

Il bizzarro caso dei pesci “*in malam partem*”.

Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell’atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario

Carlo Sotis – Marinella Bosi

SOMMARIO. 1. – Introduzione. 2. – Il Caso “Trinca”: i margini nazionali e comunitari di tolleranza per i tonni rossi 3. – Vicende di sostituzione del diritto Ce nell’integrazione “tecnica” della norma incriminatrice. 4. – L’ammissibilità della previsione di un margine nazionale di tolleranza per le altre specie. 5. – L’illegittimità dello specifico margine previsto nell’art. 91 del d.p.r. del 1968. 6. – Illegittimità in assoluto della possibilità di prevedere un margine nazionale o illegittimità dello specifico margine previsto nell’art. 91 d.p.r. del 1968? La “prova del nove”. 7. – Il rapporto tra la non applicazione del diritto nazionale di favore, ma contrastante con il diritto comunitario e la disapplicazione dell’atto amministrativo di favore. 7.1. – *Non applicazione per contrasto con la normativa comunitaria della disposizione sublegislativa più favorevole.* 7.2. – *Disapplicazione per contrasto alla legge della disposizione sublegislativa più favorevole.* 7.3. – *Non applicazione e disapplicazione. Tra la forma della legalità e la sostanza della ragionevole prevedibilità.* 8. – Ricostruzione. Una soluzione giuridica necessariamente insoddisfacente.

1. Introduzione

Tempo addietro abbiamo letto un breve commento a firma di Angela Colella pubblicato in questa rivista¹ sulla sentenza Trinca con cui la Corte di Cassazione, in tema di pesca del novellame, ha ritenuto di non dover applicare la disciplina penale nazionale più favorevole perchè in contrasto con il diritto comunitario. Quel commento ci ha incuriosito inducendoci a leggere la citata sentenza e, in seguito, la giurisprudenza e la complessa normativa, nazionale e comunitaria, interessata. Ne è emerso un quadro assai interessante di interferenze *in malam partem* tra il diritto comunitario e il diritto nazionale. L’interesse, come sempre, risiede nella natura caleidoscopica della tematica, per cui ogni profilo coinvolto ne cela e ne chiama in causa altri. Tutti ad alto tasso di complessità teorica. Solo per citarne alcuni: tenuta del principio di legalità in caso

¹ A. COLELLA, *Cass. pen., sez. III, 19.1.2011 (dep. 23.2.2011), Pres. De Maio, Rel. Amoresano, ric. Trinca, Una nuova ipotesi di applicazione diretta in malam partem del diritto della UE: la Corte di Cassazione disapplica la normativa interna che prevede un margine di tolleranza del 10% al divieto di pesca e commercializzazione del novellame e afferma, conseguentemente, la responsabilità penale dell'imputato* in questa Rivista, 4 marzo 2011.

di normativa comunitaria integratrice del precetto penale ad effetto espansivo; solidità del criterio della natura tecnica della norma integratrice, estrema complessità della normativa interessata, specificità dei criteri di interpretazione delle norme tecniche; incerta qualifica di una norma nazionale di favore di dubbia legittimità, e *soprattutto*, analisi del delicato rapporto tra la disapplicazione dell'atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e la non applicazione della norme nazionali (di favore) in contrasto con il diritto comunitario.

Ma procediamo con ordine. Come in un gioco di scatole cinesi, la definizione di ogni questione ne apre automaticamente un'altra. Conviene allora nelle pagine che seguono rispecchiare la medesima sequenza di problemi che si sono a noi presentati nello studio di questa vicenda. A cominciare dal caso da cui siamo partiti: la sentenza della Sezione III della Cassazione Penale del 19.1.2011, "Trinca", in tema di pesca dei *tonni rossi*.

2. Il Caso Trinca: i margini nazionali e comunitari di tolleranza per i tonni rossi

Questa vicenda aveva ad oggetto la vendita da parte di un fornitore (il Sig. Trinca) di due esemplari di tonno rosso di dimensioni inferiori a 80 cm e di peso inferiore a 10 Kg.

Il fatto è previsto dalla legge n. 963 del 1965, in materia di pesca marittima, che nel combinato disposto dei suoi art. 24 comma 1 e art. 15 lett. comma 1 lett. c) punisce alternativamente con l'arresto o con l'ammenda chi pesca, detiene, trasporta e commercia il *novellame* di qualunque specie vivente marina². Nella versione originaria della disciplina l'oggetto materiale del reato – il novellame – cioè gli esemplari di una specie marina non arrivati all'età adulta – è definito da una serie di atti sublegislativi ai quali la legge stessa demanda la specificazione. Tali atti sono poi stati sostituiti da una serie di regolamenti comunitari che si sono succeduti nel tempo e che si intrecciano tra loro diversificandosi a volte per tipo di specie. Tuttavia – e *arriviamo al cuore del problema di tutta la vicenda* – il regolamento emanato in chiave di specificazione tecnica successivamente all'approvazione della legge del 1965, oltre a definire le misure del novellame per le varie specie di pesci, prevede *attualmente* anche una norma di portata generale (e dirompente) con cui si stabilisce che "(...) per ogni specie, sul totale catturato è tollerata la presenza di non più del 10% calcolato sul peso e, ove possibile, sul volume, di esemplari aventi dimensioni inferiori a quelle previste (...) (art. 91

² Più dettagliatamente, l'art. 15 c. 1 lett. c) della legge citata prevede il fatto del reato: "Al fine di tutelare le risorse biologiche delle acque marine ed assicurare il disciplinato esercizio della pesca, è fatto divieto di (...)

c) pescare, detenere, trasportare e commerciare il novellame di qualunque specie vivente marina oppure le specie di cui sia vietata la cattura in qualunque stadio di crescita, senza la preventiva autorizzazione del Ministero della marina mercantile", mentre l'art. 24 c.1 della stessa legge stabilisce la pena ad esso ricollegata: "Chiunque violi le disposizioni dell'articolo 15, lettera c), è punito, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, con l'arresto da un mese ad un anno o con l'ammenda da lire un milione a lire sei milioni".

d.p.r. 1968)”. Tale margine di tolleranza, assente nella versione originaria del regolamento di esecuzione³, che prevedeva solo la soglia del 10% rispetto alle dimensioni previste per i pesci (art. 87)⁴, veniva introdotto da un decreto ministeriale del 1983⁵. Per ora è sufficiente indicare che la norma citata, come segnalato cursoriamente in molte delle sentenze in cui ci siamo imbattuti⁶ ha l’effetto di rendere nei fatti inapplicabile il reato previsto nella legge del 1965 poiché, come il pescato “scende a terra”, un limite generale sul totale catturato posto in questi termini rende impossibile accertare che il singolo pesce o la singola cassetta trovata “fuori misura” costituisca o meno quantità maggiore o minore del 10% del totale *catturato* dal peschereccio da cui proviene.

Nel caso di specie il tribunale di prime cure (il giudice di Savona) ha ritenuto non doversi applicare tale limite perchè in contrasto con il diritto comunitario. La normativa comunitaria *in tema di tonni rossi* vigente al momento della commissione dei fatti (Reg. Ce n. 51/2006 del 22.12.2005, all. III, parte D. 20)⁷, infatti, oltre ad individuare le misure minime per la specie in 10 kg o 80 cm, *escludeva espressamente l’ammissibilità di margini di tolleranza per la pesca di esemplari di tonno rosso sottomisura*⁸. Pertanto il giudice di merito condannava il Sig. Trinca. L’imputato ricorreva in Cassazione lamentando l’inosservanza e/o erronea applicazione dell’art. 91 del DPR 1639/68 e del regolamento Ce n. 51/2006⁹.

³ L’art. 91 del d.p.r. 2 ottobre 1968, n. 1639, rubricato “divieto di detenzione di organismi sotto misura”, nella versione originaria pubblicata in G.U. del 25/07/1969, n. 188 si limitava a prevedere che “gli esemplari di pesci, crostacei e molluschi, di dimensioni inferiori a quelle stabilite negli articoli che precedono, eventualmente catturati” dovessero essere rigettati in mare e che tanto dovesse essere fatto con le femmine di astice e di aragosta, di qualsiasi lunghezza, recanti uova sotto l’addome.

⁴ Art. 87 c. 3 del d.p.r. 1639/1968: “Nel prodotto della pesca è tollerata la presenza di pesci aventi dimensioni inferiori a non più del 10 per cento di quelle indicate al comma precedente”.

⁵ La modifica normativa avveniva per effetto dell’art. 1, d.m. 21 aprile 1983, emesso dal Ministro della Marina Mercantile e pubblicato in G.U. del 29 aprile 1983, n.116. In precedenza, l’unico margine di tolleranza era previsto dall’art. 87 c. 2 del d.p.r. n. 1639/1968, che stabiliva che nel prodotto della pesca fosse tollerata “la presenza di pesci aventi dimensioni inferiori a non più del 10 per cento di quelle indicate al comma precedente”.

⁶ Ci si riferisce a Cass. Pen., Sez. III, 15 giugno 1998, n. 8790, Cass. Pen., Sez. III, 23 gennaio 2004, n. 8428 e Cass. Pen., Sez. III, 10 marzo 2005, n. 14281. In questi casi, la Suprema Corte ha affermato che la scelta di riferire la soglia di tolleranza all’intero pescato prima della sua distribuzione in commercio rende impossibile l’affermazione della penale responsabilità di colui che, avendo acquistato solo parte della partita, non può essere a conoscenza dei dati relativi al novellame complessivamente presente nel pescato. Ciò non si verificherebbe solo nell’ipotesi, del tutto inconsueta, in cui *tutto* il pesce catturato fosse stato consegnato ad un unico commerciante.

⁷ Il regolamento Ce citato dettava le “possibilità di pesca e le condizioni ad esse associate” valide per l’anno 2006 nelle acque comunitarie e per le navi comunitarie, in altre acque dove sono imposti limiti di cattura. Gli accertamenti della Capitaneria di Porto di Savona dai quali prendeva il via la vicenda Trinca si svolgevano in data 18.10.2006, e dunque in piena vigenza di tale regolamento.

⁸ Più precisamente, la norma stabiliva al primo comma che “in deroga alle disposizioni dell’articolo 6 e dell’allegato IV del regolamento (Ce) n. 973/2001, la taglia minima per il tonno rosso pescato nel Mediterraneo è di 10 Kg o di 80 cm”, ed al secondo comma che “in deroga alle disposizioni dell’art. 7, paragrafo 1 del regolamento (Ce) n. 973/2001, non è concesso alcun margine di tolleranza per il tonno rosso pescato nell’Atlantico orientale e nel Mediterraneo”.

⁹ A tal proposito, la difesa dell’imputato argomentava che, in materia di novellame, l’Unione Europea si limita a indicare le misure limite del pescato, lasciando libero il legislatore nazionale di valutare le sanzioni opportune e che, in questa libera valutazione, il legislatore italiano aveva deciso di non punire la pesca di novellame che si mantenesse nell’ambito del 10% dell’intero pescato.

La Suprema Corte, nel rigettare il ricorso, richiama l'orientamento più recente nell'applicazione della norma, a cui ritiene di aderire: “*le disposizioni interne che prevedono un margine di tolleranza del 10% sono in contrasto con la normativa comunitaria*”, in quanto quest'ultima “*non prevede alcuna deroga al divieto di pesca e di commercializzazione del novellame*”. In particolare, i giudici di legittimità affermano che l'art. 15 della citata legge del 1965 “*non ha carattere generico e non ha bisogno, per concretizzarsi e divenire attuale, di essere necessariamente integrato*¹⁰ *dal contenuto di atti normativi secondari*”. Pertanto, il d.p.r. n. 1639/1968 e le sue successive modifiche possono contenere solo una “*specificazione tecnica di dettaglio*”, che tuttavia - è qui lo snodo su cui si insiste - non possono porsi in contrasto con il regolamento Ce n. 1626/94 (sic!), il quale non introduce nuove fattispecie incriminatrici (essendo il reato di pesca di novellame già previsto dalla legge nazionale). Da ciò consegue che, ove l'antinomia sia evidente (come, ritiene la Corte, nel caso *de quo*), il giudice debba disapplicare la disposizione contrastante con la fonte comunitaria.

