

## **QUESTIONE RIFIUTI E FALSO IN BILANCIO: VITE PARALLELE?**

**A cura del Prof. Andrea PUGIOTTO\***

**SOMMARIO:** 1. “Rifiuti” e “falso in bilancio”: due vicende simmetriche. – 2. Continuo e discontinuo intorno al principio di legalità. – 3. Il silenzio delle sentenze *Tombesi* e *Niselli*. – 4. La regola del *favor rei* e le sue eccezioni. – 5. Il silenzio della sentenza *Berlusconi e altri*. – 6. La strada obbligata del ricorso alla Corte costituzionale contro la norma penale di favore. – 7. Imparare dal passato: prima della sentenza *Niselli*. – 8. Il seguito della sentenza *Niselli*. – 9. Recuperare un controllo accentrato su norme penali di favore contrastanti con direttive prive di effetti diretti. – 10. Il diritto-dovere della Corte costituzionale di sindacare la proporzionalità (diacronica) delle norme penali di favore.

1. Mi ero ripromesso di guardare alla vicenda “falso in bilancio” attraverso la lente d’ingrandimento della vicenda “rifiuti”, già definita in ambito comunitario dalla sentenza *Niselli* e, prima ancora, dalla sentenza *Tombesi*<sup>1</sup>. Parallelo, credo, largamente giustificato.

Sul piano della successione di norme penali nel tempo, la dinamica è identica in ambo i casi: i fatti di reato, nel momento della loro consumazione, erano puniti secondo il diritto penale nazionale. Sopravviene una modifica di elementi costitutivi della fattispecie di reato in senso nettamente favorevole agli imputati. Tra le due discipline penali succedutesi c’è una continuità normativa e non un’*abolitio criminis*, con conseguente applicazione dell’art. 2, comma 3, cod. pen. L’effetto sostanziale è quello di un’impunità per fatti per i quali era in precedenza prevista una pena (o una pena più grave).

Sul piano del rapporto con il diritto comunitario, in ambedue le vicende è denunciato il contrasto tra la norma interna sopravvenuta e una direttiva priva di effetti diretti. Ed in entrambi i casi assistiamo al ricorso alla doppia pregiudiziale: quella comunitaria da parte di alcuni giudici, quella costituzionale da parte di altri.

La decisione appena intervenuta sulle cause *Berlusconi e altri*<sup>2</sup>, mette seriamente in discussione tale simmetria, ma non ne fa venir meno la funzione euristica. Anzi, come vedremo, ne enfatizza il carattere istruttivo.

---

\* *Straordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara*

<sup>1</sup> Corte di Giustizia CE, Sez. VI, 25 giugno 1997, *Tombesi*, in *Riv. pen.* 1997, 622 ss.; Corte di Giustizia CE, Sez. II, 11 novembre 2004, *Niselli*, in [www.unife.it/amicuscuriae](http://www.unife.it/amicuscuriae).

<sup>2</sup> Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 3 maggio 2005, in [www.unife.it/amicuscuriae](http://www.unife.it/amicuscuriae).

2 Continuo e discontinuo tra le due vicende sono evidenti nella risposta all'eccezione di irricevibilità per violazione del principio di legalità penale.

Già secondo le sentenze *Tombesi* e *Niselli* è certamente vero che «una direttiva non trasposta non può creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione di una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso» [rispettivamente, punti 42 e 29]. Sotto questo aspetto, la sentenza *Berlusconi e altri* ricalca i precedenti.

Se ne discosta profondamente, invece, quando lascia cadere la novità di quei precedenti, laddove essi riconoscevano che non c'è alcuna rottura della legalità penale se «all'epoca in cui sono stati commessi, i fatti che costituivano oggetto delle cause a quibus potevano essere puniti in base al diritto nazionale» e se la norma penale che li ha sottratti all'applicazione delle originarie sanzioni è entrata in vigore soltanto successivamente [rispettivamente, punti 43 e 30].

