

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria

Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche
Curriculum: Diritto penale italiano e comparato
XXVI Ciclo

Settore scientifico-disciplinare: IUS/17

**PRINCIPI E LIMITI
DI UNA POLITICA PENALE EUROPEA**

Tesi di dottorato di:
Andrea GILIBERTO
N. Matricola: R09351

Tutor:
Prof. Francesco VIGANÒ

Coordinatore:
Prof. Francesco VIGANÒ

Anno accademico 2012-2013

*Questa è la grande virtù civilizzatrice e educatrice del diritto,
del diritto anche se inteso come pura forma,
indipendentemente dalla bontà del suo contenuto:
che esso non può essere pensato se non in forma di correlazione reciproca;
che esso non può essere affermato in me
senza esser affermato contemporaneamente in tutti i miei simili;
che esso non può essere offeso nel mio simile senza offendere me,
senza offendere tutti coloro che potranno essere domani i soggetti dello stesso diritto,
le vittime della stessa offesa.
Nel principio della legalità c'è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini,
nell'osservanza individuale della legge c'è la garanzia della pace e della libertà di ognuno.*

P. Calamandrei

Sommario

INTRODUZIONE	V
1 OGGETTO E STRUMENTI PER L'INDAGINE.....	1
1.1 STORIA DELLA COMPETENZA PENALE EUROPEA SINO AL TRATTATO DI LISBONA.....	3
1.1.1 <i>Il rapporto tra diritto dell'Unione e diritto penale. Dalle origini al Trattato di Amsterdam.</i>	6
1.1.1.1 L'incidenza del diritto comunitario sul diritto penale nazionale: premessa concettuale.	7
1.1.1.2 Le sanzioni amministrative.	9
1.1.1.3 L'influenza indiretta: il principio di assimilazione.	11
1.1.1.4 Il caso del "mais greco".....	14
1.1.1.5 Il Trattato di Maastricht.....	17
1.1.2 <i>Dal Trattato di Amsterdam sino alle pronunce della Corte di giustizia del biennio 2005-2007.</i>	21
1.1.2.1 Il Consiglio europeo di Tampere.	23
1.1.2.2 La decisione quadro come strumento di armonizzazione.	26
1.1.2.3 Il modello del c.d. "doppio binario".....	31
1.1.2.4 La crisi del modello: le sentenze Pupino e Ambiente.	34
1.1.3 <i>La direttiva ambiente (2008/99/CE) e la sua attuazione come banco di prova del nuovo assetto.</i>	42
1.2 IL TRATTATO DI LISBONA.....	46
1.2.1 <i>L'art. 83 T.F.U.E.</i>	52
1.2.2 <i>Il ruolo dei Parlamenti nazionali.</i>	61
1.2.2.1 Il protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali e il protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.....	64
1.2.2.2 La Legge 234 del 2012.....	67
1.2.3 <i>La Procura europea e la tutela degli interessi finanziari dell'Unione: una competenza penale diretta?....</i>	74
2 GLI STRUMENTI ISTITUZIONALI E NORMATIVI.....	85
2.1 IL SISTEMA DELLE FONTI.	86
2.1.1 <i>I principi del diritto dell'Unione.</i>	89
2.1.2 <i>I diritti fondamentali e la Convenzione E.D.U.</i>	98
2.1.3 <i>Le tipologie di atti di diritto derivato.</i>	107
2.2 I PROCEDIMENTI DECISIONALI.....	110
2.3 L'INTERPRETAZIONE CONFORME.....	116
2.4 IL SISTEMA GIURISDIZIONALE.....	122
3 LE NORME ADOTTATE	131
3.1 I TESTI ADOTTATI PRIMA DELL'ENTRATA IN VIGORE DEL TRATTATO DI LISBONA.	133
3.1.1 <i>Convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee. ...</i>	134
3.1.2 <i>Decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro.</i>	140
3.1.3 <i>Decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti.</i>	144
3.1.4 <i>Decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo.</i>	147
3.1.5 <i>Decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani.</i> 153	
3.1.6 <i>Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.</i>	156
3.1.7 <i>Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato.</i>	160
3.1.8 <i>Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile.</i>	165

