttiva sul <i>market abuse</i> del 2003	» 13
3. Conclusioni: dagli "effetti riflessi" al "cammino verso l'armonizzazione" penale. »	15
SILVIO RIONDATO, Il volto odierno del diritto penale europeo specchiato nello scritto «Principi di diritto» e diritto penale europeo (1988) di Alessandro Bernardi	» 17
1. Premessa	» 17
2. L'intramontabile attualità di «Principi di diritto» e diritto penale europeo	» 18
3. La profetica rilettura della legalità penale dinanzi all'inarrestabile opera "creatrice" della giurisprudenza	» 20
4. Conclusione	» 22
CARLO SOTIS, Il poker, il ping-pong e l'alpinismo. Gli effetti riflessi nei tre volti del penalista europeo	» 23
1. Una premessa	» 23

2. Efficacia disapplicatrice degli effetti riflessi, effetto diretto e diretta applicabilità »	26
3. (segue) Effetti diretti ed efficacia disapplicatrice in caso di effetti riduttivi del penalmente rilevante	29
4. (segue) Effetti diretti ed efficacia disapplicatrice in caso di effetti espansivi del penalmente rilevante	32
5. Effetti riflessi dal punto di vista culturale: il volto del diritto penale europeo riflette quello del penalista europeo	36
6. Tre esempi... ..	37
7. ... e tre modelli: il poker, il ping-pong e l'alpinismo.....	42

SECONDA SESSIONE

LE COMPETENZE PUNITIVE DELL'UNIONE EUROPEA

ROSARIA SICURELLA, Il diritto penale europeo dopo Lisbona. Dall'“ossimoro polisenso” al diritto penale di un sistema di ordinamenti integrati. Ancora a metà del guado	47
1. Considerazioni introduttive: a Lisbona qualcosa è cambiato	47
2. L'affermazione di una dimensione penale della costruzione europea	52
3. (Ri) Fondare il diritto penale dell'Unione: un impegno ineludibile	56
4. Il cammino (tuttora inesplorato) prefigurato dal trattato.....	61
5. Brevi considerazioni conclusive	65
GAETANO DE AMICIS, I soggetti della cooperazione giudiziaria nell'esercizio delle competenze punitive dell'Unione europea.....	67
1. Premessa.....	67
2. Il principio del mutuo riconoscimento e i nuovi soggetti della cooperazione giudiziaria penale	68
3. Un quadro in movimento: la nascita dell'EPPO e i prodromi di un'azione penale europea	71
4. Struttura e competenza dell'EPPO	74
5. I rapporti con Eurojust e le autorità giudiziarie nazionali.....	76
6. L'assenza di un “giudice europeo” e la mancata unificazione delle regole di acquisizione delle prove.....	78
7. Il rischio di una legalità “liquida” e l'esigenza di una comune “grammatica” del diritto penale europeo.....	80
VINCENZO MILITELLO, L'armonizzazione dei reati in Europa fra ‘parabola’ e ‘piano inclinato’: il caso dell'incriminazione dell'organizzazione criminale.....	85
1. Un debito personale come introduzione	85

2. La divaricazione fra programmi e realizzazioni nel ravvicinamento dei sistemi penali europei: precisazioni preliminari..... »	88
3. Il banco di prova della organizzazione criminale per la parabola dell'armonizzazione penale europea..... »	90
4. Una verifica critica dei deficit nella creazione di una base comune di contrasto alle organizzazioni criminali..... »	92
5. Tendenze di adeguamento degli Stati membri agli standard fissati in materia dall'Unione Europea..... »	97
6. Il principio dell'armonizzazione come piano inclinato che spinge alla convergenza dei sistemi penali nazionali..... »	100
LORENZO PICOTTI, Sui “tre volti” del diritto penale comunitario: passato e futuro..»	103
1. Introduzione: un ricordo dell'incontro di studio trentino e del professor Hans-Heinrich Jescheck quale precursore del diritto penale europeo..... »	103
2. L'insegnamento di Alessandro Bernardi: metodo, sistema ed acribia scientifici al passo con l'evoluzione giuridica..... »	105
3. Sui “tre volti” del diritto penale comunitario: un passato non lontano..... »	107
3.1. Il primo “volto”: il campo delle “sanzioni comunitarie”..... »	107
3.2. Il secondo “volto” del diritto penale comunitario: le diverse forme di influenza del diritto comunitario su quello penale e la sua efficacia disapplicatrice diretta..... »	110
3.2.1. In margine: lungo ma necessario <i>excursus</i> sulla ‘saga Taricco’..... »	111
3.3. Il terzo “volto” del diritto penale comunitario: la piena competenza penale (della Comunità) europea..... »	119
4. L'impatto del Trattato di Amsterdam e il ruolo propulsivo del terzo pilastro per la svolta di Lisbona..... »	121
5. Osservazioni o meglio auspici conclusivi..... »	123

TERZA SESSIONE

LA DIMENSIONE COSTITUZIONALE DEL DIRITTO PENALE EUROPEO

VITTORIO MANES, Sugli approdi attuali del processo di costituzionalizzazione del “diritto penale europeo” »	129
1. Alessandro Bernardi, pioniere e decano del “diritto penale europeo”..... »	129
2. Il “blocco di costituzionalità” su cui poggia il diritto penale europeo..... »	130
3. Le più recenti acquisizioni: finalità di risocializzazione della pena e proporzionalità di ogni ingerenza statale limitativa di <i>fundamental rights</i> »	131
4. Il rinnovato protagonismo della Corte costituzionale e il “riaccentramento” del <i>rights-based discourse</i> anche in materia penale..... »	132
5. Convergenze e divergenze nel dialogo tra Corti..... »	133

6. L'interpretazione euro-unitariamente orientata "prova provata del processo di costituzionalizzazione dell'UE e del suo diritto penale"	»	135
STEFANO MANACORDA, Doppia pregiudizialità' e Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto	»	137
Premessa	»	137
1. Profili introduttivi: il ruolo della penalistica nel rinnovato dibattito sulla Carta. »		138
2. I diritti fondamentali e la Carta nella stagione del 'disincanto' penalistico per la costruzione europea	»	141
3. Per un recupero della centralità della Carta nella sua portata 'costituzionale' e nella sua dimensione politico-criminale	»	145
4. La Corte di Giustizia e il ricorso parametrico alla Carta in ambito penalistico tra timide aperture e approcci riduzionisti. La valenza performativa in tema di garanzie per il mandato di arresto e l'extradizione	»	148
5. Le incerte posizioni della Corte di Giustizia in ordine ai principi di legalità e proporzionalità della pena e l'inquadramento del principio del <i>ne bis in idem</i> »		153
6. La proiezione penalistica della sentenza n. 269/2017 Corte Cost. tra doppia pregiudizialità e <i>revirement</i> rispetto al modello <i>Granital</i>	»	158
7. Il ricorso alla Carta nella giurisprudenza costituzionale sulle questioni penali: la prospettiva di contenimento degli effetti	»	165
8. Il temperamento della 'dottrina 269': sindacato diffuso, controllo accentrato e dialogo in materia penale nelle pronunce della Consulta del 2019	»	172
9. Rilievi conclusivi e le ragioni di un (moderato) ottimismo	»	178
CRISTIANO CUPELLI, La <i>pareidolia</i> del caso Taricco. La reale posta in gioco, l'attivazione 'indiretta' dei controlimiti e i possibili scenari 'costituzionali' del diritto penale europeo	»	181
1. Il <i>caso Taricco</i> e gli snodi fondamentali: prove di rilettura 'a mente fredda'	»	181
2. Il <i>percorso</i>	»	182
2.1. La prima sentenza della Corte di Giustizia	»	183
2.2. Le reazioni della giurisprudenza interna	»	184
2.3. L'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale e la scelta di un ulteriore rinvio pregiudiziale	»	185
2.4. Il <i>passo indietro</i>	»	186
2.5. <i>Si chiude il confronto</i>	»	188
3. L' <i>incerta</i> posta in gioco	»	190
4. Le ricadute	»	193
4.1. La strategia diplomatica	»	193

4.2. (segue) Gli spunti procedurali e l' <i>esercizio indiretto</i> dei controlimiti	»	195
4.3. (segue) La <i>rivincita</i> dei principi di garanzia	»	197
5. Per chiudere.....	»	197

TAVOLA ROTONDA

INTEGRAZIONE EUROPEA E SCIENZA PENALE

GENEVÈVE GIUDICELLI-DELAGÉ, La confiance : un défi pour l'Union	»	201
--	---	-----

YVES CARTUYVELS, Les voyages de la science penale en Europe : la traduction comme paradigme de l'Europe penale	»	207
Introduction	»	207
1. L'émergence de la rationalité pénale moderne à la fin du XVIIIe siècle	»	208
2. La diffusion du positivisme pénal en Europe à la fin du XIXe siècle : d'un modèle à ses déclinaisons.....	»	211
3. Conclusion	»	213

MASSIMO DONINI, Integrazione europea e scienza penale	»	215
1. Due tipi di penalisti	»	215
2. Premesse epistemiche	»	216
3. Un destino pluri-generazionale comune di umanizzazione, internazionalizza- zione e crescita del penale insieme alle sue garanzie.....	»	217
4. Nascita del diritto e della scienza penale europei.....	»	219
5. Il diritto europeo delle regole armonizzate e dei principi.....	»	220
6. L'incidenza del diritto europeo sulla scienza penale	»	221
7. Lo sviluppo di una dogmatica comparata e di principi.....	»	223
8. La pluralità degli attori di questo orientamento. Dall'aristocrazia a un primo embrione di democrazia penale	»	224
9. L'unificazione penale europea mediante i principi, non mediante i dogmi classici. »	»	224
10. L'europeismo giudiziario e la sostituzione dei protagonisti	»	225
11. Il diritto penale di lotta marcato UE	»	227
12. L'eredità del caso Taricco	»	230
13. Sussidiarietà e proporzione come principi di garanzia?	»	231
14. Conclusione.....	»	232

GIOVANNI FLORA, La dimensione europea del diritto penale. Quale ruolo per la scienza penale?	»	235
---	---	-----

ADÁN NIETO MARTIN, Legitimidad y legalidad en el derecho penal “post estatal”: sobre el papel de la democracia deliberativa en el principio de legalidad	»	241
1. Introducción.....	»	241
2. Gobernanza global y derecho penal	»	242
3. Estandarización y normas privadas	»	250
4. Constitucionalismo global y principio de legalidad.....	»	252
5. Alguna conclusión	»	258
Lista degli Autori	»	259

LORENZO PICOTTI

SUI “TRE VOLTI” DEL DIRITTO PENALE COMUNITARIO: PASSATO E FUTURO

SOMMARIO: 1. Introduzione: un ricordo dell'incontro di studio trentino e del professor Hans-Heinrich Jescheck quale precursore del diritto penale europeo. – 2. L'insegnamento di Alessandro Bernardi: metodo, sistema ed acribia scientifici al passo con l'evoluzione giuridica. – 3. Sui “tre volti” del diritto penale comunitario: un passato non lontano. – 3.1. Il primo “volto”: il campo delle “sanzioni comunitarie”. – 3.2. Il secondo “volto” del diritto penale comunitario: le diverse forme di influenza del diritto comunitario su quello penale e la sua efficacia disapplicatrice diretta. – 3.2.1. In margine: lungo ma necessario *excursus* sulla ‘saga Taricco’. – 3.3. Il terzo “volto” del diritto penale comunitario: la piena competenza penale (della Comunità) europea. – 4. L'impatto del Trattato di Amsterdam e il ruolo propulsivo del terzo pilastro prima della svolta di Lisbona. – 5. Osservazioni o meglio auspici conclusivi.