3. Qui il problema inevitabilmente si intreccia con la sorte della norma penale di favore.

Sul principio del *favor rei* le sentenze *Tombesi* prima, *Niselli* poi, erano mute. In ambedue, infatti, il giudice comunitario si limita ad affermare che «non vi è motivo di esaminare le conseguenze che potrebbero derivare dal principio della legalità delle pene» [*ibidem*] per l'applicazione della direttiva comunitaria. E questo per la ragione squisitamente processuale che i giudizi *a quibus* riguardavano reati commessi *prima* dell'entrata in vigore della norma penale più favorevole. Cosa celava quel silenzio?

Lo si poteva leggere come implicito avallo alla soluzione prospettata dall'Avvocato generale Kokott (che, a conferma degli intrecci tra le due vicende in esame, ha depositato identiche conclusioni nella causa *Niselli* e nelle cause *Berlusconi e altri*). Soluzione a tenore della quale «una legge penale contrastante con il diritto comunitario adottata successivamente non costituisce una legge penale più favorevole applicabile» [rispettivamente, punti 71 e 165].

Lo si poteva però interpretare altrimenti, considerando il problema dell'applicabilità retroattiva della legge penale di favore come una questione di diritto nazionale, che va decisa dai rispettivi giudici di rinvio. E sulla quale, dunque, il giudice comunitario correttamente si astiene<sup>3</sup>.

4. Rompendo quel silenzio, ora la Corte di Giustizia riconosce nella retroattività della norma più favorevole un principio generale del diritto comunitario, che il giudice interno deve rispettare quando applica il diritto

---

<sup>3</sup> In tal senso Corte di Giustizia CE, Sez. III, ord. 15 gennaio 2004, *Saetti e Frediani*, a tenore della quale «non spetta alla Corte interpretare o applicare il diritto nazionale al fine di determinare le conseguenze dell'intervento posteriore di norme nazionali in forza delle quali tali fatti non costituiscono più reati» [punto 26].

nazionale che implementa una direttiva. Affermazione che però non risolve ancora il nodo che sta ai confini del *favor rei*: riconoscervi un principio incluso nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, non esclude che – come ogni regola – possa conoscere delle eccezioni; non preclude che ad una sua meccanicistica applicazione possa sostituirsi una modulazione più articolata e flessibile.

Io non so che cosa s'intenda – in tutti gli Stati aderenti all'UE – per norma penale di favore; quale sia lo spettro temporale coperto dal principio del *favor rei*; se e quali deroghe subisca nei singoli ordinamenti. So però che le eccezioni alla regola non mancano nel nostro ordinamento interno. Oltre ai casi delle leggi eccezionali e temporanee (art. 2, comma 4, cod. pen.), gli atti di rinvio alle Corti costituzionale e di Giustizia ricordano: *a*) la mancata conversione del decreto legge che introduce una norma penale di favore, non applicabile a seguito della sua decadenza [sent. n. 51/1985]; *b*) la declaratoria di incostituzionalità che colpisce l'esercizio della potestà legislativa regionale riduttiva della sfera di applicazione della norma penale statale [sentt. nn. 124/1990, 167/1993, 194/1993].

Non sono le sole. Vorrei rammentarne altre due<sup>4</sup>: *c*) l'art. 20, l. 7 gennaio 1929, n. 4, in base al quale le disposizioni delle leggi penali finanziarie si applicano ai fatti commessi durante la loro vigenza ancorché siano state, successivamente alla consumazione del reato, abrogate o modificate [decisioni nn. 164/1974, 134/1977, 6/1978, 80/1995]; *d*) la declaratoria d'incostituzionalità di una norma d'interpretazione autentica che non travolge la disposizione interpretata, il cui contenuto normativo permane nel senso precedentemente individuato dalla giurisprudenza [sent. n. 321/1988]; e l'esegesi legislativa irrompe anche in ambito penale, come dimostra proprio il d. l. n. 138 del 2002, in materia di “rifiuti”.