3.1.9	<i>Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti.</i>	171
3.1.10	<i>Decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione.</i>	176
3.1.11	<i>Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata.</i>	180
3.1.12	<i>Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale.</i>	185
3.1.13	<i>Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo.</i>	190
3.1.14	<i>Direttiva 2008/99/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente.</i>	197
3.1.15	<i>Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.</i>	200
3.2	I TESTI ADOTTATI DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DEL TRATTATO DI LISBONA.	204
3.2.1	<i>Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI.</i>	205
3.2.2	<i>Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio.</i>	209
3.2.3	<i>Direttiva 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 agosto 2013, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio.</i>	215
3.2.4	<i>Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato.</i>	219
3.2.5	<i>Direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione.</i>	225
4	LA LEGITTIMITÀ DELL'INTERVENTO PENALE DELL'UNIONE	227
4.1	I PRINCIPI FONDAMENTALI QUALI PARAMETRI DI LEGITTIMITÀ DEL DIRITTO PENALE EUROPEO	228
4.2	IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E I SUOI COROLLARI, STORICI/ASTORICI	236
4.2.1	<i>I corollari storici: la riserva di legge parlamentare e il supposto deficit democratico dell'Unione.</i>	243
4.2.1.1	<i>I caratteri fondanti della riserva di legge parlamentare nell'ordinamento italiano.</i>	244
4.2.1.2	<i>La patologia: le cause dell'attuale crisi della riserva di legge nell'ordinamento italiano.</i>	248
4.2.1.3	<i>La fisiologia: il modello della riserva di legge parlamentare è tuttora valido?</i>	255
4.2.1.4	<i>Le fonti legislative dell'Unione e il loro rapporto con la riserva di legge. Prove di destrutturazione.</i>	260
4.2.1.5	<i>Alcune conclusioni.</i>	270
4.2.2	<i>I corollari astorici: la conoscibilità e la prevedibilità del precetto.</i>	272
4.2.3	<i>(segue): l'efficacia della legge penale nel tempo.</i>	283
4.2.3.1	<i>Il divieto di retroattività in pejus.</i>	283
4.2.3.2	<i>La retroattività in mitius.</i>	288
4.3	IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE E ALCUNI SUOI SUPPOSTI COROLLARI.	302
4.3.1	<i>Il principio di proporzione: storia e attualità.</i>	304
4.3.1.1	<i>Il principio di proporzione materiale: l'elaborazione concettuale.</i>	307
4.3.1.2	<i>Il principio di proporzione formale: l'art. 49, par. 3, CDFUE, e la giurisprudenza in materia di c.d. competition fines.</i>	316
4.3.1.3	<i>Il principio di proporzione come limite generale alla compressione dei diritti previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'art. 52 CDFUE.</i>	325
4.3.1.4	<i>Conclusioni provvisorie.</i>	332
4.3.2	<i>Proporzione e ultima ratio.</i>	334
4.3.3	<i>Proporzione e necessaria lesività.</i>	345
4.3.4	<i>Conclusioni.</i>	350
4.4	LA COERENZA.	353

4.4.1	<i>La coerenza orizzontale</i>	355
4.4.1.1	La funzione della pena.....	357
4.4.2	<i>La coerenza verticale</i>	361
4.5	L'IMPATTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI.....	367
CONCLUSIONI		379
BIBLIOGRAFIA		385
	MONOGRAFIE E RACCOLTE.....	385
	PERIODICI	395
	PRONUNCE GIURISDIZIONALI	412
	ALTRE FONTI	417
RINGRAZIAMENTI		419

INTRODUZIONE

Il diritto penale, «per lungo tempo una materia di puro diritto nazionale (o come minimo così avvertita), è già stato raggiunto da molti anni dal diritto europeo»¹. Le dinamiche dell'influenza del diritto dell'Unione sul diritto penale degli Stati membri sono fatte oggetto di studio già almeno dalla metà degli anni '80 del secolo scorso, e tuttavia è solo successivamente all'entrata in vigore dei Trattati di Maastricht e soprattutto di Amsterdam che la materia penale e processuale penale ha fatto ingresso prepotentemente nell'attualità del legislatore europeo, grazie ad appositi strumenti normativi.

