

BREVI OSSERVAZIONI IN MARGINE ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SUL FALSO IN BILANCIO

Intervento Programmato *

di Alessandro Bernardi **

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I punti salienti della sentenza. - 3. Le possibili critiche alle affermazioni della Corte di giustizia. - 4. Una decisione influenzata dall'attuale "riflusso anti-europeo"? - 5. Il principio di leale cooperazione e i crescenti vincoli in sede di attuazione sanzionatoria degli atti comunitari. - 6. L'insofferenza verso gli obblighi di incriminazione di fonte CE. - 7. Le aspettative da taluni riposte nella pronuncia della Corte di giustizia sulla riforma italiana del falso in bilancio, - 8. La tesi della reviviscenza della disciplina penale più severa e le sue implicazioni. - 9. Il ricorso alla giurisprudenza *Kolpinghuis Nijmegen* in chiave di valorizzazione del principio di retroattività favorevole. - 10. Eterogenesi dei fini: costituzionalizzazione del principio del *favor rei* ed efficacia retroattiva delle norme incostituzionali più miti. - 11. Conclusione.

1. *Premessa.* Ringrazio gli amici costituzionalisti della mia Università per avermi invitato a svolgere questo "intervento programmato", il cui contenuto non potrà che riflettere la mia formazione di "mero penalista", sia pure ormai dedito da tempo allo studio delle interrelazioni tra diritto comunitario e diritto criminale. Tale intervento avrà essenzialmente ad oggetto la sentenza resa tre giorni fa dalla Corte di giustizia, ed è dunque inevitabile che esso presenti i limiti tipici di un commento a prima lettura. Premetto comunque che non mi prefiggo neppure di fornire una articolata analisi "a caldo" dei profili di rilievo penalistico propri della sentenza 3 maggio 2005. Quest'ultima infatti - pur nella sua indubbia laconicità e frammentarietà - risulta ricca di sfumature e profili cangianti, tali da consentirne diverse ed eterogenee letture, qui impossibili da riproporre. Cercherò piuttosto di mettere in luce solo alcuni dei suddetti profili, calandoli nel più generale contesto dei sofferti rapporti tra fonti europee e fonti penali nazionali. In particolare, tralascierò senz'altro di affrontare la massima parte delle questioni - a carattere precipuamente costituzional-comunitaristico - affrontate da Marilisa D'Amico nella sua ampia e assai ricca relazione generale.

2. *I punti salienti della sentenza.* Dico subito che, a mio giudizio, sono fondamentalmente tre le affermazioni della Corte di giustizia rilevanti ai fini della decisione in oggetto.

In base alla prima, dal combinato disposto della prima, quarta e settima direttiva sul diritto societario viene sancito l'obbligo a carico degli Stati membri di prevedere sanzioni adeguate (cioè, come si avrà modo di precisare in seguito, effettive, proporzionate e dissuasive) non solo in caso di omessa pubblicazione del bilancio d'esercizio, ma anche nei casi di infedeltà di quest'ultimo e di falsità nell'ambito delle informazioni societarie a carattere economico (punti 53-65).

Con la seconda, la Corte di giustizia sancisce che il principio di retroattività favorevole «fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» (punto 68), e dunque «deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario e, nella fattispecie, in particolare, le direttive sul diritto societario» (punto 69): aperta restando comunque la questione se il principio «dell'applicazione della pena più mite si applichi qualora questa sia contraria ad altre norme di diritto comunitario» (punto 70).

La terza affermazione si rifà ad una giurisprudenza costante^[1], per la quale una direttiva «non può di per sé creare obblighi a carico di un soggetto e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti» (punto 73). Sviluppo logico e altrettanto consolidato di tale giurisprudenza è quello secondo cui, nell'ambito di un procedimento penale, «una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette (sic) disposizioni» (punti 74 e 78)^[2]. Orbene, alla luce di questa giurisprudenza la Corte di giustizia giunge a concludere che - a prescindere dalla soluzione data alla questione relativa alla derogabilità o meno del principio di retroattività favorevole - le direttive in materia societaria non possono essere utilizzate per «escludere l'applicazione del regime sanzionatorio più mite previsto dai detti articoli [artt. 2621 e 2622 c.c. in materia di falso in bilancio]» (punto 75), e non consentono dunque di far rivivere in nessun caso il precedente e più severo regime punitivo abrogato da una normativa (in ipotesi) comunitariamente illegittima (punti 76 e 77).

3. *Le possibili critiche alle affermazioni della Corte di giustizia.* Tutte e tre queste affermazioni si prestano - sia pure da angolature assai diverse - a valutazioni critiche, e sicuramente nei mesi a venire saranno oggetto di accesi dibattiti.

La prima, perché seppure ineccepibile negli esiti[3], risulta supportata da argomentazioni (incentrate più su una discutibile estensione in chiave teleologica del vincolo di attuazione sanzionatoria delle prescrizioni comunitarie in materia societaria previsto dall'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario che non sugli ormai indiscussi precipitati in ambito preventivo-punitivo del principio di fedeltà comunitaria di cui all'art. 10 TCE[4]) le quali sembrano fatte apposta per rinfocolare le mai sopite polemiche sul mancato rispetto del principio di legalità-determinatezza nell'ambito del diritto "europeo"[5].

La seconda, perché il principio di retroattività favorevole può essere considerato facente «parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» solo utilizzando il criterio comparatistico del *maximum standard*[6] ovvero - a tutto concedere - sfruttando in tutto il suo dinamismo il criterio della c.d. *better law*[7]. Laddove, in realtà, il riconoscimento di tale principio da parte di una Corte di giustizia in precedenza adusa a trascurarlo[8] sembra spiegabile soprattutto alla luce dell'inserimento del principio in questione nell'art. 49 della Carta europea dei diritti, prima solennemente proclamata a Nizza nel 2000 e poi inserita nella seconda parte del Trattato costituzionale europeo in fase di (quantomeno sofferta) ratifica[9].

La terza perché la costante giurisprudenza della Corte di giustizia in precedenza ricordata (c.d. giurisprudenza *Kolpinghuis Nijmegen*)[10] non appare essere stata, nel contesto della sentenza 3 maggio 2005, ineccepibilmente invocata, dato che in relazione al caso considerato *la determinazione* della responsabilità penale discenderebbe non già da norme contenute in direttive «indipendentemente da una legge interna», bensì dalla legge nazionale vigente al momento del fatto (vale a dire l'art. 2621 c.c. nella sua precedente versione); così come *l'aggravamento* di tale responsabilità discenderebbe non già dalla suddette norme CE, bensì dall'attitudine delle direttive a fare salva la vigenza di leggi interne preesistenti connotate da un trattamento sanzionatorio più severo, paralizzando (limitatamente ai fatti commessi sotto la vigenza della legge più severa) l'applicabilità di una legge nazionale successiva che preveda una disciplina sanzionatoria così mite da risultare, in ipotesi, comunitariamente illegittima in quanto inidonea a tutelare in modo adeguato la normativa di fonte CE[11].