Sono eccezioni alla regola del *favor rei*, principio cui la Corte costituzionale italiana – non a caso - ha più volte riconosciuto esclusivamente valore di legge ordinaria [*ex plurimis*, decisioni nn. 74/1980, 80/1995, 330/1995, 385/1995].

Porre il problema se – ed in quale misura - di eccezione alla regola si possa parlare anche nell'ipotesi di norma statale di favore lesiva del diritto comunitario, non è dunque un'eccentricità. L'obbligo di applicazione retroattiva della pena più mite vale anche quando è veicolata da una norma interna comunitariamente illegittima? Questo era l'interrogativo di fondo, rimasto sottotraccia nella vicenda “rifiuti” ed ora riemerso nella vicenda “falso in bilancio”.

**5.** La recentissima sentenza della Corte di Giustizia non si impegna su questo fronte, ritenendolo uno sforzo non necessario ai fini delle controversie principali [punto 71].

---

<sup>4</sup> Cui, forse, può aggiungersi la declaratoria d'incostituzionalità di legge abrogante più favorevole, con conseguente ripristino della norma abrogata, dalla quale saranno regolati i fatti in essa considerati [sentt. nn. 107/1974, 198/1986].

Il problema è infatti riassorbito dal divieto di invocare una direttiva non autoapplicativa nei confronti degli imputati nell'ambito di procedimenti penali, giacché «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 disposizioni» [punto 74].

Nessun riferimento o concessione alla possibilità di modulare l'applicazione del *favor rei* in relazione al *tempus commissi delicti* (come invece suggerito concordemente dalla Commissione e dall'Avvocatura Generale): garantendo cioè il trattamento penale più favorevole solo ai fatti di reato consumatisi *dopo* la sua adozione e non *prima* della sua entrata in vigore.

Siamo ancora di fronte ad un silenzio che va interpretato. Nel nostro dibattito alcuni vi hanno letto una sorta di assolutizzazione del principio di retroattività della norma penale più favorevole, che avrebbe agito su tutto. Altri invece - valorizzando opportunamente la successione degli argomenti adoperati dal giudice comunitario - sono convinti che la sentenza parli d'altro, del regime giuridico delle direttive prive di effetto diretto, senza pregiudicare soluzioni più flessibili quanto alla retroattività della *lex mitior*.

Quale sia l'interpretazione più appropriata, in entrambi i casi - come vedremo subito - la conseguenza processuale è identica.

**6.** In questa cornice va infatti collocata la necessità - affermata nella sentenza *Berlusconi e altri* [punto 65] - che gli Stati membri, pur conservando la scelta delle sanzioni, devono segnatamente vegliare a che esse siano effettive, proporzionali e dissuasive: come l'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario e la costante giurisprudenza comunitaria relativa all'art. 5 del Trattato esigono.

L'invito così rivolto al giudice interno, primo custode del primato del diritto comunitario, a scrutinare attentamente la discrezionalità del legislatore sotto il profilo dell'adeguatezza delle sanzioni introdotte dalla direttiva CEE 68/151 non può sfociare nella disapplicazione della norma penale di favore sopravvenuta: rimedio precluso - nell'ordinamento interno - dalla natura *non self executing* della direttiva ed ora escluso - comunitariamente - dal principio del *favor rei*.

L'unico sbocco possibile resta dunque l'impugnazione incidentale davanti alla Corte costituzionale della legge sopravvenuta più favorevole. E che questa sia la strada da percorrere lo conferma anche la parallela vicenda "rifiuti", che ci ammaestra sui possibili sviluppi - da evitare - della vicenda "falso in bilancio".

**7.** Se c'è infatti un insegnamento da trarre dalla vicenda "rifiuti" è quello della assoluta necessità - a garanzia della certezza del diritto penale - di recuperare un controllo accentrato in ordine alle norme di favore contrastanti con il diritto comunitario derivato.