Le dinamiche di questa influenza sono variabili e diversificate, e sono inoltre in continua costante evoluzione. Punto di svolta, frequentemente definito "epocale", è l'entrata in vigore nel dicembre del 2009 del Trattato di Lisbona, in forza del quale oggi l'Unione possiede indubbiamente quella competenza ad adottare norme in materia penale che era considerata, almeno fino alla giurisprudenza della Corte di giustizia della metà degli anni 2000, uno degli ultimi baluardi della sovranità statale avverso la sempre più penetrante presenza del diritto dell'Unione in pressoché tutti i settori dell'ordinamento.

L'attribuzione di competenza penale dell'Unione, anche se al momento esercitabile solo per il tramite di direttive², e pertanto di atti non direttamente applicabili, colloca il penalista in una prospettiva in gran parte nuova, ponendogli una serie di pressanti interrogativi circa le modalità e i limiti entro i quali il legislatore europeo potrà esercitare la nuova competenza.

Questione certamente nuova e che si pone tuttavia in continuità con un'evoluzione, più o meno latente, che si stava attestando già da alcuni anni.

Il legame tra le importanti novità introdotte a Lisbona e una storia di progressivo aumento dell'ingerenza europea in materia penale, se da un lato impone una corretta comprensione del percorso storico, politico ma soprattutto giuridico che ha condotto all'attuale assetto istituzionale, fornisce dall'altro una serie di preziose indicazioni per provare a individuare la direzione lungo la quale si sta muovendo e si muoverà il diritto penale europeo.

È sulla base di queste considerazioni che è maturata la scelta di conformare il lavoro di ricerca che trova esito nella presente trattazione sulla base di alcune concorrenti direttrici.

¹ SATZGER, *Le carenze della politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2010, p. 1278.

² E tuttavia si vedrà che neppure questa è affermazione del tutto pacifica.

In primo luogo, si è ritenuto di non potersi prescindere da un'analisi, seppure sintetica, della storia delle interferenze tra il diritto comunitario prima ed europeo poi con la materia penale, così da comprendere esattamente i fondamenti su cui poggia il sistema vigente, così come delineato dal Trattato di Lisbona.

In secondo luogo, constatato che l'Unione esercita già da tempo un competenza penale in sede di cooperazione intergovernativa, si è effettuata una sintetica analisi di alcuni tra i principali strumenti adottati sino ad oggi.

Da ultimo, e sulla base delle provvisorie conclusioni raggiunte, si è passati ad indagare la presenza e la consistenza nell'ordinamento dell'Unione dei più importanti principi fondamentali che regolano, a livello nazionale, la materia penale, per poi provare a trarre alcuni indirizzi di carattere politico criminale che, lungi dall'essere *conclusivi* sono volti piuttosto a rappresentare delle basi di partenza per un'analisi *in action* della legislazione penale che le istituzioni dell'Unione hanno da ultimo adottato e soprattutto che adotteranno nel prossimo futuro.

L'esposizione è stata suddivisa in quattro capitoli: un primo capitolo cercherà di ricostruire, con inevitabile approssimazione e con lo sguardo rivolto al prosieguo dell'indagine, la storia del diritto penale dell'Unione europea, focalizzando l'attenzione sull'approdo rappresentato dall'attuale assetto istituzionale derivato dal vigore del Trattato di Lisbona; un secondo capitolo fornirà poi le sintetiche necessarie indicazioni circa alcuni istituti e strumenti di diritto dell'Unione europea, così da costruire un essenziale bagaglio concettuale per proseguire con maggiore speditezza la trattazione successiva; un terzo capitolo fornirà un breve e mirato *excursus* sulla legislazione sino ad oggi adottata, con l'intento di verificare "sul campo" i caratteri dell'attività normativa europea e poter fondare la successiva disamina su presupposti empirici; un quarto e ultimo capitolo proverà infine a tematizzare alcuni tra i fondamentali principi in materia di legislazione penale, e particolarmente la legalità, la proporzione e la coerenza, chiudendo l'esposizione con alcuni spunti circa la funzione (non già limitativa bensì) fondativa del diritto penale che viene da più parti attribuita oggi ai diritti umani, specialmente nell'ambito di applicazione della Convenzione EDU.