1. Introduzione: un ricordo dell'incontro di studio trentino e del professor Hans-Heinrich Jescheck quale precursore del diritto penale europeo

Il mio contributo in onore di Alessandro Bernardi non può non muovere dalla nostra prima occasione ufficiale di cooperazione scientifica ed accademica, che abbiamo avuto a Trento nell'ottobre 1997. Ero da un paio d'anni stato chiamato alla cattedra di diritto penale della locale Facoltà di Giurisprudenza e desideravo esprimere concretamente il mio grande debito di riconoscenza verso il Prof. Hans-Heinrich Jescheck, direttore emerito del *Max-Planck-Institut* per il diritto penale straniero ed internazionale di Friburgo in Brisgovia, dove avevo trascorso fecondi anni di studio e di ricerca, per scrivere la mia monografia sul dolo specifico, grazie alla quale avevo poi vinto il concorso a cattedra. Anni anche di sacrifici, delusioni, difficoltà personali e familiari, in cui avevo sempre ricevuto il forte e costante sostegno, non solo scientifico, del Prof. Jescheck. Avevo quindi deciso di invitarlo nella mia nuova sede trentina e nell'estate precedente – in cui ero tornato, come in molte altre ancora, per alcune settimane nell'istituto – gli chiesi se poteva accettare di venire a Trento, per tenere una relazione su un tema a sua scelta, e trascorrere poi alcuni giorni in Italia, che tanto prediligeva (ed infatti organizzammo per lui, la domenica successiva all'incontro di studio, una splendida gita domenicale al Rifugio Tonini, in vista delle Do-

lomiti di Brenta e delle Alpi, che entusiasmò, con lui, anche la moglie e l'inseparabile Frau Johanna Bosch, che lo accompagnavano). Fu in quel colloquio che mi propose l'argomento del "diritto penale europeo", di cui per vero non mi ero ancora occupato in sede scientifica, ma la cui tematica mi interessava dopo le conversazioni con Giovanni Grasso, durante i comuni periodi di soggiorno nell'istituto friburghese dove stava ultimando la sua "storica" monografia sull'argomento¹, oltre che per la mia partecipazione ai Convegni e seminari dell'"Associazione dei Giuristi per la tutela degli interessi finanziari europei" alla quale aderiva il "Centro di diritto penale tributario" di Torino, promosso dal prof. Ivo Caraccioli, di cui ero vice-Presidente, e che contribuì all'organizzazione dell'incontro trentino.

Mi colpì non poco che il prof. Jescheck, ormai ultraottantenne, indicasse un tema così nuovo, proiettato certamente a futuri sviluppi, ma eccentrico, rispetto alle tradizionali concezioni del diritto penale legate – specie nella prospettiva tedesca – alla primazia della sovranità nazionale, pur quando si aprissero alla comparazione giuridica, della quale peraltro lo stesso Prof. Jescheck era riconosciuto maestro, come traspare anche dal suo saggio edito nel volume degli atti². Accettai dunque con entusiasmo la proposta, sollecitato dall'interesse per l'argomento, e riuscii ad organizzare, per dar più ampio risalto e spessore all'evento, con il supporto insostituibile dell'efficiente apparato organizzativo del Dipartimento e della Facoltà trentini, un "incontro di studio" in cui raccogliere gli allora ancor pochi penalisti e processual-penalisti italiani che se ne occupavano. Così, accanto a Ronald Riz³, al quale mi legava la vicinanza, oltre che geografica, anche di una comune ascendenza accademica, ed a Giovanni Grasso, invitai Filippo Sgubbi⁴, che dobbiamo oggi rimpiangere per la prematura scomparsa, e gli altri studiosi più giovani, il cui contributo è edito negli atti di quell'incontro, che porta sostanzialmente il titolo della relazione del prof. Jescheck⁵.

Fra questi, per l'appunto, Alessandro Bernardi, che avevo da poco conosciuto quale studioso estremamente serio e specializzato proprio in quel campo, grazie alle iniziative del gruppo, da poco spontaneamente costituitosi, degli (allora) "Giovani penalisti". Ed il suo lavoro sui "tre volti" del diritto penale comunitario, che stava finendo di elaborare in quel

¹ G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989.

² H.-H. JESCHECK, *Possibilità e limiti di un diritto penale per la protezione dell'Unione europea*, traduzione a cura di L. FOFFANI, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea. Atti dell'incontro di studio organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche e dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento in cooperazione con il Centro di diritto penale tributario (Trento, 3 e 4 ottobre 1997)*, Milano, 1999, 16 e 19 ss.

³ La monografia di R. RIZ (*Diritto comunitario e diritto penale*, Padova, 1984) è stata la prima in Italia sull'argomento.

⁴ Ricordo la voce di F. SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, in *Noviss. Dig. It. – Appendice*, vol. II, Torino, 1981, 1224 ss.

⁵ H.-H. JESCHECK, *Possibilità e limiti*, cit., 13 ss.

periodo, ma che espose con grande precisione e minuzia di riferimenti a Trento, è stato così importante, da aver suggerito, ad oltre vent'anni di distanza, il titolo di questo splendido Convegno ferrarese, organizzato in suo onore.

Penso che il collegamento con la partecipazione e la relazione del prof. Jescheck lo abbia reso ancor più significativo, proprio perché questi, da un lato, sottolineò che la carente tutela degli interessi finanziari comunitari (indicato quale “circoscritto ma vitale campo”) e la forza invece della criminalità economica in Europa facevano ritenere insufficiente il complesso delle norme sanzionatorie all'epoca vigenti; e, dall'altro, indicò come necessario il trasferimento di nuovi poteri di diritto pubblico alle istituzioni europee, per creare quel “diritto penale europeo”, preconizzato nel progetto di *Corpus juris* da poco redatto nella sua prima versione, che consentisse ad un pubblico ministero europeo di operare in uno spazio giuridico unitario, sulla base di una disciplina comune, sostanziale e processuale: progetto che, pur se ritenuto allora di difficile accoglimento, in considerazione delle profonde innovazioni che richiedeva, egli tuttavia “*desider[ava] ritenerlo possibile, anche se non certo in breve tempo, ma entro un termine comunque non indefinito*”⁶, con un chiaro affidamento del compito alle nuove generazioni.

Ebbene, così in effetti è stato⁷. E l'opera di Alessandro Bernardi, che in questa prospettiva si colloca e si è poi incisivamente sviluppata, ne è l'emblema.

2. *L'insegnamento di Alessandro Bernardi: metodo, sistema ed acribia scientifici al passo con l'evoluzione giuridica*

Le indicazioni di metodo e di prospettive, che ho ritrovato nelle ricerche e nei lavori di Alessandro Bernardi, sono state per me (ma non solo per me) di vero insegnamento, come dimostra il seguito che ha avuto nella sua Scuola ferrarese ed in tanti altri colleghi ed allievi, nel nostro paese ed oltre confine.

Il rigore del suo metodo scientifico emerge già scorrendo le note del suo lavoro di allora, in cui (non diversamente da tutti quelli da lui editi, fino ai più recenti), vi è sempre una documentazione minuziosa della vasta ed instancabile ricerca delle fonti normative,

⁶ H.-H. JESCHECK, *Possibilità e limiti*, cit., 28.

⁷ Come noto, l'istituzione del Procuratore europeo (noto con l'acronimo EPPO: *European Public Prosecutor's Office*) è avvenuta sulla base del regolamento (UE) 2017/625 del 12 ottobre 2017, approvato con una procedura di cooperazione rafforzata, ai sensi dell'art. 86 TFUE. Esso è da poco entrato in funzione, ed anche in Italia le norme di adeguamento emanate sulla base della legge di delegazione europea 4 ottobre 2019, n. 117, sono appena entrate in vigore (d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 9). Per un quadro si veda A. VENEGONI, *La legge di delegazione europea e i nuovi sviluppi del diritto penale dell'UE nel sistema italiano*, in *Il Penalista*, 28 novembre 2019, nonché, ID., *Ancora un passo verso l'operatività dell'EPPO: l'Italia adotta le proprie norme interne*, *ivi*, 8 marzo 2021.

giurisprudenziali e dottrinali, coerentemente collegate e vagliate alla stregua di un sistema concettuale rigorosamente – vorrei dire geometricamente – costruito ed applicato, per poterle valutare in modo critico e discernerne le indicazioni costruttive ed i limiti, con un approccio dialettico, aperto e non pregiudiziale, alle diverse argomentazioni e posizioni.

Il suo contributo all'incontro di studio trentino, dal quale prendo le mosse, dimostra altresì come la ricerca scientifica, nel nostro campo, sia e debba essere in grado di affrontare problemi nuovi e di proporre od, anzi, anticipare anche soluzioni applicative, come si riscontra nel caso del diritto penale comunitario, da lui trattato da pioniere, ma sempre con l'approccio del giurista, rigorosamente basato sui fondamenti del diritto vivente: vale a dire una lettura critica delle fonti positive, alla stregua delle acquisizioni dottrinali e dell'esperienza giurisprudenziale, da collocare nella cornice di un coerente sistema logico-concettuale.