4. *Una decisione influenzata dall'attuale "riflusso anti-europeo"?* In realtà, al di là delle valutazioni critiche che la sentenza 3 maggio 2005 sembra attirare da versanti diversi, non bisogna meravigliarsi troppo per quanto in essa è dato (e per quanto non è dato) rinvenire, per i quesiti da essa elusi, per le contraddittorie conclusioni cui in base ad essa sembra possibile giungere, per alcuni discutibili steccati da essa posti in merito all'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale. Ma se dunque mi dissocio dal sentimento di sorpresa esplicitato da Marilisa D'Amico, è solo perché, da penalista appassionato al tema della europeizzazione del diritto criminale, ho ormai verificato che i rapporti tra diritto nazionale e diritto comunitario - del resto mai risultati facili - si rivelano particolarmente conflittuali per quanto concerne la materia di cui mi occupo. In effetti, le interazioni tra ordinamento comunitario e ordinamento penale nazionale possono essere tanto molteplici e dirompenti, quanto mal digeribili da Stati che continuano a mantenere larghi ambiti di sovranità e che (quantomeno sino al varo del Trattato costituzionale europeo)[12] hanno negato alla Comunità europea qualsiasi competenza penale. Appare quindi quasi naturale che la Corte di Giustizia, la quale ha sempre dimostrato una particolare sensibilità alle esigenze dei tempi[13], in questo difficile periodo della costruzione europea tenda a sfuggire a talune questioni troppo imbarazzati; o comunque tenda a scartare ogni soluzione che appaia troppo rivoluzionaria, nel caso della sentenza sul falso in bilancio rifugiandosi dietro dichiarazioni che alcuni hanno interpretato alla stregua di una sostanziale irricevibilità e che io mi limito a considerare d'impronta conservatrice, o comunque rivelatrici della volontà di minimizzare l'impatto del diritto comunitario sui diritti penali nazionali.

5. Il principio di leale cooperazione e i crescenti vincoli in sede di attuazione sanzionatoria degli atti comunitari.

Questa situazione di perenne, latente conflittualità tra ordinamento nazionale e ordinamento CE trova la sua prima ragione nella risalente affermazione secondo cui «il diritto penale non rientra nelle competenze della Comunità, ma in quelle di ciascuno Stato membro»[14], in quanto da un lato non sarebbe dato rinvenire nei Trattati (CECA, CE, Euratom) norme esplicitamente attributive di competenza penale alle istituzioni europee, dall'altro lato i procedimenti comunitari di produzione normativa soffrirebbero tuttora, secondo i più, di un certo *deficit* democratico[15].

E però, in virtù del primato e dell'effetto diretto del diritto comunitario sul diritto nazionale (su tutte le sue branche)[16], molteplici sono le forme di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale. Quelle che qui interessano derivano, essenzialmente, dal principio esplicito di leale cooperazione («obbligo di fedeltà comunitaria») di cui all'art. 10 TCE[17]

e dal principio comunitario implicito[18] di proporzione così come sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Quest'ultima, dopo aver in un primo periodo affermato che in base a tali principi gli Stati UE erano totalmente liberi di scegliere le sanzioni interne atte a colpire le violazioni degli obblighi di fonte comunitaria[19], ha mutato progressivamente il proprio punto di vista. Ha sostenuto, cioè, che gli Stati erano titolari di una discrezionalità non illimitata, in quanto erano tenuti a dare attuazione alla normativa comunitaria attraverso l'introduzione di sanzioni realmente efficaci, cioè funzionali al perseguimento delle loro finalità preventive[20]. A partire dalla fine degli anni '80, tali vincoli sanzionatori sono stati ulteriormente precisati dalla Corte di giustizia, la quale nella sentenza c.d. "Mais greco" e in molte altre successive ha stabilito che le violazioni del diritto comunitario devono essere punite nei Paesi membri con sanzioni *analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e gravità* (cosiddetto "*principio di assimilazione*") e comunque *effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive* (cosiddetto "*principio di efficacia-proporzionalità*") [21].

E' importante sottolineare che questa giurisprudenza - facente corpo col diritto CE - solo in apparenza impone agli Stati l'adozione di «sanzioni 'agnostiche' in termini di penalità»[22], in quanto finisce con l'attribuire una sorta di "competenza penale indiretta" alla CE, consentendole di porre a carico degli Stati (sia pure in modo occulto) veri e propri "obblighi comunitari di incriminazione"[23]. Infatti, la conseguenza logica del primo dei due principi appena ricordati ("*principio di assimilazione*") è che ove le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza alle violazioni del diritto comunitario fossero punite in sede penale, sussisterebbe l'obbligo a carico dello Stato di assoggettare a sanzione penale anche le suddette violazioni "comunitarie"[24]. Conseguenza logica del secondo di tali principi, (cosiddetto "*principio di effettività/proporzionalità/dissuasività*") è che, così come chiarito almeno due volte dalla stessa Corte di giustizia, in relazione alle più gravi violazioni del diritto comunitario solo sanzioni di tipo penale potrebbero essere ritenute proporzionate[25].

6. L'insofferenza verso gli obblighi di incriminazione di fonte CE. Questa sorta di "competenza penale indiretta" della CE può certo apparire, per un verso, in linea con le finalità dei Trattati e della produzione normativa fondata su di essi, dato che risulterebbero quanto mai inopportune oasi di impunità (o di insufficiente punibilità, da valutarsi sia *in astratto* sia *in concreto*) rispetto a taluni comportamenti realizzati in violazione del cosiddetto diritto "europeo". Per altro verso, tuttavia, tale occulta forma di competenza penale mediata della CE ha sollevato le critiche di una parte della dottrina penalistica, la quale ha sostenuto che tramite la ricordata giurisprudenza la CE diverrebbe di fatto competente in una materia non attribuitale e in relazione alla quale risulterebbe oltretutto strutturalmente inadeguata, con conseguente violazione della sovranità nazionale[26] e del principio di legalità[27].

A tacitare queste critiche, pur minoritarie, per taluni potrebbe non essere sufficiente ricordare che secondo la Corte di giustizia una direttiva non può di per sé sola determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni[28]. Infatti si potrebbe obiettare che lo Stato ha pur sempre un obbligo "comunitariamente imposto" di prevedere una legge interna che dia adeguata tutela sanzionatoria ai precetti di fonte CE[29], sino appunto all'obbligo di incriminazione; che dunque la CE, se non può prevedere in via diretta sanzioni penali, può però in certi casi obbligare lo Stato a prevederle e applicarle[30].