L'intento, sotteso all'intera riflessione ma esplicitato nel titolo, è quello di indagare se l'attività normativa dell'Unione in materia penale *sia in grado* oggi di assurgere a vera e propria *politica criminale*, intrecciando le singole e talvolta apparentemente sconnesse istanze di criminalizzazione in una trama unitaria, intessuta nei fondamenti sui quali poggia il moderno diritto penale degli Stati membri. Una ricerca sulla *possibilità* di identificare una politica criminale

europea che rivela al contempo un'istanza deontica: l'impiego e il rispetto di principi e limiti risponde infatti a una necessità, la medesima che giustifica dal XVII secolo in avanti la pretesa che ogni legislatore penale in ogni stato di diritto orienti l'esercizio della propria potestà punitiva al rispetto della dignità di ogni essere umano.

1 OGGETTO E STRUMENTI PER L'INDAGINE

SOMMARIO. 1.1 Storia della competenza penale europea sino al Trattato di Lisbona. - 1.1.1 Il rapporto tra diritto dell'Unione e diritto penale. Dalle origini al Trattato di Amsterdam. - 1.1.1.1 L'incidenza del diritto comunitario sul diritto penale nazionale: premessa concettuale. - 1.1.1.2 Le sanzioni amministrative. - 1.1.1.3 L'influenza indiretta: il principio di assimilazione. - 1.1.1.4 Il caso del "mais greco". - 1.1.1.5 Il Trattato di Maastricht. - 1.1.2 Dal Trattato di Amsterdam sino alle pronunce della Corte di giustizia del biennio 2005-2007. - 1.1.2.1 Il Consiglio europeo di Tampere. - 1.1.2.2 La decisione quadro come strumento di armonizzazione. - 1.1.2.3 Il modello del c.d. "doppio binario". - 1.1.2.4 La crisi del modello: le sentenze *Pupino* e *Ambiente*. - 1.1.3 La direttiva ambiente (2008/99/CE) e la sua attuazione come banco di prova del nuovo assetto. - 1.2 Il Trattato di Lisbona. - 1.2.1 L'art. 83 T.F.U.E. - 1.2.2 Il ruolo dei Parlamenti nazionali. - 1.2.2.1 Il protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali e il protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. - 1.2.2.2 La Legge 234 del 2012. - 1.2.3 La Procura europea e la tutela degli interessi finanziari dell'Unione: una competenza penale diretta?

Prima di addentrarsi nelle coordinate della complessa analisi che questo lavoro si prefigge di tracciare, è opportuno fornire al lettore una serie di strumenti utili all'indagine. La materia è infatti, come detto, caratterizzata per uno spiccato carattere interdisciplinare che stimola l'interazione del diritto pubblico (e in particolare del diritto costituzionale), del diritto dell'Unione europea e del diritto penale¹. Ciò porta come immediata conseguenza un certo carattere specialistico della materia che ci occupa, con il correlato grado di difficoltà di accesso per i "non addetti ai lavori", nonché un livello di complessità aggiuntivo cagionato dalle interazioni e intersezioni tra i diversi ambiti e il correlativo bagaglio concettuale, ermeneutico e assiologico.

Questo carattere, peculiare della materia in esame, consiglia di premettere all'indagine una serie di richiami, necessariamente sintetici, volti a fornire alcune essenziali coordinate: innanzitutto, in prospettiva per così dire diacronica, sulla storia e l'evoluzione, soprattutto recenti, dell'Unione europea e del contesto giuridico nella quale essa vive, ciò di cui si tratterà nel presente capitolo; in secondo luogo, su un piano stavolta sincronico, circa gli strumenti con i quali essa opera, con particolare riguardo ai loro effetti sul diritto penale, dei quali si tratterà nel successivo secondo capitolo.

Giovano una preliminare nota di metodo e un importante *caveat*.

Innanzitutto, le segnalate intersezioni hanno prodotto "vittime illustri" fin sul piano lessicale, costringendo persino le stesse Istituzioni a fornire il sito web del Consiglio dell'Unione europea di uno specchietto di disambiguazione che ne distingue ruolo e posizione rispetto al Consiglio

¹ Per tacere, ovviamente, del diritto processuale penale e delle singole materie volta a volta considerate dalla normativa dell'Unione.

europeo e al Consiglio d'Europa². Ma è soprattutto con i sintagmi "Unione Europea", "Comunità Europea" e "Europa" che si corre il facile rischio di sovrapporre e indifferenziare: si sceglie pertanto qui, sulla scorta di attenta dottrina³, di porre in evidenza, per quanto consentito, le differenze, usando "Europa" per indicare la realtà politica o sociale e le altre due espressioni per le realtà giuridiche che esse sottendono⁴; del pari, si impiegheranno le espressioni "Convenzione EDU" e "Corte EDU" per indicare documento e giudice propri del diverso⁵ spazio del Consiglio d'Europa.