Per la dottrina più tradizionale il tema rappresentava all'epoca un concetto evanescente, che pareva esprimere un'entità "*indefinibile*" o futuristica, consciamente od inconsciamente messa in un angolo, se non rimossa, da parte di chi intendeva restare ancorato alla dimensione strettamente nazionalista della legalità penale e della riserva di legge. Sembrava un "*paradosso*", se non un "*ossimoro*", parlare di diritto penale comunitario, per l'apparente inconciliabilità della dimensione sovranazionale rispetto alla sovranità statale, che avrebbe trovato proprio nel diritto penale "*il nocciolo duro dell'identità nazionale*", quale ambito di scelte che si volevano libere da vincoli⁸.

Ma come lui stesso osservava, era invece fin da allora "*qualcosa di già attuale e vitale*"⁹ che si manifestava nel nostro ordinamento penale, meritando quell'analisi minuziosa che gli era perciò dedicata.

Ed aveva ragione.

La realtà del diritto penale europeo, emergente *in nuce* negli anni '90, si è inconfutabilmente consolidata ed estesa, caratterizzandosi per sempre nuovi sviluppi, fino allo storico punto di svolta rappresentato dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 2009, cui è seguito il progressivo esercizio delle competenze legislative europee, esplicitamente riconosciute in una pluralità di settori. Ma, si badi, non si è trattato di uno sviluppo che abbia espresso una mera volontà politica o normativa delle istituzioni europee, come pur da talune parti si ritiene. È chiaro, infatti, che tale lungo processo, non privo di contraddizioni e battute d'arresto (cfr. *infra*, par. 3.2.1.) ha riflesso e riflette la profonda evoluzione storica della nostra epoca, in cui la globalizzazione dell'economia e dei mercati si è accompagnata all'internazionalizzazione sempre più spinta dei rapporti sociali e politici, in ogni sfera della

⁸ A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti*, cit., 41 s., 43.

⁹ *Ibidem*.

vita individuale e collettiva, trainate dalla tecnologia informatica e cibernetica, di cui è emblema la dimensione strutturalmente sovranazionale di Internet. Inevitabilmente necessari, dunque, sono stati gli interventi sempre più stringenti di armonizzazione giuridica anche nel campo penale, se non altro per garantire una sempre più efficace cooperazione fra gli Stati anche nella lotta (o contrasto, se si preferisce) alle diverse forme di criminalità, che parallelamente si sono sviluppate ed estese a livello sovranazionale.

3. Sui “tre volti” del diritto penale comunitario: un passato non lontano

Per le ragioni indicate, Alessandro Bernardi ha voluto sapientemente parlare di “*tre volti*”, piuttosto che di tre “*accezioni*” del diritto penale comunitario, in quanto figura o entità *vera*, non mera espressione terminologica cui riferirli. Ed al di là della tenuta, ad anni di distanza, di tale metafora, vale ancora la pena di riesaminarla, per valutarne i lati positivi ed i limiti.

3.1. Il primo “volto”: il campo delle “sanzioni comunitarie”

All'epoca, di un “*sistema punitivo a carattere sovrastatuale*” si poteva parlare solo con riferimento alle sanzioni amministrative, peraltro di differenti generi, anche molto eterogenei, per cui era necessario ricercare e sviluppare distinzioni ed aspetti “di sistema” poi rivelatisi molto importanti¹⁰. Si andava dalle uniche sanzioni ritenute propriamente comunitarie, perché previste dal diritto comunitario ed irrogabili dalla Commissione, come quelle a carico degli Stati per l'inadempimento degli obblighi loro imposti (in specie da sentenze di condanna della Corte di giustizia), od anche a persone fisiche o giuridiche, per comportamenti vietati dal diritto comunitario, fino alle molteplici altre sanzioni pecuniarie previste non solo dai Trattati, in particolare in materia di disciplina della concorrenza, ma anche da altre fonti, con diverse tipologie di sanzioni patrimoniali, restitutorie, di esclusione da benefici, indennità di mora, ammende, confische, irrogabili non solo dalla Commissione, ma anche da altri organismi a ciò deputati, comprese le autorità nazionali, in particolare nel campo delle sovvenzioni e dei benefici vari riconoscibili nei settori dell'agricoltura, della pesca, e così via.

In questi ed altri ambiti erano emerse le c.d. “*sanzioni comunitarie decentrate*” e *sui generis*, adottabili se utili o necessarie, che potevano essere stabilite ed irrogate per la violazione di regole e precetti contenuti in normative di derivazione comunitaria, anche se non vi fosse stata una specifica competenza prevista dai Trattati, ma la cui legittimità era stata ammessa dalla Corte di giustizia, in specie con un'importante sentenza del 1992

¹⁰ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 48 ss.

(in una causa di annullamento proposta dalla Germania, la cui domanda era stata perciò respinta)¹¹, per il significativo riconoscimento di una potestà sanzionatoria europea anche “*implicita*” nell’attribuzione di una determinata area di competenza, preludio di quella che sarebbe stata anni dopo l’affermazione di una competenza comunitaria anche penale “*implicita*”, come quella proclamata nel 2005 in materia di tutela dell’ambiente¹² e nel 2007 in materia di contrasto all’inquinamento causato dai trasporti marittimi¹³.

Ancor più rilevante, in questo quadro di sistema, il rilievo dato da Alessandro Bernardi al regolamento CE 2988/95 del 18 dicembre 1995, contenente una sorta di “parte generale” della disciplina delle sanzioni amministrative comunitarie, con principi di garanzia parapenalistici, del resto via via riconosciuti in sede pretoria già da molte sentenze della Corte di giustizia, a partire da quelli di legalità, di retroattività favorevole e di divieto di *bis in idem* da valere anche a livello sovranazionale, fino all’esigenza di colpevolezza, nella forma del dolo o quantomeno della colpa, oltre alle garanzie processuali del contraddittorio e del diritto di difesa, che dimostravano il chiaro riconoscimento della natura “punitiva” di dette sanzioni¹⁴.

La rilevante conseguenza era che, pur in assenza di formale qualificazione penalistica, tali sanzioni, rientranti nella competenza comunitaria, dovevano per la loro natura afflittiva considerarsi comprese nell’area della “materia penale” quale individuata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo ai fini dell’applicazione delle relative tutele¹⁵.

In conclusione, pur non potendosi formalmente parlare di “diritto comunitario penale” in senso stretto, Alessandro Bernardi ne indicava l’assoluto rilievo quale primo “volto” che ne lasciava presagire un futuro sviluppo¹⁶, come in effetti poi è stato.

Basti qui pensare all’ampio ricorso che vi è stato fatto anche successivamente all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in quanto strumento ineliminabile per conseguire un’efficace attuazione del diritto europeo, in un sistema di “doppio binario” in cui le sanzioni amministrative punitive convivono con quelle penali in senso stretto, necessariamente circoscritte dal criterio dell’*extrema ratio*, avendo contenuti, presupposti, procedimenti

¹¹ CGCE, sent. 27 ottobre 1995, causa C-240/90, che può leggersi in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 739 ss., con nota di G. GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, 740 ss.

¹² CGCE, sent. 13 settembre 2005, causa C-176/03.

¹³ CGCE, sent. 27 ottobre 2007, causa C-440/05.

¹⁴ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 54. Per un approfondito commento cfr. A. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/1999, 527 ss. (I parte), 929 ss. (II parte).

¹⁵ Sui criteri di individuazione della “materia penale”, ai fini dell’applicazione delle garanzie della CEDU, enunciati dalla Corte di Strasburgo nella famosa sentenza Engel, si rinvia per tutti ad A. BERNARDI, *Art. 7 – Nessuna pena senza legge*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 256 ss.

¹⁶ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 55 s., 57.

applicativi e fini diversi. Sistema che è diffuso anche in molti ordinamenti degli Stati membri, e che peraltro ha sollevato non pochi problemi nel momento in cui si sono dovuti tracciare i limiti di applicazione del divieto di *bis in idem*, a livello interno e sovranazionale. Dopo la perentoria affermazione estensiva della Corte di Strasburgo nel caso Grande Stevens, vi è stata in effetti una ben più elastica e circoscritta delimitazione della sua portata, centrata sul principio di “proporzione” del complessivo trattamento sanzionatorio irrogato in sede penale ed amministrativa, per violazioni relative al medesimo “fatto materiale”, che evidenziando la diversità dei due generi di sanzioni punitive e pur ribadendo la necessità di un ragionevole coordinamento e bilanciamento fra loro, ha definitivamente sancito la legittimità dei sistemi di “doppio binario”¹⁷, al quale il più recente diritto europeo ha del resto fatto ampiamente ricorso.

Sia qui sufficiente richiamare il regolamento generale sulla protezione dei dati personali del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (GDPR), in cui è previsto un cospicuo ed incisivo apparato di sanzioni amministrative pecuniarie (art. 83), presidiato da regole sostanziali e procedurali garantiste, che lascia però espressamente salva la facoltà degli Stati di affiancarvi un presidio di sanzioni di altra natura (art. 84) e, quindi, anche penali, come in effetti continua ad avvenire nel nostro ordinamento¹⁸; ovvero l’articolata disciplina degli abusi di mercato, in cui accanto al fondamentale regolamento (UE) 596/2014 del 16 aprile 2014, che ha ridisciplinato unitariamente a livello europeo tutta la materia, presidiandola con incisive sanzioni punitive di natura amministrativa, non solo pecuniarie (cfr. art. 30), ha visto un contestuale completamento con la specifica direttiva 2014/54/UE sugli abusi di mercato, di pari data, che ha previsto l’obbligo per gli Stati di introdurre sanzioni penali per le tre più gravi infrazioni giudicate meritevoli d’incriminazione: vale a dire l’abuso di informazioni privilegiate (art. 3), la comunicazione illecita di informazioni privilegiate (art. 4) e la manipolazione del mercato (art. 5), al fine di garantire – come richiede la base giuridica dell’art. 83, par. 2 TFUE – l’efficace attuazione della politica dell’Unione in questo settore già oggetto di armonizzazione.