7. Le aspettative da taluni riposte nella pronuncia della Corte di giustizia sulla riforma italiana del falso in bilancio. Secondo una significativa parte della dottrina, la sentenza 3 maggio 2005 si sarebbe potuta prestare a porre in luce nuove forme di incidenza delle fonti CE in materia penale, evidenziando ulteriori vincoli sanzionatori a carico degli Stati in sede di attuazione del diritto comunitario, e dunque apportando possibili e assai rilevanti sviluppi alla giurisprudenza "*Mais greco*". Perché ciò avvenisse sarebbe stato necessario che dalla sentenza in esame i giudici interni potessero desumere[31] tre conclusioni:

a) che ai sensi del diritto comunitario la pubblicazione di un bilancio falso vada equiparata all'omessa pubblicazione dello stesso, e costituisca dunque una violazione delle prescrizioni di fonte europea (conclusione la quale, come ricordato in apertura, è stata esplicitamente fatta propria dalla Corte di giustizia nella suddetta sentenza, sia pure attraverso il ricorso ad argomenti meno lineari e convincenti di altri utilmente spendibili)[32];

b) che il principio di efficacia, proporzionalità e dissuasività non risulti rispettato dalla attuale disciplina sanzionatoria nazionale in tema di falso in bilancio, con conseguente illegittimità comunitaria della suddetta disciplina (conclusione, questa, in merito alla quale la Corte di giustizia nulla lascia intendere e che dunque viene da quest'ultima lasciato alla discrezionale valutazione dei giudici interni, per quanto è dato capire largamente inclini a considerare inadeguata per

difetto la tutela del bilancio offerta dalla vigente normativa);

c) che la giurisprudenza *Kolpinghuis Nijmegen* (in base alla quale, come più volte ricordato, una direttiva non può, di per sé sola, determinare o aggravare la responsabilità penale di chicchessia) non costituisca un ostacolo alla reviviscenza, limitatamente ai fatti realizzati sotto la sua vigenza, di una normativa penale nazionale più severa abrogata o modificata da successivi interventi normativi a carattere interno volti a prevedere una disciplina sanzionatoria delle false comunicazioni sociali comunitariamente inadeguata per difetto.

8. La tesi della reviviscenza della disciplina penale più severa e le sue implicazioni. Orbene, qualora anche questo terzo dato avesse potuto essere ricavato dalla sentenza 3 maggio 2005, o comunque non fosse stato da essa esplicitamente escluso, si sarebbe potuto addivenire a conclusioni rivoluzionarie. In particolare - complice il quantomeno dubbio rango costituzionale del principio di retroattività favorevole[33] - si sarebbe potuto concludere nel senso di ammettere la diretta e "diffusa" disapplicazione della nuova normativa sanzionatoria in materia di falso in bilancio comunitariamente illegittima, in quanto "sproporzionata per difetto", e la contestuale reviviscenza della preesistente e più severa normativa[34], contenente una disciplina sanzionatoria in ipotesi conforme alle esigenze del diritto comunitario. E ciò a prescindere dall'obbligo incombente al legislatore nazionale di adeguare le risposte punitive interne attuative del diritto comunitario ai principi di quest'ultimo[35], e addirittura a prescindere da quanto prospettato nei loro ricorsi pregiudiziali dagli stessi giudici remittenti, orientati a sollevare "in seconda battuta" la questione di illegittimità costituzionale ai sensi degli artt. 11 e 117.1 Cost.

Come si sa, secondo l'avvocato generale Kokott, un siffatto meccanismo di disapplicazione/reviviscenza non violerebbe il principio della legalità della pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), in quanto al momento della loro commissione gli illeciti in questione erano punibili secondo il diritto nazionale in vigore[36]. Sempre secondo l'avvocato generale, infatti, all'epoca dei fatti gli imputati non potevano fare affidamento sull'impunità del loro comportamento, o comunque su una disciplina sanzionatoria più favorevole di quella allora vigente[37]. L'applicazione retroattiva di una legge penale più favorevole successiva costituirebbe quindi una *deroga* al principio della legalità della pena[38]; deroga che sarebbe giustificata solo qualora la legge penale più favorevole successiva fosse compatibile con il diritto comunitario, così da rispettare il primato di quest'ultimo[39].

Accogliere la tesi dell'Avvocato generale avrebbe, tuttavia, implicato l'abbandono del principio dell'applicazione retroattiva della disciplina sanzionatoria più mite, ove prevista da nuove leggi comunitariamente (e di conseguenza, ex artt. 11 e 117.1 Cost., costituzionalmente) illegittime, e la reviviscenza della precedente e più severa disciplina: cosa questa sinora ammessa dalla Corte costituzionale solo in pochissimi casi, tra i quali spiccano quello relativo alla decadenza del decreto legge e quello relativo alla dichiarazione di incostituzionalità di leggi regionali di favore[40]. Inoltre, come già accennato, accogliere la tesi dell'avvocato generale avrebbe significato legittimare nuove e assai penetranti forme di incidenza del diritto comunitario sul diritto criminale; avrebbe significato sancire, in materia penale, ulteriori vincoli di fonte europea particolarmente sgradite a quanti considerano quest'ultimo il nocciolo duro della sovranità nazionale, come tale tendenzialmente sottratto ad influssi di fonte "esterna" allo Stato, specie se operanti a prescindere da ogni intervento del legislatore. A questo proposito, merita di essere sottolineato che gli obblighi di incriminazione di matrice comunitaria in precedenza ricordati[41] (peraltro, come si è visto, problematici e vivamente criticati nonostante la loro "marginalità")[42] implicano pur sempre una cooperazione - sia pure "coatta" - del Parlamento nazionale nella creazione della norma sanzionatoria: tant'è che in assenza di questa cooperazione i soggetti che violano i precetti comunitari non possono essere puniti (potrà, sia chiaro, essere attivata una procedura di infrazione a carico dello Stato, sino all'eventuale condanna di questo al pagamento di una penalità ai sensi dell'art. 228 par. 2.2, ma, ripeto, i soggetti che violano i precetti comunitari non potranno essere puniti)[43]. Per contro, ammettere la reviviscenza della norma penale più severa nel caso in cui ad essa sia succeduta una norma più favorevole, ma contraria ai principi del diritto comunitario, avrebbe significato consentire ai giudici nazionali di applicare una norma che il legislatore aveva abrogato o comunque modificato, avrebbe dunque significato consentire a questi giudici di applicare una norma penale contro la volontà del legislatore nazionale, vanificando gli effetti della legge successiva favorevole (quantomeno per i fatti commessi nella vigenza della legge precedente). Senza contare che la disapplicazione della nuova legge più mite comunitariamente illegittima esporrebbe a trattamenti diseguali non solo soggetti che hanno compiuto il fatto sotto la vigenza di leggi diverse[44], ma addirittura soggetti accomunati nell'aver realizzato il fatto nella vigenza della legge più severa successivamente riformata *in mitius*, nel caso in cui soltanto taluni dei giudici interni competenti abbiano ritenuto, rispetto a episodi commessi prima della sua entrata in vigore, comunitariamente illegittima la normativa di favore in materia di falso in bilancio[45].