Innanzitutto desta perplessità l'affermazione della Cassazione sulla natura non integratrice della normativa tecnica di specificazione dell'oggetto materiale del reato previsto nell'art. 15 comma 1 lett. c) della legge del 1965. Non ci sembra vi siano dubbi sul fatto che le normative regolamentari e comunitari che specifichino dal punto di vista tecnico le misure delle specie siano norme definitorie del concetto di novellame e che, in quanto tali, debbano considerarsi norme extrapenali *realmente integratrici*¹¹ del precetto penalmente sanzionato¹².

Ma, soprattutto, nell'argomentazione della suprema Corte è *l'improvvisa comparsa* del regolamento Ce n. 1626/94, in luogo del regolamento Ce n. 51/2006 applicato dal giudice di Savona, ad averci incuriosito e suggerito di procedere al tentativo di un'opera di ricostruzione della normativa comunitaria in materia ittica dotata di rilevanza penale in *bonam* o *malam partem* rispetto al reato di divieto di pesca del novellame, previsto dal legislatore nazionale. Come si avrà modo di riferire nei prossimi paragrafi, questa ricerca si è rivelata di notevole complessità, sia per la tendenza del legislatore comunitario ad aggiornare e modificare a breve distanza di tempo le misure soglie per qualificare il pescato come “novellame”, sia per una forte

¹⁰ Corsivo nostro.

¹¹ Per la natura realmente integratrice del precetto v. ora la disamina di G. GATTA, *Abolition criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, 2008, in particolare p. 82 ss. Fondamentali poi i due “classici” di M. ROMANO, “*Repressione della condotta antisindacale*”, Milano, 1974, in particolare p. 132 ss. e D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976 in particolare p. 189.

¹² A ben guardare inoltre, è la stessa Cassazione, al di là di alcune infelici formule testuali che tornano ricorsivamente nei vari precedenti, ad affermare la natura realmente integratrice del precetto della normativa comunitaria. In una sentenza in tema in cui si è escluso che l'ignoranza sulla normativa comunitaria costituisca errore invincibile sul precetto la suprema Corte per affermare doversi applicare l'art. 5 c.p. (errore sul precetto) e non la disciplina prevista nell'art. 47 3° comma (errore sul fatto derivante da errore sulla norma extrapenale) argomenta infatti in questo modo: “(...) un'ultima ragione che induce questo Collegio ad escludere la rilevanza, nel caso di specie, dell'errore su norma extrapenale; e cioè, che nel caso di norma penale in bianco (come pacificamente la dottrina ha inquadrato quella di cui alla L. n. 963 del 1965, art. 15), che punisce l'inosservanza di un divieto posto da altra fonte normativa esterna al precetto penale, l'eventuale ignoranza della norma extrapenale (della fonte, cioè, la cui inosservanza è sanzionata dal precetto penale), non può mai trasformarsi in un errore sul fatto: ovvero su un'erronea convinzione della condotta da compiere un'azione diversa da quella effettivamente realizzata” Così Cass. Pen. sez III, ud. del 6 luglio 2009 n. 38087 in banca dati De Jure, Giuffrè, 2010.

differenziazione nella normativa da specie a specie, e talvolta anche da sottospecie a sottospecie, in quanto all'ammissione o meno di margini di tolleranza¹³.

Il richiamato regolamento Ce n. 1626/94, sul quale si è andato consolidando l'orientamento seguito dalla Suprema Corte *anche nel caso Trinca*, non era invece quello conferente con il caso in esame perchè, come detto, era la *speciale* disciplina prevista nell'allegato III D. 20. del Regolamento Ce n. 61 del 2006 a contenere la disciplina appositamente dedicata *ai tonni rossi*.

Per dovere di cronaca (e per segnalare l'estrema complessità e farraginosità della normativa) va poi segnalata la avvenuta abrogazione del regolamento Ce n. 1626/94 ad opera dell'art. 31 del successivo regolamento Ce n. 1967/2006¹⁴, emanato un anno dopo il regolamento Ce n. 51/2006, *quello* – lo ripetiamo - *applicabile ai fatti del caso Trinca*. Le misure limite e le soglie di tolleranza relative alla specie del tonno rosso dettate dalla normativa comunitaria hanno poi subito *ulteriori modifiche* nel 2007¹⁵ in occasione dell'adozione del nuovo piano di ricostituzione per il tonno rosso raccomandato dalla Commissione internazionale per la

¹³ Assai numerosi sono i regolamenti europei che prevedono divieti di pesca con riferimento esclusivo a talune specie e validi solo per le navi di taluni Stati Membri, quali, tra i più recenti, il regolamento Ue n. 79/2011 del 01.02.2011, che dispone il divieto di pesca dell'*ippoglossa nera* per le navi battenti bandiera spagnola in determinate zone, a seguito dell'esaurimento del contingente stabilito nell'anno 2010, e il regolamento Ue n. 1072/2010, che dispone il divieto di pesca del *gamberello boreale* per le navi battenti bandiera italiana, per gli stessi motivi. Il principale strumento per la tutela e conservazione delle specie ittiche da parte della Comunità Europea è, infatti, la previsione annuale di contingenti e stock di cattura per ciascun Stato Membro (c.d. TAC, *totale ammissibile di cattura*), che non debbono essere superati. Con riferimento agli atti normativi che qui interessano (regolamenti che prevedono le misure minime degli esemplari e gli eventuali margini di tolleranza) la difficoltà maggiore per l'interprete risiede nella ricostruzione della loro successione nel tempo, con riferimento alla specie ittica venuta in rilievo nel caso di specie, come si evince dal caso Trinca.

¹⁴ Il regolamento è datato 21 dicembre 2006 ed è stato pubblicato in G.U. dell'Unione Europea L. 409 del 30 dicembre 2006. Esso è pertanto è successivo ai fatti della vicenda Trinca. Alla base dell'abrogazione stanno le ragioni riportate nel considerando n. 11 del regolamento: "Occorre adottare nuove misure tecniche per la pesca che sostituiscano quelle stabilite dal regolamento (Ce) n. 1626/94 del Consiglio (...) per tenere conto dei nuovi pareri scientifici. Occorre inoltre tenere conto dei principali elementi del piano d'azione per la conservazione e lo sfruttamento sostenibile delle risorse della pesca nel Mediterraneo nell'ambito della politica comune della pesca".

¹⁵ Regolamento Ce n. 643/2007 dell'11.06.2007 pubblicato in G.U. dell'Unione Europea L. 151/1 del 13.06.2007. La nuova taglia minima del tonno rosso veniva individuata nel peso di 30 kg e nella lunghezza di 115 cm, che scendono però rispettivamente a 8 kg e 75 cm in alcuni casi espressamente previsti. Vale a dire: in caso di "a) tonno rosso catturato nell'Atlantico orientale da tonniere con lenze a canna, imbarcazioni con lenze trainate e pescherecci da traino pelagici; b) tonno rosso catturato nel mare Adriatico a fini d'allevamento" (art. 80 octies del regolamento Ce n. 643/2007). Specifiche disposizioni venivano poi dettate per la tutela della specie in caso di pesca ricreativa. L'art. 80 undecies del regolamento Ce n. 643/2007 stabiliva infatti che "1. Nell'ambito della pesca ricreativa è vietato catturare, detenere a bordo, trasbordare e sbarcare più di un esemplare di tonno rosso per bordata di pesca. 2. È vietata la commercializzazione di tonno rosso catturato nell'ambito della pesca ricreativa, salvo per fini caritativi (...) 4. Ciascuno Stato membro adotta i necessari provvedimenti per garantire, per quanto possibile, il rilascio dei tonni rossi catturati vivi nell'ambito della pesca ricreativa, in particolare del novellame". Tuttavia, ciò che più interessa, è la previsione di una tolleranza dell' 8% di "catture accessorie", espressione con cui si indica ciò che viene catturato non intenzionalmente durante la pesca. L'art. 80 decies del regolamento Ce n. 643/2007 disponeva infatti che "Tutti i pescherecci che praticano la pesca attiva o passiva del tonno rosso sono autorizzati a prelevare non oltre l'8 % di catture accessorie di tonno rosso di peso compreso tra 10 e 30 kg". La norma prevedeva poi che tale percentuale venisse calcolata in base alle catture accessorie totali di tonno rosso effettuate dai suddetti pescherecci, in numero di esemplari per sbarco, o all'equivalente peso, espresso in percentuale.

conservazione dei tonnidi dell'Atlantico (ICCAT). Un nuovo piano di ricostituzione veniva poi adottato nell'anno 2009¹⁶. Infine, recentemente il regolamento Ue n. 57/2011¹⁷ è tornato a parlare di tonni.¹⁸

Insomma, il quadro normativo, come correttamente ricostruito dal giudice di Savona, era più semplice e lineare di come stabilito dalla Cassazione. Per i tonni rossi infatti la disciplina comunitaria vigente al momento della commissione dei fatti conteneva una disposizione (l'all. III D. 20 del reg. Ce n. 61 del 2006) che oltre a dettare le misure *escludeva espressamente l'ammissibilità di qualunque margine di tolleranza nella misura del tonno rosso*.

3. Vicende di sostituzione del diritto Ce nell'integrazione "tecnica" della norma incriminatrice

In questo caso di conseguenza, una volta chiarito il quadro normativo e la "svista"¹⁹ della Cassazione è lampante la contrarietà con il diritto comunitario di tutte le norme sublegislative nazionali: *per i tonni rossi* è

¹⁶ Regolamento Ce n. 302/2009 del 22 luglio 2009. L'articolo 9, rubricato "Taglia minima e misure specifiche per alcune attività di pesca" ha individuato al I comma la taglia minima per il tonno rosso nell'Atlantico orientale e nel Mediterraneo è di 30 kg o 115 cm, ma prevedendo al II comma casi nei quali la taglia minima scende a 8 kg o 75 cm. In particolare: "a) tonno rosso catturato nell'Atlantico orientale da tonniere con lenze a canna e imbarcazioni con lenze trainate; b) tonno rosso catturato nel Mare Adriatico a fini di allevamento; c) tonno rosso catturato nel Mediterraneo nell'ambito della pesca costiera artigianale di pesce fresco da tonniere con lenze a canna, pescherecci con palangari e pescherecci con lenze a mano". Per questi casi, tuttavia, i successivi commi dell'art. 9 impegnano il Consiglio a stabilire dei limiti, relativi, ad esempio, al numero massimo di tonniere con lenze a canna e imbarcazioni con lenze trainate autorizzate, ovvero il numero massimo di navi da cattura autorizzate a praticare la pesca attiva del tonno rosso nel Mare Adriatico a scopo di allevamento. Quindi, i paragrafi 12, 13, 14 stabiliscono che "Catture accidentali per un massimo del 5 % di tonno rosso di taglia compresa fra 10 kg o 80 cm e 30 kg sono autorizzate per tutte le navi da cattura che praticano la pesca attiva di tale specie. La percentuale di cui al paragrafo 12 è calcolata in base alle catture accidentali totali di tonno rosso effettuate dalle suddette navi da cattura, in numero di esemplari per sbarco, o all'equivalente peso, espresso in percentuale. Le catture accidentali sono detratte dal contingente assegnato allo Stato membro di bandiera". Viene ammesso, quindi, un margine di tolleranza del 5%, per esemplari che rispettino comunque precise caratteristiche di taglia.

¹⁷ regolamento Ue n. 57/2011 del 18 gennaio 2011, che stabilisce, per il 2011, le possibilità di pesca per alcuni stock ittici o gruppi di stock ittici, applicabili nelle acque dell'Ue e, per le navi dell'Ue, in determinate acque non Ue.