Ma si potrebbe citare anche l’ampia ed ormai sistematica previsione, in ogni direttiva penale emanata ai sensi anche del par. 1 del citato art. 83 TFUE, dell’obbligo di stabilire sanzioni a carico di società ed enti collettivi, per reati commessi nel loro interesse da soggetti apicali o subordinati, che lascia peraltro agli Stati membri la scelta di configurare tale responsabilità come di natura penale, civile od amministrativa, fermo però restando il loro

¹⁷ Per un quadro generale dell’evoluzione giurisprudenziale europea e nazionale in materia, sia consentito rinviare a L. PICOTTI, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso un accettabile epilogo del lungo dialogo fra le corti?*, in A. CADOPPI, P. VENEZIANI, P. ALDROVANDI, S. PUTINATI (a cura di), *Legalità e diritto penale dell’economia. Scritti in onore di Alessio Lanzì*, Roma, 2020, 510 ss.

¹⁸ Cfr. gli artt. 167-171 del Codice privacy (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), quale novellato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, recante disposizioni di adeguamento al citato regolamento europeo.

chiaro carattere di sanzioni “punitive”, fra le quali campeggia, accanto a quelle pecuniarie ed eventualmente interdittive, lo strumento della confisca, oggetto, per la sua poliedrica natura, di delicate controversie nella giurisprudenza delle Corti europee e nazionali, in particolare sulle garanzie sostanziali e processuali che devono presidiarne la previsione e l’applicazione¹⁹.

Le sanzioni amministrative europee hanno dunque davvero avuto un “*futuro roseo*”: ma anche un futuro problematico, per i molteplici risvolti che presentano e che hanno richiesto quel parallelo sviluppo della ricerca scientifica, additatoci consapevolmente da Alessandro Bernardi²⁰.

3.2. *Il secondo “volto” del diritto penale comunitario: le diverse forme di influenza del diritto comunitario su quello penale e la sua efficacia disapplicatrice diretta*

L’analisi delle diverse forme di influenza del diritto comunitario sul diritto penale, che rappresenta il secondo “volto” del fenomeno indagato, non può che muovere dal riconoscimento fondamentale della *primauté* di quello europeo rispetto al diritto nazionale, che deve valere (come senza incertezze sottolinea Alessandro Bernardi, nonostante le posizioni scettiche all’epoca presenti) anche nella materia penale.

Si tratta di un pilastro ineludibile dell’integrazione europea, che noi giuristi dobbiamo aver sempre presente nel ricostruire il “sistema” del diritto penale europeo. Ed è da esso che egli infatti ha lucidamente preso le mosse, per individuare quattro ambiti di influenza del diritto comunitario sul diritto penale nazionale.

Innanzitutto, ha esaminato l’influenza *interpretativa*, che potrebbe anche avere portata estensiva, pur nella materia penale, sempreché non superi i limiti dell’attività ermeneutica. Se infatti avesse un’efficacia sostanzialmente additiva o *contra legem*, dato il divieto di analogia *in malam partem* in materia penale, essa sarebbe solo apparentemente tale. Il corollario è che l’interprete non può creare un nuovo illecito penale, né inasprire la risposta sanzionatoria²¹. Ma sul punto si tornerà nel seguente paragrafo, per alcune osservazioni sulla c.d. saga Taricco.

¹⁹ Nella giurisprudenza della Corte EDU basti rinviare all’ultima importante sentenza della grande Camera 28 giugno 2018, *GIEM et al. C. Italia*, relativa alla legittimità della confisca (urbanistica, nella specie) anche senza condanna, che ripercorre le precedenti pronunce, sostanzialmente convergendo con quanto affermato dalla Corte cost. 16 marzo 2015, n. 49. In argomento, per un quadro degli strumenti europei di armonizzazione, cfr. A. MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l’efficienza*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2019.

²⁰ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 95-96.

²¹ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 61.

Il secondo ambito di influenza riguarda gli *elementi normativi* della fattispecie penale, che possono rimandare a norme di carattere europeo, specie nel caso di elementi tecnici, aventi un rilevante peso nella regolamentazione di importanti settori delle attività economiche, come avvenuto, ad es., con la nozione di “rifiuto” o con quella di “genuinità” degli alimenti, od anche per la delimitazione della categoria dei pubblici funzionari rispetto all’esercizio privatistico dell’attività bancaria, su cui, come noto, la giurisprudenza interna ha riconosciuto l’incidenza della direttiva CE 77/780, che definiva l’attività creditizia quale attività imprenditoriale, per restringere il campo della sua qualificazione come “pubblico servizio oggettivo”, affermata invece con portata generale, all’inizio degli anni ’80, da una nota, ma discussa e poi superata, sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione²².

Da distinguere è poi il terzo ambito di norme che ricorrono alla *tecnica del rinvio*, non tanto recettizio, che sarebbe improprio rispetto a norme europee di per sé sempre variabili, quanto formale, ad esempio a regolamenti comunitari aventi efficacia diretta nell’ordinamento interno. Una siffatta tecnica normativa sarebbe da respingere in campo penale, perché violerebbe il principio di stretta legalità in materia, dando espresso riconoscimento ad una fonte giuridica diversa dalla legge, senza che quest’ultima possa precisare presupposti, contenuti e limiti delle norme integratrici europee, che – proprio per il principio di *primauté* – non sarebbero ad essa subordinate²³.

Infine, Alessandro Bernardi ha considerato l’effetto di *disapplicazione diretta*, da parte del giudice nazionale, di norme interne in contrasto con il diritto comunitario, guardando con favore alla possibilità che esso porti a riplasmare e comprimere il diritto penale nazionale, in conformità alla *primauté* del diritto europeo ed al suo effetto diretto sugli ordinamenti nazionali²⁴.

3.2.1. In margine: lungo ma necessario *excursus* sulla ‘saga Taricco’

Il problema che non era all’epoca emerso, ed è restato aperto, è quello però di un’efficacia disapplicatrice anche *di norme penali di favore*, su cui vi è stato un acceso confronto molti anni dopo, in particolare nella vicenda (poi divenuta vera ‘saga’) Taricco, quando la Corte di giustizia dell’Unione europea ha chiesto al giudice penale italiano di disapplicare la disciplina interna della prescrizione, o meglio: degli *effetti della sua interruzione*, di cui agli artt. 160, terzo comma, e 161, secondo comma, c.p., che anche in casi di frodi gravi le-

²² Cass. sez. un., 10 ottobre 1981, *Carfi*, superata poi da Cass. sez. un. 23 maggio 1987, *Tuzet*; in argomento, nella sterminata dottrina, sia consentito rinviare, per un quadro critico ed ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, a L. PICOTTI, *Le “nuove” definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/1992, 263 ss., citato da A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 64, nt. 67.

²³ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 67.

²⁴ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 68 s.

sive degli interessi finanziari europei (come nella generalità degli altri reati) limitano ad *un quarto* – a seguito della novella portata dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, c.d. ex-Cirielli – l’aumento massimo del termine oggetto d’interruzione. Disciplina palesemente favorevole al reo, ma considerata dalla Corte in conflitto con i parr. 1 e 2 dell’art. 325 TFUE, perché impediva, ed impedisce, in un numero rilevante di frodi gravi all’IVA (nella specie: c.d. frodi carosello), di garantire un’*effettiva* tutela penale degli interessi finanziari dell’Unione, quantomeno *equivalente* a quella assicurata ad analoghi interessi finanziari nazionali²⁵.

Come noto, la nostra Corte costituzionale, di fronte alle molteplici questioni di legittimità sollevate ed alle reazioni negative di gran parte della dottrina, non solo penalistica, oltre che dell’avvocatura organizzata nell’Unione delle Camere penali, non ha voluto opporre formalmente i c.d. controlimiti a tale intrusione del diritto europeo, rispetto a principi fondamentali dell’ordinamento interno, quali quelli di legalità e di irretroattività in materia penale, ed ha in un primo momento rimesso la questione alla stessa Corte di giustizia, perché in via interpretativa rispondesse ad alcune questioni preliminari sulla portata ed applicazione concreta della sentenza emessa²⁶. Pertanto, con la seconda pronuncia la Corte europea, dimostrando di apprezzare il metodo del ‘dialogo tra le Corti’ che sembrava così aperto, ha riconosciuto che nel nostro ordinamento (a differenza della stragrande maggioranza degli altri, in cui è materia di diritto processuale) la prescrizione è considerata un istituto di diritto penale sostanziale ed ha perciò circoscritto l’ambito e le condizioni di applicazione della precedente pronuncia, da un lato escludendo che essa potesse avere efficacia retroattiva sfavorevole, rispetto a reati anteriormente commessi, dall’altro affidando al giudice nazionale il compito di valutare se la sua applicazione comportasse “una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile”²⁷.

A quel punto la risposta della nostra Corte costituzionale è stata però di drastica chiusura del pur annunciato dialogo, che avrebbe richiesto di entrare *nel merito* della residua controversia *interpretativa* relativa al diritto interno, non certo di sindacare la determinatezza o meno di norme dei Trattati europei alla stregua dell’art. 25, comma 2, Cost. Con la sbrigativa sentenza n. 115 del 2018 il giudice delle leggi ha invece voluto opporre, di fatto, una distorta, come si dirà²⁸, più che “*occulta*”, come è stato detto²⁹, invocazione di contro-

²⁵ Corte di giustizia, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*.

²⁶ Corte cost., ord. 23 novembre 2016, dep. 26 gennaio 2017, n. 24.

²⁷ Corte di giustizia, sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, in specie parr. 59 e 61.

²⁸ La puntuale avvertenza del rischio di una “applicazione distorta” della teoria dei controlimiti quale “mero strumento di riaffermazione del primato assoluto delle fonti costituzionali dei Paesi membri su ogni tipo di fonte trans o internazionale” è di A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell’Unione Europea. Osservazioni di un penalista*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3/2013, 230 ss., in specie 233.

²⁹ Così M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Dir. pen. cont.*,

limiti alla *primauté* del diritto dell’Unione, di cui le sentenze della Corte di giustizia sono certamente espressione, fino a censurare, per difetto di sufficiente determinatezza, il disposto stesso dell’art. 325 TFUE, con l’insostenibile motivazione che da esso “una persona non avrebbe potuto, né oggi potrebbe, desumere autonomamente i contorni della ‘regola Taricco’”³⁰. Di conseguenza, la Corte costituzionale ha dichiarato *del tutto* inapplicabile la stessa sentenza della Corte di giustizia, con riferimento cioè sia ai fatti commessi *prima* della sua emanazione, in conformità alle precisazioni della stessa Corte, sia a quelli *successivi*, violandone la portata vincolante per l’asserito contrasto non solo di detta “regola Taricco” ma anche dello stesso disposto dell’art. 325, par. 1 e 2 TFUE, oggetto dell’interpretazione datane dalla Corte europea, con l’art. 25, comma 2, Cost.³¹.