9. Il ricorso alla giurisprudenza *Kolpinghuis Nijmegen* in chiave di valorizzazione del principio di retroattività

favorevole. Tuttavia, nonostante quanto or ora ricordato, sembrava a taluni che le sentenze *Tombesi*[46] e *Niselli*[47], evidenziassero un mutamento giurisprudenziale della Corte di giustizia, tale da consentire al giudice nazionale di disapplicare la legge interna comunitariamente illegittima e di applicare quella (in ipotesi comunitariamente legittima) vigente al momento del fatto. Costoro presagivano quindi una sentenza della Corte di giustizia sulla legge italiana in materia di falso in bilancio più disposta ad ammettere l'incidenza *in malam partem* di una direttiva sul diritto penale nazionale.

Ma la Corte di giustizia - vuoi per talune differenze strutturali riscontrabili tra i casi *Niselli* e *Tombesi* e il caso *Berlusconi*[48], vuoi per un *revirement* suggerito dal mutato "spirito dei tempi"[49], vuoi per ulteriori ragioni qui impossibili da ricordare[50] - ha preferito non correre il rischio di essere accusata di erodere il principio dell'applicazione retroattiva della disciplina più mite prevista in Italia dall'art. 2.3 c.p. Verosimilmente, la Corte era pienamente consapevole del fatto che riconoscere alle direttive una siffatta incidenza sfavorevole da un lato avrebbe consentito ai giudici nazionali di stravolgere il sistema penale interno in misura proporzionale al numero di riforme sospettate di illegittimità comunitaria; e che dall'altro lato, forse, avrebbe potuto innescare una campagna strumentalmente tesa a sottolineare il presunto rango costituzionale del principio di retroattività della legge penale favorevole[51], favorendo una rivitalizzazione di quella "dottrina dei controlimiti"[52] da sempre vista con sfavore dalle istituzioni europee[53]. La Corte di giustizia ha preferito invece invocare la giurisprudenza *Kolpinghuis Nijmegen*, in base alla quale, come in precedenza sottolineato[54], «una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati».

Vero è però che tale giurisprudenza era stata sinora utilizzata con riferimento a ipotesi diverse, quali quelle di inibire interpretazioni analogiche[55] o addirittura *contra legem*[56] delle norme sanzionatorie vigenti; interpretazioni, il più delle volte, finalizzate ad offrire una idonea tutela punitiva ad una normativa comunitaria altrimenti non adeguatamente salvaguardata, ma irrimediabilmente configgenti col principio costituzionale di legalità[57]. Tale giurisprudenza non era cioè stata utilizzata allo scopo di impedire la disapplicazione della disciplina comunitariamente illegittima e la reviviscenza della precedente disciplina penale sfavorevole; reviviscenza, per contro, auspicata come si è detto dall'Avvocato generale Kokott[58], sia pure in relazione ai soli casi realizzati sotto la vigenza di quest'ultima[59]. Ed è altresì vero che, come ricordato in apertura[60], la suddetta giurisprudenza non parrebbe essere stata, nel contesto della sentenza 3 maggio 2005, ineccepibilmente invocata.

Almeno a prima vista, quindi, l'argomento forte utilizzato dalla Corte di giustizia a favore dell'operatività dell'attuale disciplina nazionale in tema di falso in bilancio (in relazione non solo ai fatti realizzati sotto la sua vigenza, ma anche a quelli realizzati sotto la vigenza della precedente e più severa disciplina sanzionatoria) consisterebbe nell'affermazione dell'avvenuta "costituzionalizzazione" in prospettiva comunitaria del principio di retroattività favorevole. Una affermazione ispirata a non incomprensibili ragioni egualitariste[61] e umanitarie[62] oltre che forse, come già detto, a striscianti ragioni "politiche" (non ingerenza in prerogative tradizionalmente espressive della sovranità statale) ma, secondo quanto si è avuto modo di ricordare, non pienamente convincente e, come si vedrà subito, non priva di effetti paradossali.

10. Eterogenesi dei fini: costituzionalizzazione del principio del favor rei ed efficacia retroattiva delle norme incostituzionali più miti. Le prime, provvisorie considerazioni che mi sento di trarre da questa appassionante vicenda processuale parrebbero, in effetti, evidenziare una sorta di vichiana eterogenesi dei fini, stante che:

a) in nome del principio di indubbia matrice garantista del *favor rei*, elevato dalla Corte di giustizia a rango "euro-costituzionale" si sancisce una evidente perdita di "tenuta comunitaria" del diritto penale, quantomeno limitatamente all'"obbligo di fedeltà" correlato alla tutela sanzionatoria di norme previste in direttive CE[63]. In altre parole, si finisce col sacrificare l'*effettività*, e con ciò *lo stesso primato* delle norme comunitarie (quantomeno se contenute in direttive), ancorché già attuate attraverso una normativa nazionale caratterizzata da un'adeguata disciplina sanzionatoria;

b) in nome del medesimo principio si sancisce una sostanziale carenza di "tenuta costituzionale" del diritto penale, stante che un principio di retroattività favorevole almeno in linea tendenziale sempre e comunque operante (e dunque non bilanciabile con altri principi di rilievo costituzionale)[64] esclude l'efficacia del controllo di costituzionalità delle norme di favore rispetto a fatti pregressi, rendendo così almeno in parte insanabili gli abusi del legislatore interno.

Più precisamente, una volta sancita - in base ad un principio garantista di retroattività della legge favorevole fatto rientrare tra quelli facenti parte delle «tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» - l'impossibilità di far rivivere la disciplina penale precedente e più severa, il legislatore nazionale parrebbe avere ormai mano libera *in bonam*

partem[65]; parrebbe, cioè, poter creare leggi indulgenziali le più illegittime comunitariamente e costituzionalmente (come nel caso, per l'appunto, di leggi *ad personam* capaci di rendere "sproporzionate per difetto" le misure punitive poste a tutela di norme di fonte comunitaria). Ciò in quanto tali leggi opereranno, se non per i fatti futuri (potrebbero, infatti, essere presto dichiarate incostituzionali, eventualmente ma non necessariamente tramite il meccanismo della c.d. "doppia pregiudizialità"), quantomeno per i fatti pregressi, garantendo forme d'impunità sottratte ad ogni controllo costituzionale e/o europeo[66]. Ora, se la storia ha dimostrato l'esagerazione insita nella pretesa di Giustiniano e Napoleone di "legiferare per l'eternità", resta però il fatto che ogni legislatore ordinario dovrebbe, di regola, "legiferare per il futuro", per un arco temporale futuro verosimilmente non troppo circoscritto. Qui invece si rischia di legiferare soprattutto per il passato - e forse anche per sanare le malefatte del passato - attraverso interventi normativi destinati a risultare illegittimi solo *pro futuro*, anche ove si accolga la tesi recentemente fatta propria da Valerio Onida[67].