Basta guardare quanto accaduto, all'indomani del d.l. n. 138 del 2002 (poi convertito in l. n. 178 del 2002) che interpreta autenticamente il concetto di

“rifiuto”, elemento costitutivo di molti illeciti penali e amministrativi in materia ambientale. La norma interpretativa ne impone – ora per allora – una nozione più ristretta rispetto a quella emergente dalla direttiva CEE 75/442, così come interpretata dalla giurisprudenza comunitaria e recepita quasi alla lettera dalla disposizione legislativa interpretata (il d. lgs. n. 22 del 1997).

Ne segue una babele applicativa nel campo del diritto penale ambientale. Con alcuni giudici di merito<sup>5</sup> che disapplicano la norma interpretativa, in nome del primato del diritto comunitario, pacificamente estendibile alla giurisprudenza interpretativa della Corte di Giustizia. E la Cassazione invece che – tranne un’isolata pronuncia<sup>6</sup> - si orienta diversamente, riconoscendo i giudici penali vincolati alla norma d’interpretazione autentica, anche in considerazione della natura non autoapplicativa della direttiva comunitaria disattesa<sup>7</sup>.

In questo contesto – aggravato dall’apertura di un procedimento di infrazione contro l’Italia per mancato rispetto del diritto comunitario<sup>8</sup> – il Tribunale di Terni<sup>9</sup> promuove rinvio pregiudiziale d’interpretazione alla Corte di Giustizia, che si pronuncia l’11 novembre 2004 con la sentenza *Niselli*, secondo la quale la nozione comunitaria di “rifiuto” non può essere interpretata nel senso prescritto dalla normativa di favore sopravvenuta.

**8.** Ancor più sorprendente - e massimamente istruttivo - è il seguito della sentenza *Niselli*. Non tanto sul piano giurisprudenziale, dove non si registrano ancora pronunciamenti significativi: né nel giudizio di rinvio (attualmente sospeso) né a livello di Cassazione.

E’ l’applicazione amministrativa a fare problema. All’indomani della sentenza *Niselli*, alcune Capitanerie di porto rivolgono al ministero dell’ambiente il quesito se l’amministrazione sia vincolata alla normativa interna ovvero abbia il potere/dovere di disapplicarla, secondo l’insegnamento della Corte costituzionale [sent. n. 389/1989]. La risposta ministeriale è *tranchant*<sup>10</sup>. La premessa è che la direttiva comunitaria in materia di rifiuti non è autoapplicativa e la sentenza

---

<sup>5</sup> Trib. Udine, Ufficio del GIP, 14 ottobre 2002, in *Ambiente*, 2003, n. 1, 79 ss.; Trib. Grosseto, 12 giugno 2003, n. 571, in [www.lexambiente.com](http://www.lexambiente.com).

<sup>6</sup> Cass., Sez. III pen., 27 novembre 2002, *Ferretti*, in *Foro it.*, 2003, II, 116 ss.

<sup>7</sup> Cass., Sez. III pen., 13 novembre 2002, *Passerotti*, in *Dir pen proc.*, 2003, 1267 ss.; Id., 15 aprile 2003, n. 17656, *Gonzales*, in *Riv. pen.*, 2003, 726 ss.; Id., 2 ottobre 2003, n. 37508, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it); Id., 25 novembre 2004, n. 45582, *ivi*; Id., 1 dicembre 2004, n. 46680, *ivi*.

<sup>8</sup> Cfr. Commissione CE, decisione n. 200/2213-C(2002)3868: la si può leggere in [www.tuttoambiente.it/euro/infraz1.html](http://www.tuttoambiente.it/euro/infraz1.html).

<sup>9</sup> Trib. Terni, ord. 20 novembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, II, 1800 ss.

<sup>10</sup> Cfr. nota del Capo di Gabinetto, 17 gennaio 2005 (di cui ampi stralci in [www.dirittoambiente.com](http://www.dirittoambiente.com)), oggetto anche della risposta ad interpellanza urgente n. 2-01445, Camera, seduta n. 588 del 17 febbraio 2005.