L’assunto, in conflitto con la stessa impostazione della propria precedente ordinanza 24/2017 oltre che con la risposta data dalla Corte di giustizia, si è basato su due presupposti non condivisibili.

Innanzitutto, quello di derivare, dall’affermata natura di diritto penale *sostanziale* della prescrizione nel nostro ordinamento, una piena ed indiscriminata equiparazione di *tutta* la sua disciplina, concernente anche gli effetti delle sue cause interruttrive, *agli stessi precetti penali* indirizzati ai cittadini, con relativi elevati standard di determinatezza e di “prevedibilità”.

In secondo luogo, quello di applicare detti rigorosi criteri di valutazione (peraltro raramente o quasi mai applicati in modo altrettanto rigoroso in una grande molteplicità di casi dallo stesso giudice delle leggi³²), per censurare l’*interpretazione* di norme primarie di un Trattato internazionale, indirizzate agli Stati membri ed alle istituzioni europee, come quelle dell’art. 325, par. 1 e 2 TFUE³³, alla cui stregua occorreva piuttosto stabilire, da

11 luglio 2018, in specie 10, che evidenzia come la Corte non sia giunta a dichiarare l’incostituzionalità della legge di ratifica del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea ed in particolare il suo art. 325, bensì a “disapplicare” l’interpretazione che ne aveva dato la Corte di giustizia (18 s.).

³⁰ Corte cost., sent. 10 aprile 2018, dep. 31 maggio 2018, n. 115, par. 13.

³¹ Perentoriamente la Corte costituzionale, dopo aver esordito che l’eventuale applicazione della “regola Taricco” violerebbe gli artt. 25, secondo comma, e 101, secondo comma Cost., per cui “non potrebbe essere consentita neppure alla luce del primato del diritto dell’Unione” (par. 5), ha così concluso: “la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all’ingresso della ‘regola Taricco’ nel nostro ordinamento” (*ivi*, par. 14).

³² Sull’eccessiva prudenza, se non ritrosia della nostra Corte a dare concreta applicazione al pur riconosciuto principio di tassatività (o determinatezza) della legge penale, quale corollario necessario dell’art. 25, comma 2 Cost., si vedano già le pagine di F. BRICOLA, *Art. 25, II comma*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 24-26. Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1981, 227 ss. Ma anche A. BERNARDI (*Note critiche sull’ordinanza Taricco della Corte costituzionale*, in A. BERNARDI, C. CUPPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, 17 ss.), evidenziava tale contraddizione, che già emergeva nella citata ordinanza; in senso conforme M. DONINI, *Lettura critica*, cit., 14 ss.

³³ Per tale rilievo cfr. ancora M. DONINI, *Lettura critica*, cit., 12 ss., che però, pur criticando la motivazione, aderisce al “dispositivo” della pronuncia (19 ss.).

parte del giudice nazionale del caso concreto, quale avrebbe dovuto essere la disciplina della prescrizione, o meglio degli effetti della sua interruzione, nei casi di frodi gravi all'IVA, che fossero oggetto del suo giudizio.

La questione, rimessa al giudice nazionale dalla Corte di giustizia, era infatti di natura dichiaratamente ermeneutica, imponendo un'interpretazione del *diritto nazionale*, circa la disciplina degli effetti delle cause interruttrive della prescrizione da disapplicare, che consentisse nel contempo di individuare, in termini sufficientemente chiari e precisi, quella in suo luogo applicabile, in *conformità* al diritto europeo, come definito dalla stessa Corte di giustizia.

Per cui, nel caso di “frodi gravi” all'IVA, lesive degli interessi finanziari dell'Unione, si sarebbe dovuta estendere la medesima disciplina *tassativamente* prevista per i più gravi delitti, individuati dallo stesso art. 160, comma 3. c.p.³⁴, con rinvio a quelli elencati nell'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., fra i quali è compresa anche l'associazione delittuosa finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43, testo unico in materia doganale), lesiva di interessi finanziari dello Stato analoghi a quelli europei da tutelare³⁵. L'estensione di siffatto regime alle “frodi gravi” all'IVA rientrava nell'ordinaria interpretazione sistematica delle norme interne, che si doveva conformare alle *vincolanti* statuizioni della Corte di giustizia, con effetto certamente *in malam partem*, data la disapplicazione diretta della norma più favorevole confliggente con il diritto europeo, per cui valeva il divieto di applicazione retroattiva: ma senza che ciò comportasse alcuna creazione in via analogica di nuovi precetti o di più gravi sanzioni penali, rispetto a quanto previsto dalle norme vigenti al momento della commissione del fatto, che soltanto sarebbe stata vietata dal principio di legalità dei reati e delle pene, come già sottolineato da Alessandro Bernardi, quale limite specificamente penalistico dell'obbligo d'interpretazione conforme, in quanto principio sovraordinato, riconosciuto non solo dall'art. 25, comma 2, Cost., ma anche dal diritto dell'Unione quale diritto fondamentale (*ex* art. 49 CDFUE).

Viceversa, una volta rigettata dal giudice delle leggi – senza quindi formalmente opporre i c.d. controlimiti – la questione di legittimità costituzionale della legge di ratifica del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea³⁶, contenente l'art. 325 in questione,

³⁴ Alla cui stregua, dall'ultimo atto interruttrivo decorre nuovamente l'intero termine prescrizionale, senza il limite di aumento di un quarto, introdotto dalla discussa legge 5 dicembre 2005, n. 251, c.d. ex-Cirielli, riconducibile al tempo delle leggi *ad personam* promosse dal governo presieduto da Silvio Berlusconi, il quale in effetti ne frui poi ampiamente, visto che molti dei processi a suo carico furono definiti per sopravvenuta prescrizione.

³⁵ In senso non dissimile si veda anche l'autorevole contributo di E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sul caso Taricco*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, 217 ss.

³⁶ Viceversa la Corte costituzionale ha asserito di essere “l'autorità competente a svolgere il compito sollecitato dalla Corte di giustizia [...] in via esclusiva” interpretandolo come “compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con

fermo il riconosciuto obbligo del legislatore nazionale di provvedere comunque a stabilire una precisa ed adeguata regolamentazione normativa della materia³⁷, sarebbe stato coerente con il diritto costituzionale (artt. 11, 117 e 134 Cost.) e conforme al diritto europeo, la cui interpretazione spetta *soltanto* alla Corte di giustizia (art. 267 TFUE), fornire indicazioni al giudice del caso concreto per una siffatta doverosa *interpretazione conforme* del diritto interno, che restava nel perimetro della sua attività ermeneutica.

Chiara e tassativa essendo la disciplina da applicare circa gli *effetti* dell'interruzione della prescrizione, ricavabile sulla base del principio di assimilazione di cui al par. 2 dell'art. 325 TFUE³⁸, l'individuazione dei delitti configuranti “gravi frodi” all'IVA e, dunque, agli interessi finanziari europei, poteva poi muovere non solo da precisi riferimenti normativi del diritto interno (artt. 640- *bis* c.p. e 2 segg. d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), ma ancor più dal tassativo e chiaro disposto, intervenuto nelle more – *prima* della seconda sentenza della Corte di giustizia, che vi ha fatto riferimento (par. 44), e prima quindi anche di quella della nostra Corte costituzionale, che invece lo ha inspiegabilmente ignorato – della direttiva UE 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (sostituendo la Convenzione PIF del 26 luglio 1995), il cui art. 2, par. 2, definisce *tassativamente* i caratteri (in specie quanto a soglia pecuniaria) che le individuano³⁹.

i diritti inalienabili della persona” (par. 8): dunque, come verifica dell'esistenza di controlimiti alla primazia del diritto dell'Unione. Ma in realtà la Corte di giustizia aveva demandato al giudice nazionale di disapplicare le disposizioni interne sulla prescrizione, che ostassero all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in casi di frodi gravi, o prevedessero per essi termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono interessi finanziari nazionali “a meno che una disapplicazione siffatta” non fosse sufficientemente determinata circa l'individuazione della legge applicabile (par. 62): disapplicazione delle norme sugli effetti dell'interruzione della prescrizione che certamente non poteva né potrebbe essere di competenza del giudice delle leggi, ma solo del giudice del caso concreto.

³⁷ Il richiamo, espresso dalla Corte di giustizia, sent. 5 dicembre 2017, cit., par. 41 e 61, era contenuto condizionalmente anche nell'ordinanza della Corte cost., 24/2017 cit., par. 7.

³⁸ La stessa Corte costituzionale non nega, in ipotesi, che, in forza del principio di assimilazione, il giudice penale avrebbe potuto “compiere un'attività [NB: interpretativa] priva di inaccettabili margini di indeterminazione”, senza dar luogo “a un procedimento analogico in malam partem”: ma poi ripete che essa “non troverebbe una base legale sufficientemente determinata nell'art. 325 TFUE, dal quale una persona non avrebbe potuto, né oggi potrebbe, desumere autonomamente i contorni della ‘regola Taricco’”: così sent. 115/2018, cit., par. 13.

³⁹ La norma così recita: “In materia di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA, la presente direttiva si applica unicamente ai casi di reati gravi contro il sistema comune dell'IVA. Ai fini della presente direttiva, i reati contro il sistema comune dell'IVA sono considerati gravi qualora le azioni od omissioni di carattere intenzionale secondo la definizione di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lettera d), siano connesse al territorio di due o più Stati membri dell'Unione e comportino un danno complessivo pari ad almeno 10 000 000 euro”. Per un analitico commento di tale direttiva sia consentito rinviare a L. PICOTTI, *La protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione europea nell'era post-Lisbona: la direttiva PIF nel contesto di una riforma di “sistema”*, in G. GRASSO, R. SICURELLA, F. BIANCO, V. SCALIA (a cura di), *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce*

A tali delitti, dunque, *individuati* con elevato grado di determinatezza da specifiche norme in vigore del diritto dell'Unione, di cui il giudice nazionale *deve* tener conto nella sua attività *interpretativa*, anche se non ancora recepite nel diritto interno⁴⁰, era da estendere la disciplina, altrettanto tassativa, di cui al menzionato art. 161, comma 2, prima parte c.p.