Ma il principio di retroattività favorevole potrebbe condurre addirittura ad un giudizio di irricevibilità delle sollevate questioni di legittimità costituzionale. L'unico percorso praticabile sarebbe allora quello di attivare una procedura d'infrazione ai sensi degli art. 226 ss. TCE[68], che risulta anch'essa del tutto priva di rischi per gli individui avvantaggiati dalla normativa di favore. Un altro profilo inquietante di quello che - in 'soave' contrapposizione alle attuali e più cupe degenerazioni illiberali della legislazione penale emergenziale varata per la lotta a terroristi intesi come "nemici" - viene ironicamente definito "il diritto penale dell'amico"...

11. Conclusione. Resterebbero a questo punto da prendere in esame le modalità attraverso le quali i giudici nazionali potrebbero appianare gli eventuali contrasti tra norme sanzionatorie nazionali e norme comunitarie contenute in direttive. Ma l'ascolto della relazione introduttiva di Marilisa D'Amico, così come la lettura di alcuni degli interventi che seguiranno (penso, in particolare ma non solo, a quello di Francesco Viganò, incentrato su tale problematica) mi inducono a soprassedere.

Vorrei dunque concludere ricordando che l'integrazione tra diritto comunitario e diritto penale nazionale costituisce un processo della massima importanza, che fa emergere situazioni radicalmente nuove, pone problemi assai complessi, implica contraddizioni difficili da superare, travolge costruzioni e concezioni consolidate. Lo studio di tale processo, con gli interrogativi che ne derivano ma anche con le suggestive prospettive da esso aperte, dovrebbe essere avvertito come un impegno primario da parte di ogni operatore del diritto (legislatore, giudice, giurista), e naturalmente da parte dei cultori del diritto criminale, comunitario, costituzionale, oggi eccezionalmente ritrovatisi fianco a fianco per riflettere su un caso di comune interesse. Si tratta di un compito difficilissimo e di lungo periodo, ma ineludibile.

* Il presente testo costituisce la riproposizione, integrata con note, di quello posto a base dell'intervento orale al "seminario preventivo" *AI CONFINI DEL "FAVOR REI" - Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, svoltosi a Ferrara il 6 maggio 2005.

** *Straordinario di Diritto penale, Università di Ferrara*

[1] Cfr., da ultimo, Corte di giustizia, sent. 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 C-403/01 (*Pfeiffer e a.*), non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 108 e giurisprudenza ivi citata.

[2] Viene qui riproposta la c.d. "giurisprudenza *Kolpinghuis Nijmegen*": cfr. sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), in *Racc.*, 1987, 3986, punto 13. Cfr. altresì sent. 11 giugno 1987, causa 14/86 (*Pretore di Salò c. X*), in *Racc.*, 1986, 2570, punti 18-20; sent. 26 settembre 1996, causa 168/95 (*Arcaro*), in *Racc.*, 1996, 4729, punto 36; da ultimo sentenza 7 gennaio 2004; cfr. altresì, per tutte, sentenza 7 gennaio 2004, causa C-60/02, (*X*), non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 61 e giurisprudenza ivi citata. In argomento cfr., all'interno di una assai vasta bibliografia, M. Nunziante, *Efficacia diretta e opponibilità ai singoli delle direttive comunitarie: riflessi in materia penale*, in *Riv. pen. econ.*, 1989, 207 ss.; O. Porchia, *Gli effetti delle direttive e l'interpretazione delle norme penali nazionali: il caso Procura c. X*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, in particolare 476 ss.; S. Riondato, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996., 128.

[3] In effetti, l'obbligo per gli Stati membri di prevedere sanzioni adeguate nei casi di infedeltà del bilancio e delle informazioni societarie a carattere economico emerge con immediatezza dal combinato disposto dell'art. 2.3 della quarta direttiva sul diritto societario e dell'art. 10 TCE.

[4] Per un puntuale richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'art. 10 (ex 5) TCE, cfr. tuttavia i punti

64 e 65 della sentenza in oggetto.

[5] Ed infatti cfr. ora, al riguardo, le suggestive ancorché non pienamente condivisibili osservazioni di A. di Martino, *Le direttive CE non possono ostare all'applicazione della "pena più mite" anche se ritenuta comunitariamente illegittima*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 20, 103 ss. In termini meno problematici G. Insolera, V. Manes, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, 7 del dattiloscritto in corso di pubblicazione in *Cass. pen.*, 2005, n. 9.

[6] Secondo il quale ai principi generali "di diritto non scritto" (in merito ai quali cfr., per riferimenti bibliografici essenziali, *infra*, sub par. 5, nt. 18) sarebbe assicurato in sede comunitaria il più alto livello di sviluppo e protezione loro attribuito all'interno dei singoli sistemi costituzionali dei Paesi membri. E' noto peraltro che tale criterio, se da un lato poggia su solide basi teoriche, risulta nei fatti di difficile applicazione. In merito a tale criterio e ai problemi connessi alla sua adozione cfr., all'interno di una ricchissima bibliografia, A. Bernardi, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, 181 ss.; M. A. Dausès, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1984, 411 ss.; V. Grementieri, *Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee per la protezione dei diritti fondamentali in Europa*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1979, 5; L. Marcoux, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1983, 716 ss.; F. Moderne, *La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne*, in *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, par F. Sudre e H. Labayle, Bruxelles, 2000, in particolare 50 ss.; P. Pescatore, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1980, 353 ss.; H.G. Schermers, *The European Communities bound by Fundamental Human Rights*, in *Common Market Law Review*, 1990, 254 ss.; F. Sorrentino, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, 61 ss.; E. Tosato, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, 734 ss.; A.G. Toth, *Legal Protection of Individuals in the European Communities*, Amsterdam, 1978, 109 ss.; J.H.H. Weiler, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985, 160.

[7] In base al quale i principi generali "di diritto non scritto" sarebbero riconosciuti a livello comunitario sulla base e nei limiti della "tendenza prevalente negli Stati membri", tenendo altresì conto delle "esigenze del sistema comunitario". In effetti, tale criterio sarebbe caratterizzato da una estrema sensibilità alle tendenze in atto su scala nazionale. In particolare, secondo taluni, questa sensibilità porterebbe la Corte di giustizia a privilegiare le tendenze evolutive proprie dei principi e diritti fondamentali rispetto ai meri aspetti di "convergenza" dei principi e diritti nazionali. In argomento cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. Bernardi, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 80, nt. 286.

[8] Cfr., per puntuali riferimenti giurisprudenziali, A. di Martino, *Le direttive CE non possono ostare all'applicazione della "pena più mite" anche se ritenuta comunitariamente illegittima*, cit., 105 ss.

[9] In questo senso cfr. ora, tra i tanti, L. Foffani, *La trasparenza dell'informazione societaria come bene giuridico comunitario: riflessi della sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee sulla disciplina penale delle false comunicazioni sociali*, in questo stesso volume, par. 1; G. Insolera, V. Manes, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, 7 del dattiloscritto in corso di pubblicazione.

[10] Cfr., *supra*, sub par. 2, nt. 2.