Il *caveat*, da parte sua, consiste in questo: la pretesa e lo scopo di questo capitolo come del seguente sono quelli non tanto di approfondire esaustivamente i diversi temi cennati⁶, col che si sconfinerebbe in discipline ben distanti e soprattutto si necessiterebbe di spazi e competenze immensamente più ampi, quanto piuttosto di fornire una sorta di bagaglio di viaggio, un "prontuario" al quale fare riferimento per rendere più scorrevole e sicura la lettura dei capitoli che seguiranno⁷. Non stupisca pertanto di non trovare una perfetta linearità di esposizione, essendosi preferito privilegiare la struttura, schematica e concisa, rispetto all'ordinata introduzione di concetti e istituti⁸.

² <http://www.consilium.europa.eu/council?lang=it> (url consultato il 10 febbraio 2015).

³ EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, 2007, p. 26 e VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005

⁴ Questo risulterà particolarmente utile quando si tratterà della diversa collocazione di competenze tra primo e terzo pilastro (su cui *infra*). È viceversa noto che, a mente dell'art. 1, § 3, TUE nella versione emendata dal Trattato di Lisbona, a far data dalla sua entrata in vigore "L'Unione sostituisce e succede alla Comunità europea", col che il punto è da considerarsi superato in prospettiva attuale e rilevante solo in prospettiva di ricostruzione storica.

⁵ Ma sempre più interconnesso (cfr. *infra*, par. 2.1.2).

⁶ Analogo avvertimento in HERLIN-KARNELL, *The constitutional dimension of European criminal law*, Oxford, 2012, p. 11, segnale che la necessità di offrire un ideale "bagaglio di viaggio" è particolarmente avvertita nella materia *de qua* in ragione delle peculiari intersezioni interdisciplinari dalle quali è caratterizzata.

⁷ Segnala questa esigenza, adottando un simile metodo, SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007.

⁸ Ad esempio, trattare sinteticamente dell'evoluzione del diritto penale europeo (capitolo 1) implica la conoscenza delle tipologie di atti normativi delle Comunità e dell'Unione, che invece sono collocati successivamente (capitolo 2); si è preferito tuttavia privilegiare la chiarezza strutturale rispetto alla perfetta consequenzialità dell'esposizione.

1.1 Storia della competenza penale europea sino al Trattato di Lisbona.

Il 9 maggio 1950 il Ministro degli Esteri francese Robert Schuman pronunciò una breve e asciutta dichiarazione⁹ che segnò di fatto l'avvio del cammino di integrazione europea, un cammino iniziato già da tempo nelle idee di taluni pensatori¹⁰ e in altri atti di natura politica¹¹ ma che vide attuarsi quel giorno il primo concreto passo di natura politica: seguirono infatti i negoziati che portarono il 18 aprile dell'anno seguente alla firma del Trattato istitutivo della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA)¹², e il 25 marzo 1957 alla firma dei Trattati istitutivi dell'EURATOM (Comunità europea dell'energia atomica) e della CEE (Comunità economica europea).

⁹ Si riporta il testo della dichiarazione, disponibile in molteplici fonti, tra cui il sito dell'Unione all'indirizzo http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_it.htm (url consultato il 10 febbraio 2015).

“La pace mondiale non potrà essere salvaguardata se non con sforzi creativi, proporzionali ai pericoli che la minacciano. Il contributo che un'Europa organizzata e vitale può apportare alla civiltà è indispensabile per il mantenimento di relazioni pacifiche. La Francia, facendosi da oltre vent'anni antesignana di un'Europa unita, ha sempre avuto per obiettivo essenziale di servire la pace. L'Europa non è stata fatta: abbiamo avuto la guerra.

L'Europa non potrà farsi un una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto. L'unione delle nazioni esige l'eliminazione del contrasto secolare tra la Francia e la Germania: l'azione intrapresa deve concernere in prima linea la Francia e la Germania.