La Corte costituzionale avrebbe anche potuto dichiarare “irrilevanti” le questioni sollevate, perché nei processi *a quibus* si trattava di fatti commessi *prima* della pronuncia della Corte di giustizia del 2015, ed ai quali quindi, in forza della seconda pronuncia del 2017, non si sarebbe *comunque* dovuto applicare la “regola Taricco”. Oppure avrebbe potuto rimandare la questione ai giudici remittenti, perché riesaminassero la fondatezza delle questioni sollevate alla stregua non solo della menzionata direttiva del 2017, ma anche della sopravvenuta modifica del comma 2 dell'art. 160 c.p., ad opera dell'art. 1, comma 4, legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), in forza del quale anche per il delitto (fra gli altri) di cui all'art. 640-*bis* c.p., che punisce la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, comprese espressamente quelle delle “Comunità europee”, l'interruzione della prescrizione comporta l'aumento della metà (anziché di un quarto) del termine stesso⁴¹.

Infine la Corte costituzionale avrebbe altresì potuto sospendere la propria decisione, per consentire al legislatore di intervenire in materia, dando attuazione alla direttiva 2017/1371 sopra citata, entrata in vigore il 17 agosto 2017, contenente “*norme minime*” anche in materia di prescrizione di tali delitti⁴², il cui termine per darle attuazione nell'ordinamento nazionale era fissato per il 6 luglio 2019.

della creazione della Procura europea, Pisa, 2018, 17 ss., ed in specie, sulla norma in esame, 25 s.

⁴⁰ Non operando, in questo caso, lo sbarramento opposto all'applicazione di direttive che comportino effetti *in malam partem* in sede penale (cfr. per tutti Corte di giustizia, sent. 3 maggio 2005, cause C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi et al.*), vista la significativa *restrizione* della nozione di frodi gravi all'IVA che ne discende, rispetto sia alla precedente previsione dell'art. 2, par. 1, Convenzione PIF, sia alla disciplina interna, che non contiene una siffatta soglia elevata di rilevanza penale, né nell'art. 640-*bis* c.p., né negli artt. 2 ed 8 d.lgs. 74/2000. Sulla vincolatività, per il giudice nazionale, quale parametro d'interpretazione ed applicazione del diritto interno in “conformità” al diritto europeo, anche di direttive non ancora attuate (oltre che di ogni altra fonte dell'Unione o della Comunità europea) cfr. espressamente fra tutti A. BERNARDI, *Interpretazione conforme*, cit., 232, con dovizia di argomentazioni e di richiami bibliografici e giurisprudenziali.

⁴¹ La rilevanza di detta novella naturalmente era da circoscrivere all'incidenza sull'*interpretazione sistematica* della categoria delle “frodi gravi all'IVA”, applicandosi la predetta disposizione, per espressa previsione dell'art. 1, comma 15, della citata legge 103/2017, soltanto ai fatti commessi *dopo* la sua entrata in vigore, in ossequio all'esigenza di non introdurre norme sfavorevoli retroattive, ma nel contempo riconoscendo implicitamente che – in mancanza di detta espressa previsione – in quanto legata alla disciplina processuale, la novella avrebbe invece potuto applicarsi ai giudizi in corso, secondo il generale principio *tempus regit actum* di cui all'art. 11 Preleggi, non derogato, evidentemente, dall'art. 2, comma 1 c.p.

⁴² Una tale soluzione dialogica poteva trovare un chiaro punto d'appoggio nel passaggio della sentenza della Corte di giustizia 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.* in cui si sottolineava l'entrata

Viceversa, il nostro giudice delle leggi ha *voluto*, con una decisione dal forte valore politico-istituzionale, pronunciarsi nel merito, per “*sbarrare il passo*” all’ingresso nel nostro ordinamento non tanto o soltanto della “regola Taricco” come tale, ma anche – con potenziali riflessi più generali – all’influenza stessa del diritto europeo e della sua interpretazione da parte della Corte di giustizia, laddove conduca a risultati non condivisi, con un distorto richiamo sovranista a “superiori” principi interni, peraltro non invocati quali formali controlimiti, di cui evidentemente non si poteva affermare l’effettiva opponibilità.

Ebbene, la posizione di Alessandro Bernardi, in questa lunga ed aspra vicenda, si è connotata per l’apprezzabile sforzo di mantenere il dibattito nell’alveo del confronto scientifico, salvaguardando i principi cardine del diritto penale europeo, o, meglio, dello stesso diritto dell’Unione, a partire da quello di *primauté*, rispetto a spinte sovraniste prive di convincenti basi giuridiche, ed organizzando importanti occasioni di discussione e confronto, compresa la tempestiva pubblicazione dei diversi contributi raccolti in due importanti convegni ferraresi⁴³, con un’apprezzabile “resistenza” all’ondata di populismo nazionalista, che sotto la spinta dell’avvocatura organizzata si è presto colorato come vero e proprio scontro nei confronti della Corte di giustizia e, più in generale, delle “intrusioni europeiste” nel nostro sistema penale⁴⁴ (fino alla censura, espressa perfino con comunicati stampa, dei sostenitori di posizioni dissenzienti, pur se pubblicate ed argomentate solo in sede scientifica).

Il triste bilancio non si può dire chiuso, con lo strappo voluto dalla nostra Corte costituzionale, che ha sacrificato all’idolo della disciplina nazionale della prescrizione, quale delineata dalla legge ex-Cirielli, il dialogo con la Corte europea e il rispetto doveroso della *primauté* del diritto dell’Unione⁴⁵.

in vigore di detta direttiva, che all’art. 12 ha delineato anche una disciplina minima della prescrizione per i reati in questione. questione. Per un importante caso in cui la Corte costituzionale ha ritenuto di sospendere il giudizio di legittimità costituzionale per un anno, invitando il Parlamento a legiferare in materia, data la delicatezza dei profili giuridici coinvolti, si veda la (quasi coeva) ord. 16 novembre 2018, n. 207, in materia di incriminazione dell’aiuto al suicidio in determinate condizioni, che ha trovato ampi consensi. In argomento si rinvia, volendo, ai contributi pubblicati nel volume a cura di G. FORNASARI, L. PICOTTI, S. VINCIGUERRA, *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova, 2019.

⁴³ Cfr. A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, in cui sono pubblicati i contributi (anche successivi) al Convegno tenutosi a Ferrara nel 2016, ed *ivi*, volendo, L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco: dalla «virtuosa indignazione» al rilancio del diritto penale europeo*, 445 s.; nonché A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., in cui sono raccolti gli atti dell’ulteriore convegno svoltosi a Ferrara il 24 febbraio 2017.

⁴⁴ Cfr. in particolare il ponderato intervento pubblicato nel secondo volume sopra citato, A. BERNARDI, *Note critiche*, cit., in specie 29 s., in cui richiama anche il significativo ruolo che dovrebbe avere un corretto approccio comparatista, viceversa malamente invocato dalla Corte costituzionale nell’ordinanza 24/2017 con riferimento all’ordinamento spagnolo.

⁴⁵ Già F. VIGANÒ (*Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015) si chiedeva, in uno dei primi interventi sul tema, se al di là del merito delle

Oggi, per un bilancio definitivo, si deve necessariamente tener conto degli sviluppi nazionali successivi, segnati dalla citata riforma Orlando del 2017, dalla legge c.d. spazzacorrotti del 2019 e dall'ultima legislazione emergenziale del 2020 per il contrasto alla pandemia da Covid-19.

Senza entrare in questa sede nel dettaglio di tali novelle e dei loro incisivi effetti sulla disciplina della prescrizione⁴⁶, basti qui evidenziare come la forza dei fatti abbia dimostrato la natura quantomeno *duplice*, che deve riconoscersi a detto istituto, o meglio alla sua articolata regolamentazione⁴⁷, in particolare per quanto concerne le *cause interruttive e sospensive*, che non sono riconducibili indiscriminatamente alla rivendicata “dimensione sostanziale” che la permeerebbe (od “ingesserebbe”, come ha notato criticamente Alessandro Bernardi⁴⁸) in ogni suo aspetto, così da farla entrare – per intero e senza riserve – nel perimetro di tutela dei precetti e delle sanzioni penali *tout court*, di cui all'art. 25, comma 2, Cost.

Piuttosto si deve riconoscere come sia evidente, anche nel nostro sistema penale positivo, l'inestricabile legame fra disciplina della prescrizione e regole del processo e delle sue fasi, nel loro concreto svolgimento, che ne condizionano gli effetti concreti, in particolare proprio quelli correlati a cause di sospensione od interruzione, dipendenti non solo dalla disciplina normativa, ma anche dai tempi e dalle fasi di svolgimento concreto del processo stesso, di certo non prevedibili *ex ante* e rispetto a cui non può avere alcun senso richiedere una garanzia di prevedibilità.

In definitiva, la complessa regolamentazione in materia non può ontologicamente essere circondata dalle *medesime* massime garanzie di legalità e di determinatezza, compresa quella di irretroattività rispetto al *tempus commissi delicti*, che devono invece presidiare i

questioni sollevate, valesse la pena un tale scontro e sacrificio, per difendere un regime nazionale della prescrizione la cui inadeguatezza era (ed è) sotto gli occhi di tutti.

⁴⁶ Basti ricordare, oltre a quanto sopra richiamato sulla portata della riforma Orlando, che la legge 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. spazzacorrotti) ha sostituito, tra l'altro, il comma 2 dell'art. 159, che ora recita: «Il corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna», mentre sono stati abrogati i commi 3 e 4 da poco inseriti dalla citata riforma Orlando. A sua volta, l'art. 83 comma 4, d.l. 23 marzo 2020, n. 18 convertito in legge 24 aprile 2020, n. 27, come modificato dall'art. 36 d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito in legge 5 giugno 2020, n. 40 ha disposto la sospensione del termine di prescrizione per tutto il periodo di sospensione dei procedimenti in corso, sancendo la interdipendenza strutturale fra processo e prescrizione. Sulla recente pronuncia della Corte costituzionale del 18 novembre 2020, che ha dichiarato non fondate le questioni di costituzionalità sollevate su tali norme, cfr. successiva nt. 49.

⁴⁷ In tal senso si vedano, fra i vari contributi, quello autorevole di D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2015, 20 ss., in cui parla di una sua natura “ambigua”. Sul tema già ID., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2005, 530 ss.