[11] In argomento cfr., da ultimo e per ulteriori riferimenti bibliografici, G. Insolera, V. Manes, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, 12 del dattiloscritto in corso di pubblicazione.

[12] Nel quale è prevista la riconduzione dei tre pilastri dell'Unione europea (Comunità europea, Politica estera e sicurezza comune, Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale) all'interno dello stesso quadro istituzionale, con conseguente possibilità di inserire nelle direttive (ribattezzate leggi quadro europee) quelle norme a carattere penale contenute oggi nelle decisioni quadro del terzo pilastro. In argomento cfr., anche per ulteriori precisazioni, A. Bernardi, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 5 ss.; L. Picotti, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, in *Il Corpus Juris 2000: Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, 62 ss.

[13] Rivelandosi così, sotto questo profilo, assai simile alla nostra Corte costituzionale.

[14] G. Grasso, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, 1.

[15] Certamente, con le modifiche apportate al Trattato CE a Maastricht, Amsterdam e Nizza, il deficit democratico comunitario si è progressivamente attenuato, grazie all'ampliamento dei poteri di co-decisione del Parlamento europeo (cfr., da ultimo e per tutti, R. Sicurella, *Il Corpus juris e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in *Il Corpus juris* 2000. *Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Milano, 2003, 129 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici), peraltro non ancora previsti in relazione a tutte le materie di competenza comunitaria (cfr., in particolare, P. Van Nuffel, *Le Traité de Nice - Un commentaire*, in *Rev. dr. Un. eur.*, 2001, 362-363); certamente, il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa estende ulteriormente la procedura di co-decisione e rafforza il ruolo dei Parlamenti nazionali, con il risultato di migliorare ancor più il livello di democraticità del procedimento normativo comunitario. Resta il fatto che, sinora, la persistente centralità del Consiglio nel sistema di potere dell'Unione europea, se da un lato è stata giustificata con l'esigenza di difendere interessi nazionali per vero da molti giudicati ormai anacronistici, dall'altro lato ha implicato e continua a implicare una grave distorsione del principio democratico (cfr., nella più recente pubblicistica, G. de Kerchove, *La coopération policière et judiciaire pénale. De la coopération intergouvernementale à la méthode communautaire*, in *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, a cura di O. De Schutter e P. Nihoul, Bruxelles, 2004, 224 ss.; S. Manacorda, *Le fonti del diritto penale nella costruzione di un pluralismo ordinato. A proposito dell'opera di Mireille Delmas-Marty*, in M. Delmas-Marty, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Torino, 2004, 38. Cfr. altresì, per tutti, L. Levi, *Carta dei diritti e Costituzione europea*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, a cura di Ferrari, Milano, 2001, 180).

[16] Come si sa, è ormai pacifico che, almeno in linea di massima, "l'efficacia del diritto comunitario non può variare a seconda dei diversi settori del diritto nazionale nei quali esso può spiegare effetti": cfr. già Corte di giustizia, sent. 21 marzo 1972, causa 82/71 (*SAIL*), in *Racc.*, 1972, 119.

[17] In base al quale «Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti».

[18] In relazione ai principi comunitari impliciti cfr., in generale, A. Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 521 ss. e bibliografia ivi riportata; F. Capotorti, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, 409 ss.; F. Capelli, *I principi generali come fonte di diritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1986, 545 ss.; M. Vacca, *L'integrazione dell'ordinamento comunitario con il diritto degli Stati membri e con i principi generali di diritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1991, 339 ss.

[19] Cfr. sent. 2 febbraio 1977, causa 50/76 (*Amsterdam Bulb BV*), in *Racc.*, 1977, 150. Sul punto cfr., per tutti, G. Grasso, *La formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, 9 ss.

[20] Cfr., per tutte, sentt. 10 aprile 1984, cause 14/83 (*von Colson*) e 76/83 (*Harz*), in *Racc.*, 1984, pp. 1908 e 1941.

[21] Cfr. Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa 68/88 (*Commissione c. Grecia*), in *Racc.*, 1989, 2965 ss.; sent. 10 luglio 1990, causa 326/88 (*Hansen*), cit., 2935; sent. 2 ottobre 1991, causa 7/90 (*Vandevenne*), in *Racc.*, 1991, 4387; sentt. 8 giugno 1994, cause 382/92 e 383/92 (*Commissione c. Regno Unito*), in *Racc.*, 1994, 2475 e 2494; sent. 26 ottobre 1995, causa 36/94 (*Siesse*), in *Racc.*, 3573, punto 20; sent. 12 settembre 1996, cause riunite 58/95, 75/95, 112/95, 119/95, 123/95, 135/95, 140/95, 141/95, 154/95, 157/95 (*Gallotti*), in *Racc.*, 1996, 4345; sent. 27 febbraio 1997, causa 177/95 (*Ebony*), in *Racc.*, 1997, 1143 e in *Dir. pen. proc.*, 1998, 309, con nota di S. Riondato; sent. 18 ottobre 2001, causa 354/99 (*Commissione c. Irlanda*), in *Racc.*, 2001, I-7657; sent. 3 luglio 2001, causa 297/00 (*Commissione c. Lussemburgo*), in *Racc.*, 2001, I-5189; sent. 30 settembre 2003, causa C-167/01 (*Inspire Art*), in *Racc.*, I-10155; sent. 15 gennaio 2004, causa C-230/01, (*Penycoed*), inedita, punto 36. In merito ai problemi di coordinamento tra i principi di assimilazione e di efficacia-proporzionalità cfr., volendo A. Bernardi, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche*, vol. XI, Ferrara, 1997, 127 ss.

[22] G. Insolera, V. Manes, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, 3 del

dattiloscritto in corso di pubblicazione. Nello stesso senso v. già M. Donini, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 123, nt. 14; C. Sotis, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 196.

[23] In senso parzialmente difforme cfr., in particolare, C. Sotis, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, cit., 196 ss., secondo cui l'obbligo di assimilazione non si traduce in un obbligo di incriminazione, restando nelle mani del legislatore nazionale la scelta sull'opzione penale.

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

[25] Cfr. ord. 13 luglio 1990, causa C2/88 (*Zwartveld*), in *Racc.*, 1990, 3365 ss.; sent. 28 gennaio 1999, C-77/97, (*Oesterreichische Unilever GmbH e Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*), in *Dir. pen. proc.*, 1999, 447, con nota di S. Riondato. In dottrina cfr., in particolare, G. Grasso, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1175; H. Hugger, *The European Community's Competence to Prescribe National Criminal Sanctions*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1995, n. 3, 246 ss.; C. Rizza, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., 118-119; C. Salazar, *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *Cass. pen.*, 1992, 1661. Circa l'obbligo per gli Stati membri (non solo di prevedere in astratto, ma) di applicare in concreto sanzioni penali in relazione ad atti di violenza commessi su mezzi destinati a trasportare prodotti agricoli di un altro Stato membro per impedire la libertà degli scambi intracomunitari sancita dall'art. 28 TCE, cfr. Corte di giustizia, sent. 9 dicembre 1997, in *Racc.*, 1997, I- 6959 ss., in particolare punti 48 ss.