¹⁸ Il capo III del citato regolamento del 2011 è dedicato alle possibilità di pesca nelle acque regolamentate da organizzazioni regionali di gestione della pesca. Prendendo in considerazione la zona della Convenzione ICCAT, l'art. 16 (Limitazioni della capacità di pesca, di allevamento e di ingrasso del tonno rosso) rimanda agli allegati per l'individuazione del numero di tonniere Ue con lenze a canna e imbarcazioni Ue con lenze trainate autorizzate a praticare la pesca attiva di tonno rosso. La norma riferisce incidentalmente le misure del tonno per le quali è autorizzata la pesca, rimaste stabili a quelle del precedente regolamento del 2009 (taglia compresa tra 8 kg/75 cm e 30 kg/115 cm). Si citi ad esempio il comma 3, riguardante la pesca del tonno rosso nel "nostro" mare Adriatico: "Il numero di navi Ue dedite alla pesca del tonno rosso nel mare Adriatico a fini di allevamento e autorizzate a praticare la pesca attiva di tonno rosso di taglia compresa tra 8 kg/75 cm e 30 kg/115 cm è limitato conformemente a quanto disposto nel punto 3 dell'allegato IV". Poiché il regolamento in questione si occupa principalmente di aggiornare la disciplina delle TAC, le norme sulle catture accessorie dettate dai regolamenti precedenti in riferimento alla zona ICCAT sono ovviamente ancora in vigore.

¹⁹ Per carità, la "svista" è del tutto comprensibile, avendo a mente da una parte la farraginosità della normativa comunitaria e dall'altra il carico di lavoro a cui è sottoposta la suprema Corte, in fondo chi scrive pur non essendo certo prima volta che si detreggia tra le normative tecniche comunitarie, ci ha messo una settimana piena solo per farsi un'idea della normativa e a più riprese abbiamo poi "scoperto" l'esistenza nuove discipline (a riguardo si vedano le note precedenti).

il diritto comunitario a prevedere sia la misura, sia, per così dire, il metro, esso quindi contraddice *in toto* le corrispondenti norme nazionali. La sostituzione tuttavia opera *in malam partem* (*rectius*: ad effetto espansivo).

Una volta appurato che la normativa comunitaria integratrice *in materia di tonni rossi* sia in evidente contrasto con la corrispondente normativa nazionale integratrice²⁰ occorre tuttavia chiedersi se la disciplina comunitaria possa legittimamente sostituirsi a quella nazionale che è precedente e subordinata, ma *più favorevole*.

In proposito gli angusti limiti attraverso cui il diritto comunitario può procedere ad un vicenda sostitutiva della normativa nazionale *realmente integratrice* del precetto *ad effetto espansivo* dipendono in prima battuta – e analogamente da quanto avviene in caso di integrazione del precetto ad opera di atto sublegislativo – a seconda che l'integrazione costituisca o meno carattere di specificazione tecnica dei criteri stabiliti dalla legge²¹.

Tuttavia non è possibile mutuare *sic et simpliciter* le soluzioni in chiave di specificazione tecnica con cui si afferma la legittimità dell'integrazione della norma incriminatrice ad opera della fonte sublegislativa al caso in cui l'integrazione avvenga ad opera di un atto di diritto comunitario. Questo perchè, come è stato chiarito²², se l'integrazione della norma incriminatrice da parte del diritto comunitario è *assimilabile* all'integrazione da parte degli atti nazionali sublegislativi, perchè entrambi sono sprovvisti di competenza penale, tuttavia le due ipotesi sono anche *profondamente diverse*.

Il diritto comunitario è infatti *sovraordinato*, e *non subordinato*, alla legge. La dinamica tipica che si instaura quindi tra diritto comunitario e legge nazionale è radicalmente diversa da quella che si instaura tra legge nazionale e normazione secondaria di tipo tecnico. La legittima normazione secondaria nazionale è infatti quella emanata in chiave di specificazione e *alla luce dei criteri indicati dalla legge*. Il diritto comunitario, anche quello di pura specificazione tecnica, invece, non viene mai – ovviamente! – emanato 'nel quadro dei criteri e obiettivi indicati dalla legge nazionale'.

Di conseguenza, per valutare la legittimità delle ipotesi ad effetti espansivi nelle quali la normativa comunitaria integratrice della norma incriminatrice nazionale si sostituisca alla precedente disciplina (nazionale o comunitaria), *oltre* a valutare la *natura tecnica* della disciplina integratrice occorre *anche*

²⁰ Il contrasto con la normativa interna si manifesta sia rispetto al regolamento n. 51 del 2006, che escludeva la possibilità di qualsiasi margine di tolleranza, sia rispetto alle disposizioni più recenti dei Regolamenti n. 643 del 2007 e n. 302 del 2009, che prevedono una diversa e, se ci è concesso l'ossimoro, più 'rigorosa tolleranza' per le catture accessorie.

²¹ Cfr. per tutti M. ROMANO, "Repressione della condotta antisindacale", cit., p. 110 ss.. Sulla fragilità (e su alcuni paradossi) del criterio della natura tecnica collaudato al banco di prova di alcune recenti vicende (stupefacenti e usura in particolare) v. V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"* in Riv. it. dir. e proc. pen., 2010, p. 84 ss.

²² Cfr. G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo* in Dir. Un. eur., 200, p. 371, *amplius* C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*. Milano, 2007, p. 214 ss.

valutare che la norma tecnica comunitaria sia stata emanata *secondo lo stesso obiettivo e secondo i medesimi criteri tecnici di specificazione* posti dalla legge nazionale: se vi è continuità tecnica, ma discontinuità nei criteri e negli obiettivi la sostituzione ad effetto espansivo sarebbe illegittima²³.

Venendo al caso in esame possiamo dire che non vi è dubbio alcuno che il *criterio* attraverso cui si individua la misura e/o il peso dei tonni rossi da cui si inferisce il raggiungimento dell'età adulta di questa specie sia di tipo *tecnico*. La misura è infatti stabilita sulla base delle ricerche effettuate dall'ICCAT²⁴, l'organizzazione internazionale istituita proprio allo scopo di tutelare e gestire *dal punto di vista tecnico* la pesca dei tonnidi per le aree dell'Atlantico (e del Mediterraneo) che nel suo manuale dedicato ai vari aspetti scientifici (segnatamente biologici, biometrici, oceanografici ed ecologici) delle specie di tonnidi di competenza dell'ICCAT spiega, in modo genuinamente tecnico, perchè oggi ad esempio il limite del novellame dei tonni rossi debba essere fissato a 115 centimetri e a 30 chilogrammi. Nel motivare questa misura si fa esclusivamente riferimento ad argomenti di tipo scientifico, con ampi riferimenti alla letteratura in materia, alla carte di migrazione, allo sviluppo ormonale medio dei tonni rossi corrispondente alle differenti misure ed ad altre informazioni del medesimo tipo²⁵. Le misure del tonno rosso stabilite dalla normativa comunitaria vigente *all'epoca*²⁶ della commissione dei fatti giudicata dalla Sentenza Trinca, così come i limiti di tolleranza previsti dalla successiva normativa comunitaria per il tonno rosso sono quindi senza dubbio alcuno misure di tipo tecnico²⁷, emanate alla luce della metodologia scientifica posta dall'ICCAT.

²³ Cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice* cit., p. 220 ss. Affiniamo quindi in questo scritto un'affermazione troppo netta che uno di noi due aveva fatto in quella sua pubblicazione, da cui emergeva che in caso di sostituzione della normativa comunitaria a quella nazionale sublegislativa nessuno spazio di manovra fosse concesso in chiave espansiva. Quell'affermazione ad una più meditata lettura ci sembra vada chiarita e stemperata, infatti sia in caso di sostituzione di normativa (tecnica) comunitaria a precedente normativa comunitaria sia in caso di sostituzione di normativa (tecnica) comunitaria a precedente normativa nazionale deve concedersi un margine di ammissibilità per le ipotesi in cui siano, come affermato nel testo, perduranti il criterio e gli obiettivi di tipo tecnico posti.

²⁴ ICCAT è l'acronimo di *International Commission for the Conservation of the Atlantic Tunas*.

²⁵ Cfr. il manuale pubblicato sul sito dell'ICCAT alla pagina <http://www.iccat.es/fr/ICCATManual.asp?mId=5>. E' qui presente la prima edizione di questo manuale edita nel gennaio del 2010. Le pagine relative al tonno rosso sono p. 99 ss. (par. 2.1.5. del manuale). In particolare la parte dedicata alla misura è prevista nel sottoparagrafo 4 a pag. 103 ss del citato manuale.

²⁶ Il citato regolamento (Ce) n. 51/2006 del Consiglio, del 22 dicembre 2005, "che stabilisce, per il 2006, le possibilità di pesca e le condizioni ad esse associate per alcuni stock o gruppi di stock ittici, applicabili nelle acque comunitarie e, per le navi comunitarie, in altre acque dove sono imposti limiti di cattura" era il testo vigente per le misure e il metro del tonno rosso all'epoca di commissione dei fatti giudicati con la sentenza Trinca. Tale regolamento, come visto prevede all'all. III parte D par. 20. ss. la misura per i tonni rossi e l'esclusione di ogni margine di tolleranza. Tali misure sono state adottate alla luce dei criteri tecnici stabiliti dall'ICCAT (così recita il considerando n. 31 del Regolamento: "Nella sua riunione annuale del 2004 l'ICCAT ha adottato una serie di misure tecniche per alcuni stock di grandi migratori dell'Atlantico e del Mediterraneo, specificando tra l'altro una nuova dimensione minima per il tonno rosso, restrizioni alla pesca in zone e periodi determinati per proteggere il tonno obeso, misure riguardanti le attività di pesca sportiva e ricreativa nel Mare Mediterraneo, nonché un programma di campionamento per la stima della dimensione del tonno rosso in gabbia. Per contribuire alla conservazione degli stock ittici è necessario attuare tali misure nel 2006, in attesa dell'adozione del regolamento recante modifica del regolamento (Ce) n. 973/2001").

²⁷ Come si evince dal titolo (e dal contenuto) della sezione ad essi dedicato dal citato regolamento del 2007 (intitolato "Misure tecniche") le misure di tolleranza previste dalla normativa comunitaria per il tonno rosso (non più dell'8% del totale dei tonni prelevati da ogni peschereccio può essere di peso inferiore a quella prevista ma comunque mai di peso inferiore a 10 Kg) sono stabilite negli artt. 80 octies e 80 decies

Come detto, tuttavia, per aversi legittima integrazione ad effetto espansivo ad opera del diritto comunitario *non basta* valutare la natura tecnica di tale normativa, ma occorre *anche* valutare che essa sia stata emanata secondo i *medesimi criteri tecnici e obiettivi* posti dalla legge nazionale o che comunque questi siano stati fatti propri da una legge nazionale vigente al momento della commissione dei fatti. Questo è quello che pretende la riserva di legge in materia penale: *la decisione* “sul senso del divieto”, che il 25 secondo comma Cost. pone in via esclusiva in capo al legislatore parlamentare, in questi casi sta e cade insieme con la selezione degli obiettivi e dei criteri che determinano *quale* applicazione tecnica sia chiamata ad integrare in posizione di specificazione una determinata norma incriminatrice.

In proposito è possibile a nostro avviso affermare che siamo in presenza di una vicenda di *legittima* sostituzione ad effetto espansivo proprio perchè queste condizioni in questo caso *sono soddisfatte*. La legge quadro sulla pesca marittima n. 963 del 1965 nel demandare ad atti sublegislativi le specificazioni di tipo tecnico pone all’art. 14 *l’obiettivo* a cui devono tendere tali misure tecniche (art. 14 comma 1 l. 963 del 1965: “Il regolamento determina i limiti e le modalità idonee a garantire la tutela ed il miglior rendimento costante delle risorse biologiche del mare”), al successivo art. 32 è poi previsto che la normazione secondaria una volta emanata possa essere ulteriormente sostituita “al fine di adeguarla al progresso delle conoscenze scientifiche e delle applicazioni tecnologiche”. La legge fissa quindi sia *l’obiettivo* (garantire il rendimento costante delle risorse) sia il *criterio* (il progresso delle conoscenze e scientifiche e tecnologiche) a cui deve attenersi la disciplina di specificazione tecnica prevista nella normazione secondaria per il raggiungimento di quell’obiettivo. Ora, è agevole constatare come *il diritto comunitario si attenga agli stessi criteri e obiettivi*²⁸. Non solo, questa specificazione tecnica posta alla luce di quell’immutato obiettivo (il miglior rendimento costante delle risorse biologiche del mare) è demandata, per quanto concerne i tonnidi, a quanto stabilito da un’apposita commissione internazionale, l’ICCAT che opera anch’essa seguendo gli stessi obiettivi e criteri²⁹. Un’ulteriore conferma che il criterio sia immutato risulta anche dal fatto che far data dal agosto del 1997 l’Italia è parte dell’ICCAT³⁰ e ha quindi fatto suoi i criteri tecnici e obiettivi nel cui quadro opera questa organizzazione internazionale.