A tal fine, il governo francese propone di concentrare immediatamente l'azione su un punto limitato ma decisivo.

Il governo francese propone di mettere l'insieme della produzione franco-tedesca di carbone e di acciaio sotto una comune Alta Autorità, nel quadro di un'organizzazione alla quale possono aderire gli altri paesi europei. La fusione della produzioni di carbone e di acciaio assicurerà subito la costituzione di basi comuni per lo sviluppo economico, prima tappa della Federazione europea, e cambierà il destino di queste regioni che per lungo tempo si sono dedicate alla fabbricazione di strumenti bellici di cui più costantemente sono state le vittime.

La solidarietà di produzione in tal modo realizzata farà sì che una qualsiasi guerra tra la Francia e la Germania diventi non solo impensabile, ma materialmente impossibile. La creazione di questa potente unità di produzione, aperta a tutti i paesi che vorranno aderirvi e intesa a fornire a tutti i paesi in essa riuniti gli elementi di base della produzione industriale a condizioni uguali, getterà le fondamenta reali della loro unificazione economica.

Questa produzione sarà offerta al mondo intero senza distinzione né esclusione per contribuire al rialzo del livello di vita e al progresso delle opere di pace. Se potrà contare su un rafforzamento dei mezzi, l'Europa sarà in grado di proseguire nella realizzazione di uno dei suoi compiti essenziali: lo sviluppo del continente africano. Sarà così effettuata, rapidamente e con mezzi semplici, la fusione di interessi necessari all'instaurazione di una comunità economica e si introdurrà il fermento di una comunità più profonda tra paesi lungamente contrapposti da sanguinose scissioni.”

¹⁰ In particolare Altiero Spinelli.

¹¹ Ci si riferisce alla cooperazione funzionale all'attuazione del piano Marshall e all'Autorità internazionale della Ruhr, su cui più approfonditamente POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, 2006, p. 7 ss.

¹² Il testo dei Trattati e delle successive modifiche è disponibile, oltre che in appendice a numerosi codici, sul sito dell'Unione all'indirizzo http://europa.eu/about-eu/basic-information/decision-making/treaties/index_it.htm (url consultato il 10 febbraio 2015).

Lo stesso Schuman definisce tale «azione» come «un punto limitato ma decisivo» rispetto a due scopi fondamentali di amplissimo respiro: la salvaguardia della «pace mondiale» e la creazione di una «federazione europea»¹³. Questa prospettiva, espressione del *cd. “metodo funzionalista”*¹⁴, ha improntato tutta la successiva storia dell’integrazione europea, intrecciando un «legame indissolubile e indiscutibile»¹⁵ con il successo di tale modello di integrazione. Essa non deve essere però considerata un attributo scontato di tale realtà: in origine infatti, accanto al generalizzato consenso attorno all’idea di un’Europa unita, si contendevano il campo in quanto al *modo* di questa unificazione tre differenti prospettive, “funzionalista”, “unionista” e “federalista”, che hanno dato vita a diverse realtà politico-istituzionali le cui alterne sorti¹⁶ hanno condotto alla prevalenza del metodo funzionalista, che tutt’oggi¹⁷ spiega importante influenza sull’azione del legislatore europeo, anche quando si occupa della materia penale.

È proprio in seguito al fallimento dei progetti derivanti dalla diverse concezioni di unità dell’Europa, e al parallelo successo delle realtà costruite in base alla sua prospettiva, che il metodo funzionalista ha potuto trionfare e costituire progressivamente un carattere imprescindibile dell’azione europea.

È allora opportuno dedicare qualche breve cenno ad illustrare *i caratteri del metodo funzionalista e i suoi corollari*.

Il metodo funzionalista si caratterizza per una prospettiva “invertita” rispetto ai criteri canonici di formazione degli Stati nazionali e anche rispetto alla classica configurazione degli

¹³ Schuman indica per la verità un’ulteriore finalità, che, se può essere associata alla salvaguardia della pace mondiale, fa comunque pensare: «l’attuazione di uno dei compiti fondamentali [dell’Europa]: lo sviluppo del continente africano».