[26] E' noto, infatti, che il monopolio delle prerogative penali veniva e tuttora viene considerate un riflesso immediato della sovranità. Cfr., in generale e per tutti, G. Dannecker, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 961; S.P. Fragola, P. Atzori, *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1990, 34 ss.; A. Pagliaro, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1993, 203; K. Tiedemann, *La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 530. Tuttavia, per una critica alla tesi per la quale la sovranità penale deve considerarsi un decisivo ostacolo al riconoscimento della competenza penale della Comunità cfr. E. Bacigalupo, *Il Corpus juris e la tradizione della cultura giuridico-penale degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Prospettive di diritto penale in Europa*, a cura di G. Grasso, Milano, 1998, 51; C. Haguenu, *Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire*, in *Rev. Marché com. Un. eur.*, 1993, 357 e bibliografia ivi riportata; nonchè, sia pure in una prospettiva più generale, J. Leprette, *Une clef pour l'Europe*, Bruxelles, 1994, 249 ss.; S. Riondato, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, cit., in particolare 145 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; R. Roth, *Une Communauté sans droit pénal: éléments d'analyse dans une perspective suisse*, in *La justice pénale et l'Europe*, a cura di F. Tulkens, H.-D. Bosly, Bruxelles, 1996, 236 ss.

[27] Cfr., ad esempio, D. Oehler, *Der europäische Binnenmarkt und sein wirtschaftsstrafrechtlicher Schutz*, in *Festschrift Baumann*, Bielefeld, 1992, 565 ss.; P. Patrono, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, 154.

[28] Cfr., *supra*, sub par. 2, nt. 2.

[29] Indipendentemente dal fatto che essi siano contenuti in una direttiva o in un regolamento.

[30] In questo senso cfr., in particolare, P. Patrono, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, 154, per il quale, conseguentemente, le direttive con obblighi d'incriminazione devono ritenersi inammissibili, anche laddove la loro trasposizione avvenga attraverso il ricorso allo strumento della legge ordinaria.

[31] Come noto, infatti, la Corte di giustizia non è competente a pronunciarsi sulla compatibilità della normativa nazionale con quella comunitaria, dovendo egli limitarsi ad esplicitare il significato dei testi di fonte 'europea'. Cfr., ad esempio, Riz, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984, 189. Vero è però che sovente la Corte di giustizia fornisce risposte così articolate da prendere, di fatto, posizione in merito alla controversia che il giudice nazionale è

chiamato a risolvere, e pertanto da limitare grandemente il potere discrezionale di quest'ultimo. Cfr., ad esempio, all'interno di una ricca giurisprudenza, Corte di giustizia, sent. 29 giugno 1978, causa 154/77 (*Deckman*), in *Racc.*, 1978, 1571; Id., sent. 12 ottobre 1978, causa 13/78 (*Eggers*), ivi, 1935; in dottrina cfr., per tutti, H. Rasmussen, *La Corte di giustizia*, in *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles-Lussemburgo, 1981, 183 ss.

[32] Cfr., *supra*, sub par. 3, nt. 5.

[33] Cfr., da ultimo e per tutti, F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, 2005, 149 ss. il quale da un lato sottolinea come ancora recentemente la Corte costituzionale (sent. 23 febbraio 1995, n. 80) abbia escluso dal novero dei principi costituzionali quello della retroattività della legge penale favorevole, dall'altro lato ravvisa il fondamento di tale forma di retroattività nel principio costituzionale di eguaglianza, con la conseguente possibilità che esso possa andare incontro a deroghe "del tutto legittime costituzionalmente in quanto fondate su interessi o ragioni giustificatrici obiettivamente 'ragionevoli'" (p. 150). In merito al "lento consolidamento e radicamento [della retroattività favorevole] nei valori materiali della Costituzione" cfr. ora l'efficace panoramica offerta da M. Scoletta, *Retroattività in mitius e pronunce di incostituzionalità* in malam partem, par. 3, in questo stesso volume, e bibliografia ivi riportata.

[34] Limitatamente, beninteso, ai fatti commessi prima del varo della recente riforma del diritto societario.

[35] E' infatti risaputo che il legislatore nazionale, così come è tenuto a non varare testi normativi che si pongano in conflitto col diritto comunitario (cfr., in particolare, A. Ruggeri, *Le leggi regionali contrarie a norme comunitarie autoapplicative al bivio fra "non applicazione" e "incostituzionalità" (a margine di Corte cost. n. 384/1994)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 487-488), è altresì tenuto, a fini di certezza giuridica, a abrogare, modificare o sostituire la norma interna contrastante col diritto comunitario (cfr., in particolare, Corte di giustizia, sent. 15 ottobre 1986, causa 168/85 (*Commissione c. Repubblica italiana*), in *Dir. com. scambi intern.*, 1987, 105 ss., con nota di C. Zilioli, *Recenti sviluppi sul contrasto tra norme nazionali e disposizioni comunitarie*, 110 ss.). Ovviamente, la previsione di meccanismi disapplicativi attivabili dai giudici interni non basta a sottrarre a quest'ultimo obbligo il legislatore nazionale.

[36] Cfr. *Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott*, presentate il 14 ottobre 2004 (cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi e altri), punto 148.

[37] Ivi, punto 152.

[38] Ivi, punto 159.

[39] Ivi, punto 162.

[40] Per altre ipotesi di eccezione alla regola della retroattività della norma penale più favorevole cfr. A. Pugiotto, *Vite parallele?*, in questo stesso volume.

[41] Cfr., *supra*, sub par. 5, nt. 24 e 25.

[42] L'estremo sfavore verso obblighi di incriminazione di matrice comunitaria (non solo verso quelli, di fonte giurisprudenziale, correlati agli sviluppi interpretativi dei principi di fedeltà comunitaria e proporzione, ma anche verso quelli di fonte legislativa) è dimostrata dal fatto che, sinora, nessuno dei molti progetti di direttiva tesi a vincolare gli Stati UE all'introduzione di norme penali ha visto la luce. Cfr., tra le ultime "incompiute", la "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità", COM (2001) 272, in *GUCE* C 240 E del 28 agosto 2001, 125 ss.; nonché la "Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale", COM (2001) 139 def., in *GUCE* C 180 E del 26 giugno 2001, 238.

[43] Un discorso a parte meriterebbe la possibilità del diritto comunitario di dilatare l'ambito applicativo di talune fattispecie penali nazionali attraverso la modifica di uno o più elementi normativi delle stesse (in argomento cfr., volendo, A. Bernardi, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di L. Picotti, Milano, 1999, 62 ss.). Al riguardo, va tuttavia osservato come la sorte 'naturale' degli elementi normativi sia appunto quella di vedere il loro contenuto precisato e, se del caso, modificato (in senso sia restrittivo sia estensivo) da norme extrapenali di fonte nazionale o extra-nazionale. Non a caso l'elemento normativo

implica la prima e più occulta forma di rinvio a norme, per l'appunto, "esterne" alla fattispecie incriminatrice.