Possiamo quindi affermare che la sostituzione ad opera del diritto comunitario (e delle sue successive modificazioni) che ha preso il posto della normativa nazionale sublegislativa nell’individuare misura e metro del tonno rosso per l’integrazione del reato di pesca del novellame previsto all’art. 15 lett. c) della legge n.

²⁸ Cfr. ad esempio i “considerando” del citato regolamento (Ce) n. 51/2006 del Consiglio, a partire dal “considerando” n. 1 dove si fissano obiettivi (conservazione e sfruttamento sostenibile delle risorse della pesca) da raggiungere con criteri (tenendo conto delle conoscenze scientifiche) che sono gli stessi di quelli stabiliti dalla legge nazionale.

²⁹ Nel preambolo della Convenzione ICCAT si può leggere che l’obiettivo della commissione è di “*co-operate in maintaining the populations of these fishes at levels which will permit the maximum sustainable catch for food and other purposes*” (corsivo nostro) e nel perseguire questo obiettivo l’ICCAT deve istituzionalmente produrre e fare riferimento a conoscenze di tipo scientifico. Insomma il criterio (le conoscenze scientifiche) e l’obiettivo (il miglior rendimento costante) sono esattamente gli stessi di quelli posti a suo tempo dalla legge del 1965.

³⁰ A far data dal 14 novembre 1997 l’Italia, come gli altri Paesi Membri della Comunità europea ha poi demandato alla Comunità europea la sua rappresentanza all’ICCAT (per questa informazione e per lo stato complessivo delle ratifiche della convenzione e degli annessi protocolli dell’ICCAT v. <http://www.iccat.es/fr/signatures.htm>).

963 del 1965 costituisca un'ipotesi di *legittima* integrazione ad effetto espansivo, sia per quanto concerne la misura sia per quanto concerne la disciplina sul margine di tolleranza.

4. *L'ammissibilità della previsione di un margine nazionale di tolleranza per le altre specie*

Il diritto comunitario, tuttavia, prevede espressamente una disciplina sul margine di tolleranza per il tonno rosso³¹ e per altre specie di volta in volta richiamate³². In linea *generale*, invece, per *tutte le altre specie*, la normativa europea pur stabilendo le misure, tace sui margini di tolleranza.

E allora che succede per la pesca del novellame di tutte queste specie? Il margine di tolleranza nazionale si applica o no?

La domanda è tutt'altro che oziosa. Per la pesca del novellame di tutte quelle specie per le quali il diritto comunitario si è sostituito alla normativa nazionale per quanto concerne la misura del pescato, ma senza nulla dire sul margine di tolleranza del pescato, la Cassazione, con giurisprudenza oramai costante³³, ritiene che, non prevedendo la normativa europea un tale margine, quello nazionale sia per ciò solo comunitariamente illegittimo. Di conseguenza la soglia di tolleranza prevista all'art. 91 del d.p.r. del 1968 viene sistematicamente non applicata, perchè ritenuta in contrasto con il diritto comunitario. La Suprema Corte fa evidentemente un piano utilizzo del criterio esegetico sintetizzato nel brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* per cui non contemplando la normativa comunitaria (successiva e prevalente) un margine, quello nazionale previsto è per ciò solo illegittimo³⁴.

A nostro modo di vedere questa applicazione dell'*ubi lex voluit dixit* è tutt'altro che convincente.

Per le seguenti ragioni.

³¹ Come visto tale margine è stato espressamente escluso nel regolamento Ce del 2006 e previsto, ma in termini ben più rigidi di quanto previsto dal d.p.r. del 1968, nel successivo e oggi vigente regolamento Ce del 2009.

³² Il tonno rosso non è l'unico tipo di pesce per il quale è previsto un margine di tolleranza comunitario nella pesca del novellame. Ancor prima di quelli citati, altri regolamenti Ce avevano ammesso, ad esempio, un margine di tolleranza del 10% per le aringhe e gli sgombri catturati nel Mare del Nord (art. 5 del regolamento Ce n. 894/97 del 29 aprile 1997), e più avanti anche per le sardine, i suri, le acciughe (art. 19 del regolamento Ce n. 850/98 del 30 marzo 1998). Più recentemente, il regolamento n. 1967/2006, relativo alle misure di gestione per lo sfruttamento sostenibile delle risorse della pesca nel mar Mediterraneo e abrogativo de regolamento (Ce) n. 1626/94, al suo art. 15, comma 3 (taglie minime degli organismi marini) prevede che il divieto di vendere, tenere a bordo, trasbordare, sbarcare, trasferire, immagazzinare, esporre o mettere in vendita esemplari sottotaglia non si applichi, a certe condizioni, al novellame di sardine. L'allegato III prevedeva poi, fino al 31 dicembre 2008, un margine di tolleranza per i naselli compresi tra 15 e 20 cm (a fronte di una misura minima di 20 cm), da applicarsi tanto da parte del singolo peschereccio, in alto mare o nel luogo di sbarco, quanto nei mercati di prima vendita dopo lo sbarco, e persino in ciascuna transazione commerciale successiva a livello nazionale e internazionale.

³³ Si possono ricordare, ad esempio della varietà delle specie ittiche prese in considerazione dalla giurisprudenza di legittimità, Cass. Pen., Sez. III del 02 luglio 2009, n. 38087 (*novellame di lupini*), Cass. Pen. Sez. III del 7 maggio 2009, n. 23839 (*novellame di pesce spada*), Cass. Pen., Sez. III del 3 luglio 2007, n. 39345 (*novellame di vongole galina*), Cass. Pen., Sez. III del 12 dicembre 2006, n. 5750, (*novellame di orata*).

- Intanto per una considerazione di ordine generale. Qui siamo nel campo delle normative – nazionali e comunitarie – di *specificazione* tecnica. Se una disciplina ha proprio il compito di specificare non è per nulla ovvio che un livello di specificazione ne escluda un'altro. In altre parole che la previsione tecnica delle misure di una specie di per sé escluda la possibilità di una ulteriore e qualitativamente diversa tipologia di specificazione come quella attinente alla misurazione (al metro) di quella misura. Se in campo tecnico è proprio la funzione di specificazione a legittimare e rendere legittima la funzione integratrice della norma incriminatrice diventa arduo sostenere che la previsione tecnica di misure escluda per ciò solo la possibilità di una *ulteriore specificazione* per quanto concerne il metro di quelle misure.

- Emergono poi una serie di argomenti normativi già di tipo testuale, come correttamente segnalato dalla dottrina³⁵ che si è occupata della questione. Dalla lettura della disciplina comunitaria non sembra affatto che il legislatore europeo abbia la pretesa di sostituirsi *in toto* al legislatore nazionale, anzi quello che sembra emergere è proprio il dato opposto di lasciare a quest'ultimo i margini di ulteriore specificazione³⁶ con la conseguenza che non è possibile dedurre nessun divieto assoluto da parte del diritto comunitario a norme nazionali di ulteriore specificazione tecnica.

- Vi è poi una ragione giuridica di tipo sistematico. Il legislatore comunitario quando ha ritenuto di doversi pronunciarsi sui margini di tolleranza lo ha fatto, sia quando ha voluto espressamente *escludere* l'ammissibilità di un margine, sia quando ha voluto lui *prevedere* un margine comunitario. E' proprio la vicenda dei tonni ad avercelo fatto vedere, come ci ha indicato che quando previste tali disposizioni sui margini di tolleranza sono inserite proprio nei capitoli dedicati alle misure tecniche, diradando quindi ogni dubbio sulla natura di tali misure.

- Quest'argomento diviene poi a nostro avviso *assorbente e conclusivo* se osservato pensando al "senso" tecnico di tali margini di tolleranza. Chi scrive non ha nessuna competenza specifica in tema di pesca, non c'è però bisogno di imbarcarsi o di rileggersi Melville per rendersi conto che sia nella fase di pesca che in quella di vendita e trasporto del pescato una verifica puntuale della misura di ogni singolo esemplare catturato, confezionato, acquistato è impensabile e questo è *tanto più vero quanto più piccola sarà la misura" tipo" degli esemplari della specie che si sta pescando, confezionando, acquistando*. Detto più prosaicamente, immaginiamo che in una rete di merluzzi a fronte di centinaia di pesci catturati non sia possibile misurarli tutti e che – a maggior ragione – questo varrà al diminuire del valore intrinseco e della taglia degli esemplari; ad esempio in caso di aringhe o di vongole. Ma se è così, è vero anche il contrario,

³⁵ Cfr., C. PAONESSA, *La disciplina penale del "novellame" incappa nella rete del diritto comunitario, ma rischia di violare principi costituzionali aventi rilevanza anche nella Cedu in Dir. e giust.*, quotidiano del 1 agosto 2009, par. 2. Segnaliamo che se troviamo convincente questo passaggio dell'Autrice, sotto altri profili non siamo invece d'accordo con quanto sostenuto. Caterina Paonessa afferma ad esempio che sia *in ogni caso* precluso alla normativa comunitaria integratrice del precetto di dispiegare effetti *in malam partem*; ritiene inoltre che nel merito lo specifico margine nazionale di tolleranza sia legittimo, mentre noi, come vedremo, siamo di diverso avviso.

³⁶ Come segnalato da C. PAONESSA, *La disciplina penale del "novellame" cit.*, cfr. ad esempio il punto 19 del preambolo del regolamento generale (il regolamento Ce 2006, n. 1967) ove si afferma che "è opportuno determinare le taglie minime di sbarco di taluni organismi marini al fine di migliorarne lo sfruttamento e di *fissare norme a cui gli Stati membri possano far riferimento nell'elaborare il proprio sistema di gestione della pesca costiera*" (corsivi nostri).

quando si ha a che fare con i “pesci grossi”, come il tonno rosso. I tonni rossi sono prede di notevoli dimensioni, che si pescano (e si vendono) uno per uno, e in cui ogni esemplare ha un valore di centinaia, se non di migliaia, di euro. Per questi pesci è quindi ragionevole che un controllo sulla misura di ogni singolo esemplare sia possibile o, quantomeno (e arriviamo al punto), che sia *ben più possibile* di quanto non lo sia per pesci più piccoli e dal valore unitario incommensurabilmente più basso.

La conclusione logica a cui si giunge viene da sè: se il diritto comunitario si pronuncia sul margine di tolleranza per il tonno rosso, nelle ultime normative (quelle del 2007 e del 2009) addirittura prevedendolo positivamente³⁷, l'unica inferenza possibile che è lecito trarre è che per tutte quelle specie per le quali il diritto comunitario nulla ha stabilito e sulle quali l'esistenza di un margine di tolleranza nella misurazione degli esemplari appare più ragionevole dal punto di vista tecnico di quanto non lo sia per il tonno rosso, non si può proprio ritenere che il diritto comunitario sia di per sé in assoluto contrasto con l'esistenza di un margine.

Le uniche inferenze che sono ammesse ci sembrano essere queste: se il diritto comunitario ha previsto delle disposizioni sui margini è perchè evidentemente ha ritenuto che per la particolare delicatezza della specie o per altre ragioni fosse necessario o escluderlo o stabilirne uno comune a livello comunitario, se non lo ha previsto non vuol dire che un eventuale margine nazionale sia in contrasto.

In conclusione, a nostro avviso non vi è un contrasto tra la disciplina *tecnica* nazionale che prevede un margine di tolleranza nazionale nella misurazione e la disciplina *tecnica* comunitaria che nulla dice sul punto. Le specificità di struttura e funzione delle norme tecniche si riverberano sulle regole interpretative che, come speriamo di avere illustrato, governano le norme tecniche.

5. L'illegittimità dello specifico margine previsto nell'art. 91 del d.pr. del 1968

Se di per sé l'esistenza di un margine nazionale non ci sembra in assoluto incompatibile con il diritto comunitario, i problemi e i dubbi riguardano tuttavia il contenuto di *quello* specifico margine previsto dal legislatore regolamentare nazionale.