¹⁴ L’espressione “metodo funzionalista” definisce proprio il legame tra l’obiettivo politico a breve termine (nel caso della dichiarazione di Schuman, la produzione congiunta del carbone e dell’acciaio) e l’obiettivo a lungo o lunghissimo termine (qui appunto la pace e la creazione di una struttura istituzionale comune). Per un’esposizione più dettagliata si rinvia subito *infra*, nonché al discorso pronunciato dall’allora Presidente della Commissione Romano Prodi in occasione del cinquantesimo anniversario della Dichiarazione, disponibile all’indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-02-51_it.htm (url consultato il 10 febbraio 2015).

¹⁵ SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 2.

¹⁶ Si consideri il naufragio della Comunità Europea di Difesa, improntata sul metodo federalista, la quale intendeva perseguire una progressiva cessione di importanti aree di sovranità, iniziando proprio dalla difesa militare e dalla creazione di un sistema penale sovranazionale. O ancora il forte ridimensionamento politico delle aspettative sull’OECE, oggi stabilizzatasi quale realtà di confronto e studio a carattere consultivo. Sul punto, una cui più approfondita trattazione esula dai fini del presente lavoro, leggasi più ampiamente SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 3 ss., e GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano 1989, p. 42 ss. e le opere ivi citate.

¹⁷ Cfr. ad es. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 3/2010, pp. 1147-1148.

organismi internazionali¹⁸: sotto il primo aspetto l'affermazione è giustificata dal fatto che l'integrazione, anziché partire dall'unità politica per procedere poi verso una dimensione culturale, economica e sociale unitaria, segue un percorso inverso, assumendo come punto di azione primo e privilegiato quello economico, che diviene quindi strumentale agli altri canali di integrazione; quanto al confronto con gli altri organismi internazionali, fondati sulle relazioni tra gli Stati che di volta in volta li costituiscono o vi aderiscono, l'Europa ha nelle sue finalità¹⁹ l'unione tra i *popoli* europei, unità che è posta in chiaro rapporto di scopo a mezzo rispetto all'integrazione economica.

La prospettiva funzionalista ha tre "corollari"²⁰, tre conseguenze inscindibili che caratterizzano e danno ragione del concreto atteggiarsi dell'operato delle istituzioni europee:

- *l'allargamento continuo delle competenze*, per cui si potrebbe dire che l'Europa esiste solo a condizione che continui ad allargare le aree destinate alla sua attività (non solo normativa). Tutto ciò, sintetizzabile nell'efficace metafora della bicicletta²¹, reca con sé alcune conseguenze squisitamente giuridiche: anzitutto il carattere teleologico delle competenze attribuite dai Trattati alla Comunità, per cui sono indicati piuttosto i fini da perseguire che gli strumenti giuridici attribuiti per attuarli; poi, il largo utilizzo che di tale canone ermeneutico fa la Corte di giustizia; ancora, la cd. dottrina dei poteri impliciti²², per cui la Comunità possiede tutti i poteri che le sono necessari per realizzare i suoi scopi legittimi; infine il concetto stesso di *acquis communautaire*, che ben rappresenta l'intangibilità delle competenze acquisite e che fa da "contraltare" alla mobilità di quelle in via di acquisizione;

- *il problematico rapporto tra allocazioni giuridica e politica del potere decisionale*, per cui il tasso di burocratizzazione dell'Europa va in qualche modo a colmare il suo *deficit* democratico, specialmente nei momenti in cui la spinta politica risulta debole o carente²³ (legandosi ciò al concetto di *acquis*, di modo che ciò che è conquistato per via tecnica è molto difficilmente

¹⁸ Le Comunità, e l'Unione oggi, restano organismi di diritto internazionale: «la dimensione internazionale, che è il primo livello del sistema giuridico dell'Unione complessivamente considerato, resta ancora un dato ineliminabile» (TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 204). Cfr. anche SATZGER, *International and European criminal law*, Oxford, 2012, p. 44.

¹⁹ Sempre più espressamente, si vedano in proposito gli artt. 2 TCE, il preambolo al TFUE, gli artt. 1 e 3 TUE.

²⁰ Per il lessico usato e per la categorizzazioni che segue, cfr. SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 6.

²¹ «La Comunità europea è come una bicicletta, per stare in piedi deve sempre muoversi» (Jacques Delors).

²² Per approfondimenti CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, in MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. Vol. II - L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, pp. 91 ss.