*Niselli* non produce effetti diretti nell'ordinamento interno ma solo sulla normativa comunitaria interpretata: quindi non c'è contrasto tra normativa interna e comunitaria, semmai un problema di armonizzazione tra ordinamenti che spetta al legislatore risolvere. Ne consegue il divieto di disapplicare la norma interna perché, comportando l'applicazione della direttiva, si violerebbe il principio di legalità. Dunque, in attesa di una nuova formulazione della nozione di "rifiuto" da parte del legislatore (interno o comunitario), le autorità nazionali sono vincolate al decreto legge interpretativo. Il tutto – chiosa il ministero - giustificato dalla necessità di evitare incertezze del diritto e di garantire l'eguaglianza di trattamento.

La risposta ministeriale è espressione di un indirizzo politico consapevole. All'indomani del pronunciamento della Corte di Giustizia, infatti, è entrata in vigore la legge delega 15 dicembre 2004, n. 308 per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale. E un suo articolo di immediata applicazione [art. 1, comma 26] testualmente tiene fermo quanto disposto dalla norma d'interpretazione autentica, benché condannata dal giudice comunitario sia in sede interpretativa (sentenza *Niselli*), sia per accertato inadempimento (sentenza 7 ottobre 2004).

**9.** La vicenda "rifiuti", dunque, descrive una collisione frontale tra diritto interno e diritto comunitario.

Non è bastato l'intervento interpretativo della Corte di Giustizia. Non è bastata la condanna dell'Italia per inadempimento comunitario. Non è bastata nemmeno la presenza di un regolamento comunitario (CEE n. 259/93) il quale, recependo la definizione normativa della precedente direttiva, «*ha istituito una definizione di rifiuto che si applica direttamente [...] anche all'interno di qualsiasi Stato membro*»<sup>11</sup>, legittimando dunque una disapplicazione diffusa della norma interna. Nonostante tutto, la norma penale di favore sopravvive e trova applicazione, giurisprudenziale e amministrativa.

Qui si tocca con mano quanto azzardato sarebbe assumere a regola le conclusioni dell'Avvocato Kokott - nella vicenda "falso in bilancio" - secondo le quali «*il giudice di uno Stato membro è tenuto a dare applicazione ai precetti di una direttiva, senza adire preventivamente il giudice costituzionale nazionale, disapplicando una legge penale più favorevole adottata successivamente al reato, se e in quanto tale legge contrasti con una direttiva*» [punto 170, n. 7]. E' vero il contrario: la certezza del diritto smarrita si recupera solo passando attraverso l'effetto *erga omnes* di un controllo accentrato.

E' quanto tenta di fare, ancora una volta, nella vicenda "rifiuti" il Tribunale di Terni<sup>12</sup>, che giustifica la scelta dell'eccezione di costituzionalità «*per diversi motivi in punto di diritto*»: l'orientamento della giurisprudenza di

---

<sup>11</sup> Così già la sentenza *Tombesi* [punto 46].

<sup>12</sup> Trib. Terni, ord. 2 febbraio 2005, in [www.unife.it/amicuscuriae](http://www.unife.it/amicuscuriae).

Cassazione, che nega l'influenza delle sentenze della Corte di Giustizia nella definizione di "rifiuto"; i dubbi sulle conseguenze penali sfavorevoli derivanti dalla eventuale disapplicazione della norma interna. Lo strumento adoperato per bussare alla porta di Palazzo della Consulta è il nuovo art. 117, comma 1, Cost. L'argomento trainante per superare lo scoglio dell'inammissibilità è di *kokottiana* memoria (se così posso dire): nel caso di specie la declaratoria di incostituzionalità richiesta non introdurrebbe nuovi reati o aggravati di pena, limitandosi a rimuovere la norma successiva che restringe l'ambito di applicazione della fattispecie penale precedente.