Come già accennato, infatti, il margine di tolleranza previsto all'art. 91 del d.p.r. del 1968 va ben al di là dal prevedere una disciplina di ragionevole tollerabilità delle misurazioni. Questa norma è formulata in modo da rendere nei fatti inapplicabile il reato di cui ci stiamo occupando. Come la Cassazione in vari *obiter dictum* ha segnalato in una serie di pronunce³⁸, la scelta di riferire la soglia di tolleranza all'intero pescato prima della sua distribuzione in commercio rende impossibile l'affermazione della penale responsabilità di colui che, avendo acquistato solo parte della partita, non può essere a conoscenza dei dati relativi al novellame complessivamente presente nel pescato. Ciò non si verificherebbe solo nell'ipotesi, *del tutto inconsueta*, in

³⁷ V. retro note 15 e 16.

³⁸ V. retro nota 6.

cui *tutto* il pesce catturato fosse stato consegnato ad un unico commerciante. Da una parte, quindi, il margine sembra avere una possibilità di applicazione ai soli controlli in mare, direttamente sul peschereccio, e dall'altra, anche in questo caso desta non poche perplessità il fatto che detto margine si debba calcolare sul 10% del totale catturato, con la conseguenza che quello che rileva non è che gli esemplari siano di dimensioni inferiori nei limiti di questa percentuale, ma che sul totale del catturato non più del 10% sia fuori margine, anche moltissimo fuori margine. In questo modo l'effetto pratico è, ad esempio, che se la misura di una specie è di 50 cm e si è in possesso di esemplari lunghi 5 cm (cioè fuori misura del 90%) questi sono comunque ricompresi nel margine, se complessivamente non rappresentano più del 10% del totale catturato. Però, visto che non è dato sapere quale sia il totale catturato, l'effetto di questa norma è nei fatti di svuotare di qualunque significato precettivo tutta la complessa normativa sui limiti della misura del pescato. Il risultato è di rendere in pratica possibile la pesca del novellame, con tutte le ricadute che questo comporta sulla congruità di una disposizione siffatta con l'obiettivo posto dalla legge della tutela e dello sfruttamento *sostenibile* delle risorse del mare ³⁹.

6. Illegittimità in assoluto della possibilità di prevedere un margine nazionale o illegittimità dello specifico margine previsto nell'art. 91 d.p.r. del 1968? La "prova del nove"

La conferma che il vero profilo di illegittimità non dipenda in assoluto dall'esistenza di un margine nazionale, ma dal contenuto di *quello specifico* previsto nell'art. 91 del D.P.R. ce lo offre la stessa Cassazione in una sentenza che costituisce l'autentica "prova del nove" di tutto il nostro ragionamento.

Il D.P.R. del 1968, nel dettare le dimensioni minime degli organismi marini prima che ciò fosse oggetto di disciplina europea, distingueva al loro interno tre diverse tipologie: pesci (art. 87), crostacei (art. 88), molluschi bivalvi (art. 89). Proprio in riferimento a questi ultimi, un margine di tolleranza diverso da quello previsto all'art. 91 del d.p.r. 1639/1968, destinato a trovare applicazione rispetto ad un parametro diverso dal

³⁹Come si è detto, l'art. 87, comma 3, del d.p.r. n. 1639/1968 prevede un margine di tolleranza del 10% relativo alle dimensioni del pesce. La norma recita: "nel prodotto della pesca è tollerata la presenza di pesci aventi dimensioni inferiori a non più del 10 per cento di quelle indicate al comma precedente". L'effetto pratico di questa previsione è quello di trasformare la misura limite ammessa per ciascuna specie di pesce da un valore "x" a un valore "x-10%x". Sorge spontaneo chiedersi quale sorte sia toccata a questo margine a seguito dell'introduzione delle nuove misure di novellame da parte del diritto comunitario. Qualora si ritenesse di qualificare il margine come una soglia di tolleranza della stessa natura di quella disciplinata all'art. 91 del d.p.r. n. 1639/1968, vi sarebbe anche qui ragione di dubitare della sua incompatibilità rispetto ad un diritto comunitario che tace sul punto. Tuttavia la norma in questione, soprattutto per il suo effetto pratico di rendere estensibile la misura soglia del novellame per tutti e ciascuno degli esemplari del pescato, ci sembra partecipare fortemente alla *disciplina delle misure* più che alla semplice apposizione di margini di tolleranza. Per questa ragione non ci sembra di poter riferire alle misure previste dai vari regolamenti comunitari la riduzione del 10% sulle misure originariamente previste dall'art. 87 c. 2. Ridurre del 10% la misura minima del pescato, rendendo lecito pescare sistematicamente esemplari al di sotto delle misure stabilite a livello europeo, infatti, contrasterebbe con l'esatta individuazione delle misure del pesce in stato giovanile compiute in quella sede.

totale del pescato, veniva introdotto dall' art. 3 del d.m. 21 luglio 1998⁴⁰. La norma rinviava al d.p.r. 2 ottobre 1968 n. 1639 per le dimensioni minime dei *molluschi* pescabili, stabilendo poi un margine di tolleranza del 10% *su ogni confezione del prodotto pescato*⁴¹. Solo due anni dopo, tuttavia, l'esecutivo riteneva di tornare sui suoi passi, riportando il parametro del margine di tolleranza del 10% all'intera partita del totale *catturato*, anziché a ogni confezione⁴² di molluschi bivalvi.

Ora, questa breve epifania normativa ci permette di capire ciò che ci sta a cuore, ovvero se il problema sia l'esistenza in assoluto di un margine nazionale o se, invece, il problema sia lo specifico contenuto del margine del 10% del totale *catturato*.

Il più rigoroso e speciale margine del 1998 previsto per i molluschi bivalvi e dalla breve durata, infatti, da una parte è comunque un margine nazionale di tolleranza e quindi per ciò solo dovrebbe essere considerato in contrasto con il diritto comunitario, se si segue l'impostazione della Cassazione che afferma essere *di per sé* incompatibile con il diritto comunitario l'esistenza di qualunque margine nazionale.

D'altra parte, facendo riferimento al 10% di ogni confezione e non del totale catturato, il margine del 1998 appare *ragionevole*. Così facendo questa norma rende lecita la presenza di una porzione del 10% di esemplari fuori misura. In altre parole, nell'impossibilità che si controllino le vongole una per una, tale norma garantisce quel minimo di duttilità e buon senso applicativo al divieto. Al tempo stesso rende il reato accertabile perchè, riferendosi al 10% di ogni confezione, è ben possibile effettuare controlli anche a terra, avendo davanti agli occhi l'intero (la confezione), cosa che invece – ci ripetiamo – è impossibile quando il margine è del 10% di un insieme non conosciuto, e nemmeno conoscibile, come il “totale catturato”.

Ecco allora la “prova del nove”: cosa fa la Cassazione chiamata a pronunciarsi in una vicenda⁴³ in cui era in vigore il *ragionevole* margine di tolleranza previsto per i molluschi bivalvi (10% sulla confezione e non sul totale catturato)? La Suprema Corte sa di essere in un vicolo cieco: la sua precedente giurisprudenza nega di per sé legittimità a *qualunque* margine nazionale, in questo caso si rende però conto che ci possono essere

⁴⁰ Decreto Ministeriale del Ministro delle Politiche Agricole e Forestali (Ministro M. Pinto), datato 21 luglio 1998, avente ad oggetto la “disciplina della pesca dei molluschi bivalvi”.

⁴¹ L' art. 3 del decreto recitava: “Le dimensioni minime dei molluschi bivalvi pescabili sono stabilite dall'articolo 89 del regolamento sulla disciplina della pesca marittima, approvato con d.p.r. 2 ottobre 1968, n. 1639, come modificato dai decreti ministeriali 4 agosto 1982 e 16 luglio 1986. In ogni confezione del prodotto pescato è ammessa una tolleranza di molluschi bivalvi aventi dimensioni inferiori a quelle previste di non più del 10% calcolato sul peso. Il consorzio, previo parere favorevole del comitato di coordinamento, adotta i provvedimenti necessari per consentire l'applicazione delle previsioni del presente comma con riferimento al singolo sacco di prodotto ovvero all'intera partita”.

⁴² Ciò avveniva ad opera dell' art. 3 del Decreto Ministeriale del Ministro delle Politiche Agricole e Forestali (Min. A. Pecoraro Scanio) del 22 dicembre 2000, avente ad oggetto “disciplina della pesca dei molluschi bivalvi. Modifiche al D.M. 21.7.98”. In particolare, il comma 2 della norma ha stabilito che “sull'intera partita è ammessa una tolleranza di molluschi bivalvi: a) con dimensioni inferiori a quelle previste di non più del 10% calcolato sul peso; b) sul peso non superiore al 10% del quantitativo massimo pescabile”, mentre il comma 3: “Il Consorzio può adottare provvedimenti più restrittivi rispetto alle previsioni del comma 2”. I consorzi sono gli enti costituiti ai sensi dei decreti ministeriali nn. 44/95 e 515/98 e incaricati della gestione della pesca dei molluschi bivalvi dall'art. 1 del d.m. citato.

⁴³ Cass. pen. Sez. III., 17 gennaio 2006 n. 7820 in banca dati De Jure, Giuffrè, 2010.

dei margini nazionali esistenti, ma ragionevoli, solo che per applicare *questo* margine dovrebbe fare *overruling*. La Cassazione è riottosa a ripudiare la sua precedente giurisprudenza, ma al contempo vuole salvare *questo* ragionevole margine.

Per uscire dall'*impasse* tira fuori dal cilindro una motivazione tanto stringata quanto ardita che fa leva – addirittura! – sul principio nazionale costituzionale di offensività che doterebbe di una particolare resistenza al diritto comunitario quella norma nazionale che prevede un margine di tolleranza perchè costituzionalmente dovuta⁴⁴. Non è qui il caso di entrare nel merito della fondatezza del richiamo al principio di offensività di una norma siffatta e nemmeno di indugiare sulle ipotesi di norma nazionale contraria al diritto comunitario, ma imposta da un principio costituzionale nazionale che non sia anche un principio di diritto comunitario, come avviene per l'appunto quando il parametro è l'offensività⁴⁵. Quello che in questa sede interessa sottolineare è l'artificio argomentativo che ha escogitato la Cassazione per uscire dall'*impasse* di una costruzione giurisprudenziale edificata sulle fondamenta dell'incompatibilità al diritto comunitario di qualunque margine nazionale di tolleranza quando il vero obiettivo è la censura dello specifico contenuto di un margine riferito al 10% del totale *catturato* e per questo in grado di paralizzare l'applicazione del reato.

7. Il rapporto tra la non applicazione del diritto nazionale di favore, ma contrastante con il diritto comunitario e la disapplicazione dell'atto amministrativo di favore

Siamo giunti all'ultimo profilo di riflessione che ci ha offerto la questione del novellame. Prima di procedere è utile fare il punto.

1. In caso di pesca del novellame le norme che definiscono la misura (e il metro) dei pesci debbono essere considerate "*realmente integratrici*" del precetto. Per le ragioni che abbiamo detto, sia quelle nazionali, sia

⁴⁴ Oltretutto i profili di offensività evocati sono decisamente molto interessanti, ma veramente delicati *attenendo o al rapporto tra* esiguità del fatto e offensività o agli incerti confini tra il canone di offensività e quello di ragionevolezza. Sotto il primo profilo secondo questa sentenza della Cassazione il principio di offensività renderebbe doverosa al punto da dotarla di resistenza al diritto comunitario una norma costruita in termini di particolare tenuità; è un discorso estremamente interessante ma, come noto, così delicato e discusso da non potere esaurirsi nelle poche righe che la Cassazione dedica al punto. Sui rapporti tra esiguità ed offesa fondamentale C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 653 ss.. Sotto il secondo profilo occorrerebbe invece esplorare se il fondamento costituzionale sia realmente l'offensività-ragionevolezza o direttamente la ragionevolezza. Sui rapporti tra offensività e ragionevolezza v. ora la disamina di V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, in particolare p. 279 ss. In entrambi i casi avere evocato questi parametri per aggirare il problema di entrare nel merito lascia in realtà completamente aperta la questione circa il fondamento costituzionale dell'altro margine di tolleranza e di conseguenza di tutte quelle sentenze della Cassazione che ne hanno escluso qualunque operatività. Di più: se un margine è costituzionalmente dovuto, cosa ne è dell'all. III D. 20. del regolamento Ce 51 del 2006 (quello applicabile al caso Trinca) che per i tonni ha espressamente escluso la possibilità di un margine? Dovremo azionare i controlimiti? Insomma, ci si rende conto che se la giurisprudenza della Cassazione oscilla da considerare l'esistenza di un margine ora in assoluto comunitariamente vietata ora, in assoluto costituzionalmente imposta, questo finisce per creare molti più problemi di quanti non ne risolve.