⁴⁸ Cfr. A. BERNARDI, *Note critiche*, cit., 32 s. In effetti la Corte costituzionale ha trattato in termini monolitici l'istituto della prescrizione nel nostro diritto, giungendo ad includere, nella garanzia sostanziale che deve circondare il precetto penale, “ogni scelta relativa alla punibilità” (sent. 115/2018, par. 12).

precetti e le sanzioni di diritto penale sostanziale, sol perché comunque influiscono sulla concreta *vicenda* che può portare o meno alla punibilità dell'imputato, come del resto ha dovuto riconoscere la stessa Corte costituzionale, nell'ultima sentenza del 2020 sulla legittimità della sospensione dei termini in corso stabilita dalla normativa emanata per far fronte all'emergenza sanitaria da Covid-19⁴⁹.

Il necessario *distinguo* concettuale e sistematico, prima ancora che normativo, dovrebbe (ed avrebbe dovuto) anche circoscrivere la portata od invocabilità di asseriti (o taciti) controlimiti, che in modo distorto si sono invece di fatto *voluti* sollevare contro la primazia del diritto dell'Unione, quale interpretato dalla Corte di giustizia, peraltro suo unico legittimo garante.

3.3. *Il terzo “volto” del diritto penale comunitario: la piena competenza penale (della Comunità) europea*

Il terzo “volto” del diritto penale comunitario, più direttamente evocato dalla predetta espressione, sembra alludere ad una piena competenza penale europea, in realtà negata dalla maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, fino alla sentenza della Corte di giustizia del 2005 sulla tutela penale dell'ambiente, che ha enucleato dal Trattato una competenza penale “implicita”, quantomeno nel prevedere precetti, le cui sanzioni (come poi precisato con la sentenza del 2007) dovevano peraltro restare nella sfera di attribuzione degli Stati e, dunque, soggette ad interventi di armonizzazione solo tramite strumenti del c.d. terzo pilastro (cfr. *infra*, par. 4).

⁴⁹ Cfr. Corte cost. 18 novembre 2020 (dep. 23 dicembre 2020), n. 278, che ha dichiarato infondate od inammissibili molteplici questioni di legittimità costituzionale riguardanti l'applicabilità della *sospensione* della prescrizione in corso – prevista dall'art. 83, comma 4, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27, prorogata dall'art. 36, comma 1, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, conv. in l. 5 giugno 2020², n. 40 emanati per contrastare l'emergenza Covid-19 – anche nei processi per reati commessi *prima* dell'entrata in vigore delle nuove norme. Secondo i Tribunali di Siena, di Spoleto e di Roma, la sospensione “retroattiva” della prescrizione (per la stessa durata della sospensione dei termini processuali: 9 aprile-11 maggio 2020) avrebbe invece violato il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, di cui all'art. 25, comma 2, Cost., riconducibile anche ai parametri sovranazionali richiamati dall'articolo 117, comma 1, Cost. Ma la Corte ha preliminarmente (e finalmente!) “*circoscri[tto] la portata di tale principio con riguardo all'istituto della prescrizione dei reati*” (par. 9), evidenziandone la dimensione diacronica, che non si esaurisce in un profilo sostanziale, “*perché essa poi si colloca nel processo e può risentire indirettamente delle vicende e di singoli atti di quest'ultimo, nella misura in cui – sotto il profilo processuale, appunto – sono previste e disciplinate, in particolare, l'interruzione e la sospensione del decorso del tempo di prescrizione dei reati alle condizioni e nei limiti di legge (artt. 159 e 160 cod.pen.); sicché non è mai prevedibile ex ante l'esatto termine finale in cui si compie e opera la prescrizione, termine che può essere raggiunto in un arco temporale variabile dipendente da fattori plurimi e in concreto non determinabili*” (par. 10). Di qui la valorizzazione della prescrizione “*cerniera*” di cui al comma 1 dell'art. 159 c.p. che contiene una clausola generale di sospensione (“*in ogni caso ... in cui è imposta da una particolare disposizione di legge*”), considerata di “*contenuto sufficientemente preciso e determinato, aperto all'integrazione di altre più specifiche disposizioni di legge*”, quali quelle sottoposte a scrutinio di legittimità.

All'epoca Alessandro Bernardi non poteva che svolgere una lucida analisi delle tre tesi che si fronteggiavano: da quella negazionista, da lui rigettata, al pari di quella opposta, che invece affermava già prima della menzionata giurisprudenza europea, in quanto sarebbe stata priva di basi giuridiche, preferendo quella da lui definita "intermedia" secondo cui avrebbe dovuto riconoscersi in capo alla Comunità il potere di imporre vincoli ed obblighi di penalizzazione, gravanti sugli Stati membri, armonizzandone le possibili risposte, per tutelare efficacemente (con sanzioni "efficaci, proporzionate e dissuasive") precetti e beni giuridici europei, a partire dagli interessi finanziari, come affermato nella storica sentenza della Corte di giustizia del 1989 sul caso del c.d. mais greco, che muoveva dal generale principio di "fedeltà comunitaria", vale dire di leale cooperazione degli Stati membri per l'applicazione del diritto comunitario (*ex art. 5 TCE*), poi oggetto della specifica previsione di cui all'art. 209 A TCE, introdotta dal Trattato di Maastricht del 1992.

Ed al riguardo Alessandro Bernardi menzionava come esempio la direttiva 91/250/CE in materia di tutela dei programmi per elaboratore, che dovevano per l'effetto essere qualificati come "opera dell'ingegno", con conseguente assimilazione anche per quanto riguardava l'applicazione di sanzioni penali, tali da garantirne una tutela equivalente negli Stati membri⁵⁰.

Nel contempo la conclusione era molto netta, nel senso che non poteva riconoscersi alla Comunità un'esplicita e piena competenza penale, vale a dire di produrre o modellare norme incriminatrici, mancandone la base giuridica, che avrebbe richiesto un'adeguata legittimazione democratica, mentre nel procedimento legislativo comunitario, al Parlamento europeo, unico organismo rappresentativo coinvolto, era all'epoca riconosciuto un ruolo ancora troppo limitato⁵¹.

Ma solo una decina di anni più tardi, con l'approvazione del Trattato di Lisbona, entrato in vigore, dopo le procedure di ratifica, nel 2009, tale *deficit* è stato superato ed un'esplicita base giuridica è stata introdotta nei Trattati, con adeguata legittimazione democratica⁵².

⁵⁰ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 82 s.

⁵¹ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 78 ss., nonché 90 ss., in cui sottolineava che alla luce del Trattato di Amsterdam del 1997 tale *deficit* democratico sembrava in via di attenuazione.

⁵² Per un quadro generale al riguardo sia consentito rinviare – nella vastissima bibliografia – al volume collettaneo curato da G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, ed *ivi*, volendo, a L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, 207 ss.; in specifico anche C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità europea*, Milano, 2010, 107 ss.

4. *L'impatto del Trattato di Amsterdam ed il ruolo propulsivo del terzo pilastro prima della svolta di Lisbona*

Se Alessandro Bernardi segnalava dunque la necessità di una tale svolta, che pur non poteva ancora prevedere, perché potesse parlarsi di un “diritto penale comunitario” nel significato pieno che l'espressione evocava, non poteva neppure considerare tutti gli sviluppi che si sono invece avuti, grazie all'approvazione del Trattato di Amsterdam in data 2 ottobre 1997, proprio il giorno prima dell'apertura dell'incontro di studi trentino.

Del terzo pilastro dell'Unione europea, già introdotto dal Trattato di Maastricht nel 1992, Alessandro Bernardi non aveva, per vero, consapevolmente voluto occuparsi nel suo contributo, perché la sua natura giuridica gli avrebbe impedito di ricondurlo al “diritto comunitario”, prevedendo solo forme di cooperazione intergovernativa, ancorché in connessione e pilotate da istituzioni comunitarie⁵³.

Superando questo pur stringente rigorismo logico, la realtà dei fatti ha dimostrato però tutte le potenzialità espansive di tale pilastro del diritto dell'Unione, che proprio perché rimesso alle procedure di negoziazione intergovernativa, necessarie per conseguire l'unanimità dei consensi, ha consentito di superare i timori di generalizzate imposizioni dall'alto e ha portato, passo dopo passo, all'introduzione di un *corpus* esteso e penetrante di norme nel campo penale, sia sostanziale che processuale, accettate dagli Stati perché comunque rimasti “sovrani” nella loro concreta attuazione.

Proprio la sostituzione delle “azioni comuni” con le “decisioni quadro”, portata dal Trattato di Amsterdam, ha introdotto nel terzo pilastro strumenti di armonizzazione – applicabili espressamente nel campo del diritto e della procedura penale – assai vicini, nelle finalità e nelle tecniche di formulazione, alle direttive comunitarie. Per cui ha concretamente preso forma quello “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, promesso nel Trattato sull'Unione quale *pendant* necessario del superamento delle frontiere nazionali per assicurare la libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali, che con la sua solenne consacrazione nel Trattato di Lisbona, ha trovato infine nelle direttive la fonte ordinaria per l'esercizio della competenza penale dell'Unione, con definitivo superamento della divisione in Pilastri. Tanto che molte decisioni quadro ante Lisbona sono state sostituite da direttive, aventi una formulazione e una struttura normativa non dissimili da quelli che le prime avevano, ferma ovviamente la profonda diversità di regime giuridico e di procedure legislative seguite per la loro adozione, ben più trasparenti e democratiche, nonché presidiate da incisivi strumenti di garanzia⁵⁴.

⁵³ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 46-47 e nt. 15, in cui segnalava altresì come il “ritorno in auge del metodo intergovernativo” andasse “a detrimento dei meccanismi d'integrazione d'impronta stricto sensu comunitaria”.

⁵⁴ Cfr. già volendo L. PICOTTI, *Limiti garantistici*, cit., 207 ss.

Parallelamente, un ruolo come sempre trainante è stato svolto dalla Corte di giustizia, che soprattutto con le citate sentenze del 2005 e del 2007 ha anticipato il riconoscimento di una “competenza penale accessoria” dell’Unione europea, poi confluita nelle previsioni del par. 2 dell’art. 83 TFUE⁵⁵; mentre con la sentenza Pupino del 2005 già aveva riconosciuto piena dignità al diritto dell’Unione, preludendo all’unificazione dei Pilastri, in quanto ha stabilito che le sue norme sono dirette non solo al legislatore, ma anche al giudice nazionale, cui impongono un’interpretazione conforme del diritto interno (nella specie: processuale penale)⁵⁶, non lontana da quella sopra menzionata con riferimento al diritto comunitario in senso stretto.