Sono le stesse esigenze di fondo - e le identiche strategie argomentative - che si rintracciano nelle tre ordinanze palermitane che introducono a Corte la *quaestio legitimitatis* sul "falso in bilancio"<sup>13</sup>. Qui, davvero, le due vicende si sovrappongono.

Ed è certamente nella disponibilità della Corte costituzionale lo strumento più adeguato alla bisogna. Il controllo diffuso del giudice interno per contrasto con il diritto comunitario derivato non si traduce nella caducazione della norma interna incompatibile, bensì nella sua mancata applicazione al caso di specie oggetto della cognizione del giudice nazionale. Si tratta di una «non applicazione» [sent. n. 168/1991] che lascia dunque in circolo la norma penale di favore. Come la vicenda "rifiuti" insegna.

Diversamente, una sua declaratoria d'incostituzionalità modulata diacronicamente (come proposto nella relazione di Marilisa D'Amico) produrrebbe un effetto di annullamento *in parte qua*, capace di circoscrivere l'ambito di applicazione della norma penale favorevole. Inoltre, una volta annullata dalla Corte, la sua riproduzione legislativa - cosa accaduta nella vicenda "rifiuti" con la citata l. n. 308 del 2004 - sarebbe preclusa dal divieto di violazione del giudicato costituzionale, *ex art. 137, comma 1, Cost.*

**10.** Tale tipologia decisoria avrebbe soprattutto il merito di risolvere il problema istituzionale che resta sullo sfondo delle vicende "rifiuti" e "falso in bilancio" ma che, giustamente, la relazione di Marilisa D'Amico porta in primo piano: davvero la Costituzione impone comunque l'applicazione della norma penale di favore illegittima ai reati commessi *prima* della sua entrata in vigore?

Le ragioni di equità, di coerenza ordinamentale, del venir meno di esigenze di prevenzione generale e speciale - che fondano il principio del *favor rei* - non verrebbero stressate da una modulazione applicativa della norma penale più favorevole correlata al *tempus commissi delicti*: in merito, le argomentazioni dell'Avvocatura Generale [punti 154-168] non zoppicano, trascendono il solo ordinamento comunitario e paiono valide anche nell'ipotesi di *lex mitior* incostituzionale.

---

<sup>13</sup> Trib. Palermo, Ufficio del GUP, ordinanze 22 novembre 2002; 21 gennaio 2003; 6 marzo 2003, tutte in [www.unife.it/amicuscuriae](http://www.unife.it/amicuscuriae).

Resta l'ostacolo di un giudice delle leggi che motiva – nel senso della inammissibilità – il proprio rifiuto a pronunciare sentenze *in malam partem*. Tale orientamento cela, dietro la formula processuale, un bilanciamento di valori costituzionali tra il prevalente principio di stretta legalità e il soccombente valore costituzionale che si assume violato (e che la Corte è chiamata a perseguire attraverso un'operazione manipolativa). A me sembra un bilanciamento in disequilibrio, laddove comporta la piena retroattività di una norma penale di favore illegittima. Con il risultato di creare un vuoto di tutela costituzionale che si traduce, molto concretamente, in una garanzia di impunità nella totale disponibilità della maggioranza parlamentare del momento.

Una vera e propria zona franca, che fa girare a vuoto il diritto-dovere, dalla Corte sempre rivendicato, di sindacare la discrezionalità del legislatore in materia penale sotto il profilo della sua proporzionalità [*ex plurimis*, sent. n. 409/1989]. Perché dunque circoscrivere tale controllo alla sola misura edittale della pena e non includervi anche la sua estensione temporale retroattiva? E' davvero impossibile declinare il sindacato costituzionale sulla proporzionalità di una norma penale di favore non solo in termini *sincronici* ma anche *diacronici*, escludendone l'applicazione ai reati consumati *prima* della sua entrata in vigore?

Andrea PUGIOTTO

*Publicato il 29 gennaio 2007*