⁴⁵ Per queste ipotesi v. C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit. p. 212 ss. e 304 ss.

quelle comunitarie che le hanno sostituite, costituiscono dei casi di *legittima integrazione* ad effetto espansivo del precetto.

2. Il diritto comunitario, tranne che per i tonni rossi, ci sembra evocato a sproposito: non è la normativa europea ad essere in assoluto contraria alla previsione nazionale di un margine di tolleranza.

3. Lo specifico margine di tolleranza che si riferisce al 10% del *totale catturato* ha l'effetto di paralizzare l'applicazione del reato e, di conseguenza, viola *in primis* i criteri a cui si deve attenere il legislatore regolamentare⁴⁶ e frustra il perseguimento degli obiettivi⁴⁷ posti dalla *legge* italiana.

A questo punto, dato che gli obiettivi e i criteri posti dalla legge e dal diritto comunitario sono gli stessi possiamo dire che *questo specifico margine* è in contrasto *anche* con il diritto comunitario.

Proviamo ora a guardare alla situazione da un'altra prospettiva, mettendo in evidenza che prima di tutto la disposizione sul margine si qualifica come un atto amministrativo⁴⁸ *direttamente* in contrasto con la legge nazionale.

Avere previsto un margine di tolleranza del 10% del totale catturato, rendendo nei fatti inapplicabile un reato previsto dalla fonte primaria, sembra infatti arrecare alla norma secondaria problemi di legittimità sia sotto il profilo della violazione di legge⁴⁹ sia dell'eccesso di potere⁵⁰. Poiché in presenza di atti amministrativi in

⁴⁶ Art. 32 legge n. 963 del 1965: la normazione secondaria una volta emanata può essere ulteriormente sostituita "al fine di adeguarla al progresso delle conoscenze scientifiche e delle applicazioni tecnologiche".

⁴⁷ art. 14 comma 1, legge n. 963 del 1965: "Il regolamento determina i limiti e le modalità idonee a garantire la tutela ed il miglior rendimento costante delle risorse biologiche del mare"

⁴⁸ Il d.p.r. n. 1368/1998, pur essendo atto *sostanzialmente* normativo (in quanto introducente norme generali e astratte destinate ad innovare l'ordinamento giuridico) può essere qualificato come atto *formalmente* amministrativo (in quanto emanato da un organo del potere esecutivo) e pertanto essere sottoposto alla disciplina tipica del provvedimento amministrativo, compresa la disapplicazione. A riguardo, si rimanda a L. COSSU, *Regolamenti governativi e ministeriali*, estratto da S. CASSESE, (dir.) *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006. Principalmente va chiarito se esso si presenta sul piano della legittimità o del merito, essendo quest'ultimo sottratto al giudizio del giudice ordinario, come chiarito anche da Cass. Civ., S.U., 9 ottobre 2009, n. 21466, che ha ribadito come il giudice ordinario può sindacare tutti i possibili vizi di legittimità del provvedimento (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere), ma non ha il potere di sostituire l'Amministrazione degli accertamenti e valutazioni di merito che sono di sua esclusiva competenza. Nel caso di specie, se vizio c'è, questo deve consistere in un uso scorretto della discrezionalità tecnica nell'introduzione delle norme di dettaglio sub legislative. Ricordiamo, infatti, che le scelte in materia di opportunità di divieto di pesca del novellame sono compiute a monte dalla legge secondo i canoni dell'art. 25 comma 2 Cost. e che alla P.A., in questo caso, spetta solo una funzione di specificazione tecnica, non essendovi spazio per il merito amministrativo nell'apposizione di una norma penale. In altre parole: se la decisione di inserire il margine di tolleranza del 10% nel divieto di pesca di novellame non fosse frutto di constatazioni tecniche, ma derivasse da una scelta di opportunità e convenienza del Ministro della Marina Mercantile del 1983 di ritenere certe condotte non meritevoli di pena, il problema dell'atto così formato non sarebbe tanto l'eventuale vizio di merito di tale scelta, ma la presenza di una violazione dell'art. 25 Cost, c. 2, comunque valutabile in sede di disapplicazione. La potestà regolamentare della P.A., infatti, incontra precisi limiti nell'ordinamento, tra i quali il divieto di derogare e contrastare la Costituzione e le leggi ordinarie, di invadere le materie riservate dalla Costituzione alla legge. Così in F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, Roma, 2010, p. 450.

⁴⁹ Di violazione di legge e contenuto illegittimo si può parlare rispetto all'art. 32 della L. 963/65, che, come visto, poneva in capo al Ministro della marina mercantile il potere di emanare norme in deroga alla disciplina regolamentare per adeguarla al progresso delle conoscenze scientifiche e tecnologiche. L'introduzione del margine di tolleranza dell'art. 91 del d.p.r. appare cosa ben diversa da una deroga alla disciplina regolamentare prevista nella norma, in quanto finisce per contrastare con il reato di cui agli artt. 24 c. 1 e 15 c. 1 lett. c) della L. 963/65.

contrasto con la legge l'ordinamento pone in capo al giudice penale un preciso potere/dovere di disapplicazione⁵¹, appare fondato ritenere che, a prescindere da altre questioni delle quali si darà conto, l'atto amministrativo che prevede margini di tolleranza irragionevoli e illegittimi dovrebbe essere disapplicato dal giudice penale per contrarietà alla *legge*, senza dover scomodare il diritto comunitario.

Sorge a questo punto una ennesima domanda. L'ultima, e forse *la più importante*. Perché la Cassazione non ha disapplicato l'atto amministrativo che contiene quel margine di tolleranza ed ha invece deciso di non applicare quel margine sulla base di una asserita (ma non fondata) contrarietà in assoluto con il diritto comunitario⁵²? Cambia qualcosa tra le ipotesi di non applicazione della norma regolamentare interna e favorevole in contrasto con il diritto comunitario e quelle di disapplicazione della medesima norma regolamentare interna e favorevole in contrasto con la legge?

Quello che questa vicenda ci ha fatto capire è proprio che le cose cambiano.

7.1. Non applicazione per contrasto con la normativa comunitaria della disposizione sublegislativa più favorevole

⁵⁰ Con riferimento al profilo di talune figure sintomatiche dell'eccesso di potere, si può segnalare lo sviamento di potere, per cui l'introduzione del margine di tolleranza sarebbe intervenuto al di fuori del perseguimento del fine di adeguamento scientifico previsto dalla legge al momento dell'attribuzione del potere di adozione di decreti al Ministro della Marina Mercantile. Inoltre, si può mettere in evidenza la contraddittorietà interna del provvedimento (o illogicità) del d.m. del 21.04.1983. Il decreto, infatti, considera in premessa che la tolleranza prevista dal terzo comma dell'art. 87 del d.p.r. 1639/1968 (tolleranza del 10% delle dimensioni) non corrisponde alle esigenze di salvaguardia delle specie indicate nel primo comma dell'art. 87, e sulla base di ciò ritiene "necessario stabilire un limite alla quantità di novellame che può essere ammessa nel pescato". Tuttavia lo stesso decreto individua poi un limite che, a sua volta, al di fuori del particolare caso del controllo eseguito in mare, non garantisce la salvaguardia del novellame.

⁵¹ L'istituto della disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario è previsto dagli artt. 2, 4, 5 dell'allegato E alla l. 2248 del 20 marzo 1865 di abolizione del contenzioso amministrativo. L'istituto consente al g.o. di applicare gli atti e regolamenti amministrativi *in quanto siano conformi a legge*, nel caso di controversia su *un diritto che si pretende leso dall'autorità amministrativa e in ogni altro caso, cioè allorché si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione*, e pertanto vi sia giurisdizione ordinaria. Ci trova d'accordo la tesi che nella valutazione della *conformità a legge*, in assenza di disposizione contraria, ritiene sia consentito al g.o. di conoscere tutti i profili di illegittimità del provvedimento amministrativo, compreso l'eccesso di potere, che è comunque vizio di legittimità e non di merito. Sul potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, sul relativo profilo di doverosità da parte del g.o. ex art. 101 Cost. e sulla sua efficacia *incidenter tantum* ex art. 2 c.p.p. si rinvia a M. GAMBARDELLA, *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, 2004, p. 1 ss. V. inoltre G. PAGLIANI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio penale in Giurisprudenza di merito*, 1998, 6, p. 1103 ss.; F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 342 ss.

⁵² In giurisprudenza si è verificato un caso di disapplicazione del limite di tolleranza del 10% sul totale pescato, ad opera della sentenza del 15.02.2003 del Pretore di Venezia, Sez. dist. di San Donà del Piave, il quale riteneva illegittimi i decreti ministeriali che ridimensionavano la portata del reato di art. 15 lett. c) e art. 24 della legge n. 963/1965. La Corte di Cassazione, con sentenza del 16.11.1993, Senigaglia, riteneva erronea la valutazione del giudice di primo grado, affermando il potere del Ministro della Marina Mercantile a emanare norme anche in deroga a quelle regolamentari, ex art. 32 della l. 963/1965. La suprema Corte osservava che "la tolleranza del 10% sul totale del pescato costituisce una delimitazione legittima del divieto di pesca del novellame stabilito in via di principio dall'art. 15 lett. c) e penalmente sanzionato dall'art. 24, comma 1, della l. 963/65". Come più volte ripetuto, il problema di legittimità – a parere di chi scrive – non riguarda tuttavia l'introduzione di un margine di per sé, come censurato dal giudice di prime cure in questo caso, ma di *quello specifico margine* che va a privare di efficacia concreta la norma penale.

In caso di *non applicazione per contrarietà con il diritto comunitario* ciò che conta è verificare che si versi in un'ipotesi di legittimo effetto espansivo prodotto dal diritto europeo, come avviene in caso di pesca del novellame, dove registriamo delle ipotesi di legittima posizione di norme comunitarie di specificazione tecnica riguardante sia la misura dei pesci sia la loro misurazione (la disciplina sul tonno rosso *docet*).

Una volta appurato che la vicenda di sostituzione sia legittima e che la norma comunitaria integratrice non determini un errore invincibile sul precetto⁵³ la ricostruzione teorica dei requisiti imposti dal principio di legalità è soddisfatta. Si è dentro i margini dettati dalla riserva tendenzialmente assoluta di legge e si ritiene ragionevolmente prevedibile ciò che è lecito e ciò che è vietato.

La costruzione teorica su cui poggia il principio di legalità in questi casi permette al giudice di non applicare la normativa favorevole e di condannare, perchè il contrasto della disposizione di favore con una norma di rango superiore è qualificato come un problema di interpretazione di norme in conflitto apparente, da risolvere secondo i "classici" canoni di specialità, successione e gerarchia.

7.2. *Disapplicazione per contrasto alla legge della disposizione sublegislativa più favorevole*

Ben diverso appare il caso della *disapplicazione* per ragioni di *legittimità di un atto amministrativo* come il particolare limite di tolleranza previsto dall'art. 91 del D.P.R. del 1968 . Gli ostacoli che si presentano al giudice sono in questo caso molto più numerosi. In primo luogo, infatti, va valutato se il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo del giudice ordinario possa riferirsi anche agli atti soggettivamente amministrativi, ma di natura normativa, quale è il regolamento di esecuzione in esame. A proposito, l'art. 5 della L. 2248/1865 riferisce che "le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi a leggi". In via astratta, quindi, il giudice ordinario può disapplicare una fonte normativa secondaria e decidere il caso concreto prescindendo dall'atto amministrativo illegittimo.

Occorre però domandarsi se tale potere rimanga immutato quando il giudice ordinario indossa l'abito del giudice penale, in particolare sciogliendo il nodo che da anni tiene impegnata dottrina e giurisprudenza circa la possibilità di ammettere in generale la disapplicazione *in malam partem*⁵⁴ .