In definitiva, guardando agli sviluppi successivi all’intervento di Alessandro Bernardi nell’incontro di studi trentino, si deve riconoscere che il percorso verso un effettivo “diritto penale europeo”, auspicato autorevolmente dal prof. Jescheck, ha certamente preso avvio dall’ossimoro di quello “comunitario”, ma è poi passato attraverso tappe e svolte anche non previste, venendo condizionato da fattori politici ed eventi storici (a partire dagli attentati del settembre 2001, che hanno accelerato le esigenze di efficace cooperazione internazionale ed armonizzazione legislativa), per giungere infine ad un nuovo “sistema” – seppur ancora in perenne sviluppo – che è stato possibile leggere, interpretare, valutare collegando e collocando logicamente i suoi diversi formanti, come fin da allora i nostri Maestri hanno pionieristicamente indicato.

Ed oggi, volendo ulteriormente sviluppare i “volti” *nuovi* di questo diritto penale europeo, con cui quello nazionale è ormai inestricabilmente intrecciato, non possiamo sottrarci al compito di una non meno approfondita elaborazione scientifica e dogmatica, che consenta di cogliere, muovendo dalla consapevolezza del predetto *sistema*, i segni degli incessanti cambiamenti normativi e politici che abbiamo di fronte, attraverso adeguate riflessioni teoriche e valutazioni critiche.

⁵⁵ Su di essa cfr. per tutti A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, 69 ss.

⁵⁶ Cfr. Corte di giustizia, sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*. L’effetto era in senso tecnico *in malam partem*, perché riguardava l’estensione in via interpretativa dei casi di incidente probatorio per l’esame del minore vittima di reati non solo sessuali, ma anche concernenti nella specie maltrattamenti in famiglia, in conformità alle previsioni della decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel processo penale, all’epoca non ancora attuata in Italia. Per altre importanti decisioni, in cui l’applicazione del diritto dell’Unione ha comportato effetti concreti *in malam partem* in ambito penale, si vedano Corte di giustizia, sent. 11 novembre 2004, causa C-457/02, *Niselli*; e soprattutto sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, su cui rinvio in questa sede ai pertinenti riferimenti di A. BERNARDI, *Note critiche*, cit., 29 ss.

5. Osservazioni o meglio auspici conclusivi

Concludeva Alessandro Bernardi che l’*“assenza di un vero e proprio ‘diritto penale comunitario’ [...] non mi sembra una cosa buona né per l’integrazione europea, né per lo stesso diritto penale”*⁵⁷.

Sotto il primo profilo, perché la necessaria tutela dei beni e dei precetti comunitari restava “affidata alla diaspora delle soluzioni sanzionatorie nazionali”, favorendo “la creazione di paradisi criminali per i colletti bianchi, altera[ndo] le condizioni del mercato [...], implica[ndo] forme di diseguaglianza nella tutela dei cittadini europei con conseguente indebolimento del senso di appartenenza ad una Europa intesa come insieme politico, giuridico e culturale”⁵⁸.

Sotto il secondo profilo, “l’inesistenza di uno *ius commune* criminale” ostacolava “la costruzione di un sistema penale” – pur visto, allo stato, solo come “settoriale” – che includesse il livello sovranazionale “nella prospettiva dell’affinamento del metodo comparatistico e della revisione critica di taluni principi e istituti dei singoli sistemi penali nazionali”⁵⁹, spesso pervasi da “retaggi nazionalistici difficili da superare”⁶⁰, con il concreto rischio di precludere ogni eventuale valenza ‘autonomista’ del diritto penale e di cristallizzarlo “in una dimensione ‘meramente sanzionatoria’ [...] dalla quale la scienza penale pur cercava da almeno due secoli di affrancarlo sottolineando la tendenziale inscindibilità del binomio precetto-sanzione”⁶¹.

Di qui la necessità di “europeizzazione” non solo del diritto sanzionatorio, ma anche “della scienza penale”, quale “compito primario per i cultori del diritto criminale, chiamati a prendere posizioni chiare e consapevoli” contro i menzionati retaggi nazionalistici e le “forze frenanti rese più tenaci dalla paura del nuovo insita in ogni palingenesi”⁶².

Oggi che abbiamo dunque un diritto penale europeo, possiamo dire che sono superati gli aspetti critici segnalati da Alessandro Bernardi e sopra richiamati?

La risposta non può che essere negativa, se solo si considera, a livello legislativo, l’uso disomogeneo delle tecniche di formulazione delle direttive finora emanate ai sensi dell’art. 83, par. 1 TFUE, lo scarso ricorso a direttive basate sul par. 2, in un caso peraltro invocato quale impropria base giuridica in luogo dell’art. 325 TFUE, pur indicata dalla Commissione per l’emanazione della direttiva PIF di cui sopra si detto, che dopo lungo, troppo tempo, ha sostituito la Convenzione PIF del 1995, pur senza introdurre novità davvero significative⁶³.

⁵⁷ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 90 ss.

⁵⁸ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 91 ss.

⁵⁹ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 93.

⁶⁰ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 96.

⁶¹ A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 93.

⁶² A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., 96.

⁶³ In argomento, per un’analisi critica anche della base giuridica prescelta, si rinvia a L. PICOTTI, *La protezione penale*, cit., in specie 18 ss., 45 ss.

Un'analisi sistematica e comparata di tali direttive, per quanto riguarda ad esempio la previsione di circostanze, per lo più aggravanti, l'elemento soggettivo, la punibilità del tentativo e della partecipazione criminosa, della responsabilità degli enti, dimostra il frequente ricorso a formule tralaticie, che già comparivano nelle decisioni quadro di oltre venti anni orsono⁶⁴, non sufficienti ad armonizzare efficacemente il diritto penale degli Stati membri e, tantomeno, a creare un *sistema* di diritto penale comune, quale auspicato non solo da Alessandro Bernardi, ma anche da Hans-Heinrich Jescheck nell'incontro trentino, che richiederebbe una ben più significativa armonizzazione di istituti anche di parte generale.

Ed anche nel campo processuale, accanto a uno straordinario sviluppo degli strumenti di attuazione del principio del mutuo riconoscimento, si è assistito ad un'assai faticosa, limitata e per molti aspetti contraddittoria nascita del Pubblico ministero europeo, promesso dall'art. 86 TFUE, ma certamente non realizzato secondo il modello ideale del *Corpus juris*, tantomeno sotto il profilo dell'auspicata e parallela "unificazione" (seppur settoriale) del diritto penale sostanziale, per quanto riguarda i delitti rientranti nella sfera di sua competenza⁶⁵.

Dunque, in una prospettiva futura, la scienza penale europea deve – con il coraggio consapevole richiesto dai cambiamenti epocali che stiamo vivendo – rielaborare a fondo molte categorie, in specie di parte generale, per includere *ab origine* il diritto europeo nell'orizzonte della teoria del reato, senza relegarlo ad appendice più o meno accettata dei sistemi nazionali: a partire dunque dall'individuazione e graduazione dei beni giuridici "europei" od "europeizzati" meritevoli di tutela penale comune⁶⁶, dai requisiti di offensività "europea" che rendano necessario l'esercizio della competenza penale dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà penale, oltre che europeo⁶⁷, nonché del principio di proporzionalità delle pene e delle altre possibili sanzioni "punitive" (anche a carico degli enti), rispetto alle diverse offese ai differenti beni giuridici, secondo un quadro complessivamente coerente, che superi la frammentazione settoriale che ancora caratterizza gran parte della politica criminale dell'Unione.

Ancor più impegnativo sul piano dogmatico appare il compito dei penalisti europei nell'elaborare quei fondamentali istituti della parte generale, da cui dipende l'effettiva ar-

⁶⁴ Per un quadro comparativo delle prime direttive penali post-Lisbona sia consentito rinviare a L. PICOTTI, *European Union's Directives in Substantive Criminal Law: What Discontinuity in Respect to the Pre-Lisbon Instruments?*, in *Toward Scientific Criminal Law Theories*, Beijing, 2015, 1248 s.

⁶⁵ Per una valutazione critica si rinvia a L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura Europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, 66 ss.

⁶⁶ Al riguardo basti rinviare alle ricerche di R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005; cfr. anche G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011.

⁶⁷ Si veda la posizione critica di M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in ID., *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, 115 ss.

monizzazione dei diversi sistemi penali anche nella prassi applicativa, da ricondurre ad una cornice comune: quali il dolo, la colpa, il tentativo, il concorso di persone, ecc., fino alla (in Italia così drammaticamente controversa) disciplina della prescrizione.

Il vero rischio, come insegna l'esperienza di questi anni trascorsi dall'incontro trentino, non è certo quello di un'invasione del diritto europeo negli ambiti gelosi della sovranità nazionale, ma piuttosto quello di un uso strumentale del diritto penale secondo le esigenze contingenti della “politica” nazionale, spesso in balia di populismi e di rigorismi propagandistici, che fanno leva su paure collettive, convogliate facilmente contro lo straniero ed il diverso, cui è facile accostare anche l'intrusione nei confini nazionali del diritto (penale) europeo.

Non sarà solo la cultura giuridica, basata sullo studio scientifico dei principi, delle norme, delle prassi, aperta al metodo della comparazione anche delle diverse teorie e dei differenti sistemi dogmatici, che potrà far fronte a queste tendenze realmente pericolose per lo Stato di diritto ed i valori del diritto penale liberale – talora genericamente invocati solo come slogan: occorrerà anche un impegno civile, basato sull'“ottimismo della volontà”, che deve sostenere il giurista, come ci ha indicato il prof. Jescheck quando a Trento concludeva (come ho già esordito) parlando del progetto del *Corpus juris*: “*desidero ritenerlo possibile, non in breve tempo, ma non in un tempo indefinito*”⁶⁸.

Ed Alessandro Bernardi ha certamente assunto questo compito, seppur sorretto da un dichiarato pessimismo – malcelato dietro il suo sguardo e sorriso ironico – nei fatti dimostrando però un tenace ottimismo della volontà, che ha contribuito non poco a quell'europeizzazione del diritto e della scienza penale⁶⁹, che rappresenta una base ormai acquisita da cui si può procedere oltre.

Caro Sandro, è grazie anche a te che oggi, non io solo, ma noi tutti, non possiamo non dirci “penalisti europei”!

⁶⁸ H.-H. JESCHECK, *Possibilità e limiti*, cit., 28.

⁶⁹ D'obbligo il conclusivo rinvio al suo contributo *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004.