[44] Cfr. al riguardo, con particolare riferimento ai casi di *abolitio criminis*, i rilievi di T. Padovani, *Decreto legge non convertito e norme penali di favore, in bilico tra opposte esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 827 ss.; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit. 149-150; G. Vassalli, *Abolitio criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 383; con specifico riferimento alla successione di leggi sul falso in bilancio L. Foffani, *La trasparenza dell'informazione societaria come bene giuridico comunitario: riflessi della sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee sulla disciplina penale delle false comunicazioni sociali*, cit., par. 1.

[45] Cfr., al riguardo, le acute osservazioni di F. Viganò, *'Illegittimità comunitaria' e illegittimità costituzionale: qualche spunto per una riflessione*, in questo stesso volume, par. 2.5. In merito alla parallela ipotesi di trattamento diseguale "che si verrebbe 'ingiustamente' a creare tra i fatti pregressi che vengono definitivamente giudicati sulla base della legge favorevole illegittima e i fatti pregressi ancora pendenti successivamente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, che tornerebbero ad essere giudicati sulla base della legge (sfavorevole) originaria" cfr. ora i rilievi di M. Scoletta, *Retroattività in mitius e pronunce di incostituzionalità in malam partem*, cit., par. 5.

[46] 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, (*Tombesi e a.*), in *Racc.*, 1997, in particolare I-3561, punto 43.

[47] 11 novembre 2004, causa C-457/02, (*Niselli*), in http://www.piemmenews.it/ViewDocumenti.asp?documenti_id=3750&; in http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=IT&numdoc=62002J0457&model=guicheti, in particolare punto 30.

[48] Al riguardo cfr., *amplius*, Sotis, *Nota alla sentenza 3 maggio 2005*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*

[49] Cfr., *supra*, sub par. 4.

[50] Cfr., al riguardo, gli approfondimenti di F. Viganò, *'Illegittimità comunitaria' e illegittimità costituzionale: qualche spunto per una riflessione*, cit., par. 1.5

[51] Sul punto cfr., *supra*, sub par. 8, nt. 33.

[52] Come si sa, "la relazione tra *primauté* (europea) e controlimiti (nazionali) è rimasta uno dei nervi scoperti della costruzione comunitaria" A. Celotto, T. Groppi, *Diritto UE e diritti nazionali: primauté e controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1311; M. Cartabia, J.J. Weiler, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, 91 ss.

[53] In effetti, la Corte di giustizia ha da subito affermato l'inopponibilità di qualsivoglia norma nazionale (ivi compresi i diritti fondamentali di fonte costituzionale) all'efficacia del diritto comunitario. Cfr. sent. 15 luglio 1964, causa 6/64 (*Costa c. ENEL*), in *Racc.*, 1964, 1129 ss.; sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70 (*Internazionale Handelsgesellschaft*), in *Racc.*, 1970, 1125 ss.

[54] Cfr. *supra*, sub par. 2.

[55] Per una criticabile tesi secondo la quale, in ossequio al primato del diritto comunitario, il giudice nazionale sarebbe "invitato a utilizzare sino all'estremo il suo potere di interpretazione, se del caso facendo dire ad una disposizione che non è stata presa per adempiere all'obbligo derivante dal diritto comunitario e che sovente... risulta assai anteriore a quest'ultimo, cose che essa manifestamente non intendeva dire all'epoca della sua promulgazione" F. Schockweiler, *Les effets des directives dans les ordres juridiques nationaux*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1995, n. 2, 15.

[56] Criticabilissimamente ammesse viceversa da S. Prechal, *Directives in European Community Law*, Oxford, 1995, 228, secondo il quale, tenuto conto delle esigenze del diritto comunitario, in casi eccezionali "una interpretazione del diritto nazionale *contra legem* non sarebbe da escludere".

[57] Tuttavia, in merito alla difficoltà di distinguere tra una - almeno tendenzialmente legittima - interpretazione estensiva delle norme penali (nel caso di specie, in vista della salvaguardia di precetti comunitari) e una - senz'altro illegittima -

interpretazione analogica o *contra legem* di tali norme cfr., ad esempio, L. Gianformaggio, voce *Analogia*, in *Dig. IV - Disc. priv.*, 1987, 16 dell'estratto; in prospettiva strettamente penalistica W. Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Testo e diritto, Ars interpretandi*, 1997, n. 2, 190.

[58] Cfr., *supra*, *sub* par. 8, nt. 36.

[59] Così come, del resto, la giurisprudenza *Kolpinghuis Nijmegen* non è stata utilizzata allo scopo di impedire l'implementazione *in malam partem* di elementi normativi delle fattispecie penali nazionali. Al riguardo, cfr. *supra*, *sub* par. 8, nt. 43.

[60] Cfr. *supra*, *sub* par. 3.

[61] Cfr. *supra*, *sub* par. 8, nt. 44.

[62] Ispirate al principio di stretta necessità della pena (cui consegue l'esigenza di non punire al di là di quanto considerato indispensabile al momento del giudizio. Cfr., per tutti, A. Cadoppi, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, Torino, 2000, 178, con ulteriori riferimenti bibliografici.

[63] In merito ai possibili dubbi inerenti all'applicazione del principio di retroattività della pena più mite qualora tale applicazione sia contraria a norme di diritto comunitario *diverse da quelle contenute in direttive* cfr. - come già ricordato *supra*, *sub* par. 2 - il punto 70 della sentenza in esame.

[64] Cfr., ancora, *supra*, *sub* par. 8, nt. 33. Tuttavia, circa l'eventualità che "il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite" possa essere derogato in taluni casi particolari, cfr. sempre il punto 70 della sentenza in oggetto.

[65] Sul punto cfr., ora, le riflessioni di M. Scoletta, *Retroattività in mitius e pronunce di incostituzionalità in malam partem*, cit., par. 5, il quale peraltro si esprime in senso contrario alla necessaria ultrattività della legge favorevole costituzionalmente illegittima.

[66] Quantomeno, giova ripeterlo, laddove la legge interna di favore contrasti con una o più norme comunitarie contenute in direttive.

[67] V. Onida, *Quando il giudice decide a metà*, in *Il sole 24ore*, 4 maggio 2005. L'Autore ipotizza una illegittimità costituzionale tale da consentire la reviviscenza della precedente legge sfavorevole esclusivamente con efficacia *ex tunc*.

[68] Sul punto cfr. ora le riflessioni di G. Insolera, V. Manes, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, 4 e 16 del dattiloscritto in corso di pubblicazione; F. Viganò, *'Illegittimità comunitaria' e illegittimità costituzionale: spunti per una riflessione*, cit., par. 1.1