⁵³ In questi casi nonostante la estrema complessità della normativa comunitaria occorre comunque avere a mente che il destinatario tipo del precetto è un operatore professionale (pescatori e grossisti) tenuto a particolari doveri di attivazione nella conoscenza della normativa interessata. La Cassazione ha quindi escluso correttamente che si tratti di ipotesi di errore inevitabile sul precetto (cfr. ad es. Cass. Pen. sez III, ud. del 6 luglio 2009 n. 38087 cit.)

⁵⁴ Rimanendo in materia di novellame, a sostegno dell'astratta possibilità della disapplicazione da parte del giudice penale può essere utile richiamare, perlomeno nello spazio di una nota, una sentenza della Corte Costituzionale del 1981 (C. Cost. n. 150 del 26 giugno 1981) su un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dal Ministro della Marina Mercantile verso l'allora Pretore di Genova. Un avvertimento è d'obbligo: la Corte Costituzionale non prende in considerazione direttamente la legittimità della norma ministeriale, ma i reciproci confini tra i poteri e il modo di esercitarli. La pronuncia sembra lasciare spazio a una disapplicazione (correttamente esercitata) di una norma ministeriale, anche di portata generale e astratta. In breve il fatto venuto in rilievo: il veterinario capo del Comune di

A riguardo, dagli anni '60 ad oggi si è passati da un indirizzo giurisprudenziale che faceva ampio ricorso alla disapplicazione ex art. 5 all. E della L.A.C.⁵⁵ ad un orientamento che tende a ritenere la disapplicazione in contrasto con i fondamentali principi del diritto penale.⁵⁶ Il risultato è quello di distinguere tra provvedimenti amministrativi che rilevano esternamente e internamente alle fattispecie penali⁵⁷, ritenendo ammissibile la disapplicazione *in malam partem* per i primi e preferendo scelte *autonome* per i secondi. In questo senso, la tendenza è quella di ricondurre i problemi di legittimità del provvedimento amministrativo a categorie tipiche del diritto penale, quali la tipicità della fattispecie⁵⁸.

Genova inviava un rapporto informativo al pretore di Genova contenente i suoi dubbi circa la legittimità di un decreto ministeriale del 18 gennaio 1977 rilevando l'impossibilità di distinguere nel corso della pesca il novellame di sarda e di acciuga da quello di altre specie. Il pretore di Genova emetteva quindi l'ordinanza impugnata, con cui vietava la pesca e la commercializzazione di novellame di qualunque specie marina su tutto il territorio nazionale. A sua difesa, il Pretore aveva osservato, tra l'altro, che la sua ordinanza si esauriva nella disapplicazione del decreto ministeriale, ai sensi dell'art. 5, all. E della legge n. 2248 del 1865. La Corte, nel rigettare questa difesa non escludeva alla radice la possibilità che il Pretore disapplicasse il decreto ministeriale rivelatosi illegittimo, ma le particolari modalità del comportamento concreto tenuto dal Pretore, che certamente non integravano una semplice disapplicazione. Afferma la Corte Costituzionale: "Dal dispositivo dell'ordinanza che ha dato luogo al presente conflitto si desume con chiarezza, inoltre, che l'atto stesso non si esaurisce - come invece vorrebbe la difesa del Pretore di Genova - nella disapplicazione del decreto ministeriale 18 gennaio 1977, ai sensi dell'art. 5 dell'allegato E della legge n. 2248 del 1865. Effettivamente, il Pretore non si è limitato a sostenere che la predetta autorizzazione ministeriale alla pesca del novellame di sarda esorbitasse dalla previsione della legge n. 963 del 1965 e fosse dunque illegittima: per poi decretare il sequestro di quel particolare genere di pescato, relativamente al caso sottoposto al suo giudizio". In particolare, aggiunge la Corte, al Pretore non era pervenuta ancora la notizia di alcun reato, ma solo le segnalazioni di critica del veterinario capo del Comune di Genova. Inoltre, il Pretore "dopo aver negato la legittimità del d.m. 18 gennaio 1977" ha disposto "ben oltre l'ambito materiale e territoriale di applicazione del provvedimento autorizzativo: non solo statuendo nel senso di rendere del tutto inoperante il provvedimento medesimo, ma estendendo il suo divieto al novellame di qualunque specie marina (anziché al solo "bianchetto") e a tutti i compartimenti marittimi (anziché alle sole zone prese in considerazione dal Ministro per la marina mercantile)".

⁵⁵ La disapplicazione aveva ad oggetto in particolare concessioni edilizie illegittime, con riferimento al reato dell'art. 20 della l. 28 febbraio 1985, come ad esempio in Cass. Pen., Sez. III, 23 aprile 1981, Conci e Cass. Pen., Sez. III, 23 marzo 1981, Volpicelli. A sostegno della disapplicazione si insisteva sulla *ratio* dell'istituto della disapplicazione consistente nella salvaguardia della legalità dei provvedimenti amministrativi, valida sia per il giudice civile che per il giudice penale, e la *formulazione generica* della norma che parlando di "ogni altro caso" non distingueva tra giudizi civili e penali. V. F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 352; A. TRIPODI, *La disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice penale. Profili costituzionali*, in Foro Amministrativo-C.D.S., 2010, n. 9.

⁵⁶ Ci si riferisce al contrasto tra gli effetti della disapplicazione sfavorevole e il principio di legalità, e i suoi corollari di tassatività e irretroattività della norma incriminatrice.

⁵⁷ Rientrano nel primo gruppo quei provvedimenti che producono effetti direttamente sul sistema penale e dei quali il giudice ha una conoscenza diretta, quali il provvedimento di ammissione all'oblazione, che interviene a reato già perfezionato. Rientrano invece nel secondo gruppo i casi nei quali il provvedimento opera all'interno della fattispecie incriminatrice, come presupposto della condotta, oggetto materiale, mezzo esecutivo, circostanza aggravante o scriminante. A proposito, V. F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 354.

⁵⁸ Ciò ha portato ad una restrizione dell'ambito della disapplicazione, che ha messo in evidenza come gli artt. 4 e 5 all. E della L.A.C. non si applicherebbero per esigenze di diritto oggettivo, ma solo in presenza di atti della P.A. che incidono negativamente su diritti soggettivi (in questo senso le S.U. della Cassazione con sentenza n. 3 del 17 febbraio 1987, Giordano). Si è progressivamente affermata l'idea che l'atto amministrativo debba essere preso in considerazione dal giudice all'interno della sua ordinaria attività di accertamento della tipicità del fatto concreto rispetto alla norma astratta, con due varianti: secondo la c.d. tesi della tipicità formale, il giudice penale può controllare la legittimità dell'atto quando la norma prende in considerazione espressamente questo elemento, come è nell'art. 650 c.p. (dove, va notato, l'illegittimità agisce *in bonam partem*); secondo la c.d. tesi della tipicità sostanziale, invece, il giudice penale può verificare la legittimità dell'atto amministrativo quando, con riferimento al bene giuridico che la norma tutela, ritenga che la legittimità dell'atto sia un elemento costitutivo della fattispecie (ad esempio, Cass. Pen., S.U., n. 11635 del 21 dicembre 1993, Borgia). In sintesi, quindi, il giudice penale ha il potere di disapplicare ai sensi degli artt. 4 e 5 della L.A.C. solo gli atti amministrativi illegittimi che comportano una lesione di diritti soggettivi, mentre gli atti amministrativi che rimuovono un ostacolo al libero esercizio dei diritti (nulla osta, autorizzazione) o che costituiscono

Ci si dovrebbe allora domandare quale sia la precisa natura della soglia di tolleranza della pesca del novellame per comprendere in che modo essa incida nell'accertamento del giudice penale: con rilevanza esterna, interna e di che tipo⁵⁹. Ritenendo il nostro limite di tolleranza del 10% del pescato del tutto estraneo a quelle categorie, quali i presupposti o i mezzi esecutivi della condotta, che segnano il terreno più battuto da giurisprudenza e dottrina in materia di rilevanza penale dell'atto amministrativo illegittimo, ci sembra di poter rinvenire in esso una "causa di esclusione del tipo", mediante la quale si riduce la portata del tipo legale espungendone dei fatti che altrimenti vi rientrerebbero⁶⁰. La soglia di tolleranza del 10% delimita la rilevanza penale del fatto e integra il precetto, che in sintesi finisce per esprimere questo divieto: "è punito con l'arresto da un mese ad un anno o con l'ammenda da lire un milione a lire sei milioni chiunque pesca, detiene, trasporta e commercia il novellame (...) con una tolleranza del 10% calcolata in peso e se possibile, in volume, sul totale catturato".

Ricostruita in questo modo la norma, si perde persino di vista dove sia l'incidenza dell'atto amministrativo rispetto a essa e nelle fasi di accertamento della sua violazione. L'elemento critico della questione, infatti, è che l'atto amministrativo *de quo* non è un provvedimento individuale e concreto che assume rilievo rispetto ad un unico e specifico fatto di reato, bensì un atto generale e astratto, un vero e proprio parametro normativo collocato in una fonte *sub legislativa*⁶¹ che si rivolge ad un numero indeterminato di destinatari generando un

diritti in capo a soggetti privati non possono essere disapplicati, a meno che non vi sia una esplicita previsione legislativa ovvero ciò non derivi dal "generale potere del giudice di interpretare la norma penale nei casi in cui l'illegittimità dell'atto amministrativo si configuri essa stessa come elemento essenziale della fattispecie criminosa" (così la ricostruzione presentata in Cass. Pen., sez. III, 13 gennaio 2005, n. 232). V. A. TRIPODI, *op. cit.*

⁵⁹ In C. PAONESSA, *op. cit.*, par. 5, si annoverano tra le possibili qualificazioni della soglia: il limite di tipicità, la specificazione tecnica di un elemento della fattispecie, e la rilevanza ex art. 51 c.p.. L'Autrice segnala come in tutti questi casi si sia comunque di fronte ad una contrazione della responsabilità penale. Non ci sembra che qui possa vedersi operare una scriminante ex art. 51 c.p., poiché un conto è l'esistenza di una soglia di tolleranza e un conto è l'esistenza di un vero e proprio diritto, costruito intorno a un interesse meritevole di tutela che porta a ritenere lecita una condotta altrimenti penalmente rilevante, come avviene ad esempio per il diritto di cronaca o il diritto di sciopero, tradizionalmente ricondotte all'art. 51 c.p.. Quanto all'affermazione circa la legittimità del limite di tipicità indicato dalla norma, motivata in base alla compatibilità con la riserva di legge vista la sua efficacia *in bonam partem*, ci sembra che questo argomento valga, nelle argomentazioni *in bonam partem*, come condizione necessaria, ma non sufficiente. La riserva di legge, infatti, ha lo scopo di assicurare che sia la norma penale ad indicare la sfera di significati di disvalore, lasciando al regolamento la dettaglio e aggiornata enunciazione tecnica dei fatti che tale disvalore presentano (così F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in Nov.mo dig. it., vol. XIX, Torino, 1973., pag. 43). Non vi è infatti nessun dubbio che non sarebbe stata legittima, una norma del d.p.r. del 1968 che ampliasse la portata del divieto di pesca del novellame, introducendo nuovi elementi penalmente rilevanti in modo non conforme agli obiettivi e criteri indicati dalla legge. Ma ciò non significa il contrario, ovvero che sia legittima qualsiasi norma secondaria posta in materia con effetto *in bonam partem*: pur essendo ammissibile una norma secondaria che individua tecnicamente la soglia di rilevanza penale dei fatti, tale norma deve comunque rispondere agli ordinari criteri di gerarchia delle fonti che rendono valida e legittima una norma secondaria. In altre parole: non può ritenersi legittima qualsiasi norma, anche irragionevole e contrastante con la legge, semplicemente perché introdotta *in bonam partem*.

⁶⁰ Sulle cause di esclusione del tipo si rimanda a M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)* in E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, p. 1721 ss.

⁶¹ Se il limite di tolleranza che si assume irragionevole fosse stato contenuto in una norma della legge sulla pesca del 1965 o in un atto avente forza di legge, il giudice, soggetto alla legge, non avrebbe potuto procedere in nessun caso con la disapplicazione, ma avrebbe potuto ricorrere alla Corte Costituzionale. Come è ben noto per gli atti normativi

affidamento. Sembra infatti che i problemi di tutela della sfera individuale di libertà che ostacolano l'ammissione della disapplicazione *in malam partem* nei casi nei quali si ha a che fare con un provvedimento illegittimo di portata individuale finiscano per essere amplificati quando ad essere illegittima è la normativa secondaria applicabile al caso di specie.

Anche a ritenere che il giudice penale debba riconoscere *incidenter tantum* l'antinomia tra una norma di legge che pone un reato e una causa di esclusione del tipo posta *contra ius* in una norma regolamentare, ci sembra che la rimozione della favorevole norma di rango inferiore finisca per porre il giudice in uno stato di paralisi. Infatti, una volta accertati tutti gli elementi di fatto che integrano il divieto di pesca del novellame, il giudice si troverebbe di fronte un imputato che ha violato la norma penale, ma che, nondimeno, contava sull'esistenza del margine di tolleranza. In questi casi si ritiene che il destinatario, al momento della commissione del fatto, abbia posto ragionevole affidamento sulla vigenza del parametro che prevede una tolleranza, che solo dopo, in sede di giudizio, viene dichiarato invalido.

Diversamente da quanto avviene nel caso del contrasto con il diritto comunitario, nei casi di illegittimità dell'atto secondario, il giudice non interpreta norme, ma è chiamato a disapplicarne una. Se il giudice ragionasse come se il margine di tolleranza sull'intero pescato non esistesse, dovrebbe condannare per il reato di pesca del novellame di cui alla l. 963/1965. Tuttavia in caso di disapplicazione dell'atto amministrativo favorevole, ma illegittimo il giudice penale non può arrivare alla condanna perché l'illegittimità di quell'atto è il risultato di una sua "scoperta" fatta al momento del giudizio, per definizione successivo al fatto e quindi di cui non si può pretendere la conoscenza da parte del destinatario.

Vi è poi un ulteriore aspetto da tenere in considerazione: la decisione di disapplicazione ha effetti incidentali, e ciò produce attriti con la portata generale del regolamento. Infatti, anche se per ipotesi vi fosse una giurisprudenza penale che sistematicamente disapplicasse il regolamento, non essendovi nel nostro ordinamento l'istituto della disapplicazione con efficacia *erga omnes*⁶², quell'atto amministrativo continuerebbe "in eterno" a produrre quello che qualificiamo un ragionevole affidamento.

7.3. Non applicazione e disapplicazione. Tra la forma della legalità e la sostanza della ragionevole prevedibilità

secondari, nonostante il loro carattere di fonte del diritto, il preciso tenore dell'art. 134 Cost. esclude il sindacato di costituzionalità da parte del Giudice delle leggi, con la conseguenza che il loro controllo di costituzionalità, così come quello di legalità, è affidato al giudice del caso concreto.

⁶² L'efficacia *erga omnes* si ricollega infatti solo a una pronuncia di annullamento dell'atto ad opera del giudice amministrativo, come avvenuto, ad esempio, nel caso *Turco* dove il Tar Lazio, con sentenza del 21 marzo 2007 ha annullato il decreto del Ministero della Salute del 4 agosto 2006, mediante il quale veniva raddoppiata la "quantità massima detenibile" di cannabinoidi detenibili per "uso esclusivamente personale" e si andava quindi a modificare *in bonam partem* la disciplina penale degli stupefacenti. A riguardo, si rimanda a V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione tecnica*, cit., p. 103 ss., mentre per il giudizio impugnatorio dei regolamenti dinnanzi al giudice amministrativo, si veda F. CARINGELLA, op. cit., p. 467 ss.

Si comprende allora (ma non si condivide) la scelta della Cassazione di *non applicare* per il novellame di tutte le specie il margine per contrarietà al diritto comunitario invece di *disapplicarlo* per contrarietà alla legge. Per quanto tortuosa, piena di vicoli ciechi e, a nostro avviso, non giuridicamente fondata si sia rivelata la strada del contrasto in assoluto al diritto comunitario, essa agli occhi di un giudice è apparsa evidentemente come l'unica percorribile.

Questo è l'aspetto più interessante che ci ha mostrato questa vicenda: quanto alla prova dei fatti possa rivelarsi fragile e sottile una differenza – quella tra l'*interpretazione* di norme in conflitto apparente secondo i canoni di specialità successione e gerarchia che comporta la non applicazione e la *disapplicazione* di una norma invalida – che siamo abituati a ritenere così netta e granitica da far discendere da essa un regime radicalmente differente in punto di legittimo affidamento garantito al destinatario di un precetto. Ragionando in punto di mera sostanza, in questo caso si tratta della stessa disposizione di favore che si assume come ora contraria al diritto europeo, ora alla legge nazionale, e che, pur parimenti invalida, a seconda dell'inquadramento è considerata in grado o meno di produrre un legittimo affidamento.

Sorge allora il dubbio (lo diciamo retoricamente) che al divario teorico non corrisponda una analoga distanza pratica tra le due situazioni

La costruzione teorica del principio di legalità, se qualifica un'ipotesi ad effetto espansivo come un *problema di interpretazione* del diritto, giustifica la condanna perchè ritiene che il giudice non fa che dare voce alla norma generale ed astratta che si deve applicare tra quelle coesistenti solo in apparenza al momento della commissione del fatto. Si ritiene giuridicamente (e socialmente) corretto condannare in questi casi perchè si assume che la garanzia della ragionevole prevedibilità sia soddisfatta dal fatto che la soluzione sta già nelle norme di diritto positivo e che il giudice non fa che mettere ordine e dare voce ad una soluzione già stabilita e prevista nella norma posta. Per quanto complessa e delicata possa essere questa attività, il castello teorico è solido perchè si ritiene che in un sistema di diritto positivo al momento della commissione del fatto una sola tra le norme in conflitto fosse quella realmente vigente e che il destinatario la potesse/dovesse riconoscere. Il corollario logico di questa ricostruzione è che già dalla prima sentenza in cui un giudice solleva la contrarietà al diritto comunitario, sarà possibile condannare perchè non è la sentenza ma la disposizione a fissare la norma. L'unico strumento che abbiamo per rendere più duttile questa ricostruzione teorica tutta schiacciata sul diritto positivo e sulla distinzione tra interpretazione e disapplicazione è l'ignoranza inevitabile sul precetto. Ma sappiamo quale minimo margine è concesso in pratica all'art. 5 c.p.

Quando invece il giudice qualifica il contrasto come un *problema di disapplicazione* di un atto invalido si ritiene, come accennato, che l'invalidità sia il risultato di una scoperta fatta dal giudice al momento del giudizio e che prima di questo momento quell'atto, per quanto viziato, fosse in grado di produrre un legittimo affidamento. All'opposto dei problemi di interpretazione, in caso di disapplicazione il corollario logico della garanzia della legalità di diritto positivo pretende che anche qualora tutti i giudici sistematicamente dovessero disapplicare la norma, l'imputato potrebbe continuare a farvi un legittimo

affidamento, non essendo intervenuto nessun provvedimento ablativo con efficacia *erga omnes* (art. 2 c.p.p). Questa volta la costruzione teorica e normativa si rappresenta che è la sentenza a stabilire la norma.

8. Ricostruzione. Una soluzione giuridica necessariamente insoddisfacente

Siamo giunti alla conclusione, quindi al momento di offrire la ricostruzione normativa, distinguendo tra le ipotesi speciali in cui, come per la pesca del tonno rosso, il diritto comunitario abbia espressamente previsto un margine di tolleranza (a) e le ipotesi generali nelle quali invece la normativa europea nulla dica sui margini di tolleranza (b).

(a) Per quanto concerne la pesca del tonno rosso e di tutte le altre specie⁶³ per cui sia il diritto comunitario a prevedere espressamente una disciplina sui margini di tolleranza la soluzione è relativamente agevole (cfr. par. 2). Per le ragioni indicate al paragrafo 3, nonostante la normativa comunitaria sui margini di tolleranza sia più rigorosa (*in malam partem*) di quella nazionale essa si è *legittimamente sostituita* a quella nazionale. Come argomentato siamo infatti in presenza di una normativa comunitaria integratrice del precetto in chiave di pura specificazione tecnica emanata nel quadro di criteri ed obiettivi identici a quelli stabiliti dalla legge. Il giudice quindi dovrà applicare la normativa comunitaria e *non applicare* il margine di tolleranza previsto all'art. 91 del d.p.r. del 1968.

(b) Decisamente meno lineare e soddisfacente la “soluzione” (le virgolette ci vogliono) in caso di pesca di specie per cui il diritto comunitario non prevede espressamente una disciplina sui margini di tolleranza (cfr. par. 4. e ss.).

Facciamo il punto.

(i) Per tutte le ragioni esposte (cfr. par. 4.) il diritto comunitario in queste ipotesi non ci sembra in contrasto in assoluto con la previsione di un margine nazionale di tolleranza nella misurazione degli esemplari pescati.

(ii) Siamo al contempo convinti che il contenuto dello specifico margine nazionale di tolleranza previsto all'art. 91 del d.p.r. del 1968 sia illegittimo per contrasto alla legge (cfr. par. 5 e 6).

(iii) Abbiamo visto però come il principio di legalità, combinandosi con l'efficacia *incidenter tantum* dell'istituto della disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale rendano impossibile per questa via non applicare all'imputato quella disposizione (par. 7.2.).

⁶³ Per queste specie v. *retro* nota 32

(iv) Abbiamo tuttavia mostrato come la contrarietà alla legge del margine di tolleranza previsto all'art. 91 d.p.r. del 1968 derivi dal contrasto con gli obiettivi e i criteri posti dalla legge e che tali criteri ed obiettivi siano identici con quelli posti dal diritto comunitario (cfr. par. 3). La conseguenza è che la disposizione è contraria sia (direttamente) alla legge sia (indirettamente) al diritto comunitario (cfr. par. 7.)

La disposizione protagonista di questa vicenda – l'art. 91 del d.p.r. del 1968 – è quindi *doppiamente invalida*. Così il giudice invece di percorrere la strada della contrarietà alla legge che porta alla situazione di stallo illustrata può percorrere la via della contrarietà al diritto comunitario di quella disposizione, in questo modo non applicarla e uscire dall'*impasse*.

Certo è una soluzione che ci lascia tutt'altro che soddisfatti e ci fa chiudere questo lavoro con l'amaro in bocca perchè fa emergere l'assurdo logico (e sociale) di una disposizione doppiamente illegittima (ed esattamente per gli stessi motivi!) che a seconda del tipo di invalidità registra un trattamento totalmente diverso.

Restiamo ovviamente convinti della essenziale validità della distinzione, tuttavia questa vicenda ci ha fatto capire come essa possa a volte perdere per strada il senso della garanzia che la ispira, cioè l'esigenza che il precetto penale sia ragionevolmente prevedibile *da parte del destinatario* della norma. E in questi casi la costruzione teorica con cui cerchiamo di dare voce al principio di legalità finisce per contraddire se stessa. Se in due situazioni così simili il trattamento è radicalmente diverso il rischio è che i destinatari percepiscano il fatto commesso come dei “comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate”⁶⁴.

Non riusciamo proprio a ad accettare infatti che in un caso (contrarietà alla legge) per quanto invalida questa disposizione continui a produrre un legittimo affidamento (perchè l'invalidità non è considerata ragionevolmente prevedibile, cfr. par. 7.2.) mentre nell'altro caso (contrarietà al diritto comunitario) l'invalidità stempera anche il legittimo affidamento (perchè l'invalidità è considerata invece ragionevolmente prevedibile, cfr. par. 7.1.) quando dal punto di vista del destinatario *non cambia nulla* in termini di legittimo affidamento e ragionevole predibilità.

Non cambia nulla perchè in sostanza – e da qui l'irrisolvibile paradosso positivista – è il giudice a stabilire – quindi sempre e comunque al momento del giudizio – se è lui o la legge a decidere.

⁶⁴ Così C. cost. n. 364 del 1988 par. 8 del *Considerato in diritto*.