²³ Cfr., per un'interessante cronologia, SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 10 s.

revocabile per via politica ma anzi risulta spesso punto di aggregazione per la sua successiva condivisione sociale);

- *il continuo bisogno di attività*, di nuovi passi normativi da compiere, per cui le decisioni e gli obiettivi sono formulati in modo da essere superati, con una conseguente instabilità fisiologica dell'assetto normativo²⁴.

Da questi caratteri del funzionalismo discendono conseguenze in ordine al "tipo di diritto" che l'ordinamento europeo produce: anzitutto è storicamente estranea alla dimensione europea l'idea di codificazione (intesa come stabilizzazione per il futuro di un sistema coerente di norme); è invece generoso l'impiego dei principi²⁵, che però a differenza che nelle realtà nazionali non sono positivizzati in documenti di rilievo costituzionale (e da ciò deriva la grande spinta che ben presto è emersa in favore dell'introduzione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, nel cd. processo di "costituzionalizzazione dei Trattati", che ha il fine di legittimare l'elencazione e l'impiego che si fa di tali principi²⁶).

1.1.1 Il rapporto tra diritto dell'Unione e diritto penale. Dalle origini al Trattato di Amsterdam.

Assioma cardine della materia che ci occupa è senza dubbio l'affermazione, tratata e condivisa, per la quale «[i]n via di principio, la legislazione penale e le norme di procedura penale restano di competenza degli Stati membri»²⁷.

Ciò non ha tuttavia impedito al diritto penale e al diritto comunitario di intraprendere una progressiva, per lungo tempo silente²⁸, opera di reciproco avvicinamento, caratterizzata dalla sempre più evidente emersione di un fondamentale profilo di contrasto e contraddizione, che si

²⁴ Sul punto cfr. ABÉLÈS, *En atteinte d'Europe*, Parigi, 1996, citato in SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 12.

²⁵ La distinzione delle norme in "regole" e "principi" si fonda sul diverso tipo di giudizio che essi implicano, le prime un univoco "dentro-fuori" mentre i secondi un contingente bilanciamento di interessi; da ciò discendono varie conseguenze, tra le quali: la diversa attività esegetica richiesta all'interprete, il diverso atteggiarsi del concorso tra regole e principi di provenienza interna o europea, la differente applicabilità dei criteri di risoluzione dei conflitti tra norme. Per questi rilievi cfr., ad es., SOTIS, *Il diritto*, cit., particolarmente p. 251 s., e EPIDENDIO, *Diritto*, cit., p. 104 ss. Per un discorso più approfondito sui principi si veda inoltre *infra* nel capitolo successivo i parr. 2.1.1 e 2.1.2.

²⁶ Cfr. l'attuale dibattito inerente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (*infra*, par. 2.1.2).

²⁷ CGUE, 11 novembre 1981, causa 203/80, Casati, par. 27.

²⁸ Assai recente è la consapevolezza, tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza, dei complessi profili di intersezione che costituiscono quello che oggi può chiamarsi "diritto penale europeo", e probabilmente della stessa possibilità di concepire una siffatta branca della scienza giuridica. Esempio ne è l'apparente "disinvoltura" con la quale negli anni '60 vengono approvati (passando sotto assoluto silenzio) alcuni regolamenti contenenti disposizioni penali *self-executing* (cfr. il Reg. 188/64/CE, sul quale *infra* in questo paragrafo), possibilità questa pacificamente esclusa per le ragioni che si vedranno *infra*.

realizza nell'«incontro tra il principio di prevalenza del diritto comunitario e quello di riserva di legge del diritto penale, che determina un universo giuridico paradossale, composto per un verso da norme – quelle comunitarie – prevalenti ma incompetenti e per altro verso da altre norme – quelle penali nazionali – competenti in via esclusiva ma subordinate alle prime»²⁹.

Tale processo di avvicinamento si fonda, in definitiva, sulla sempre più pressante esigenza per l'Unione di dare risposta a obiettive domande di tutela correlate con il progressivo emergere di beni e valori di origine o comunque di interesse comunitario; per altro verso, un ruolo non secondario riveste anche la (altrettanto progressiva e crescente) esigenza per l'Unione di mostrare un volto costituzionale e identitario atto a colmare il divario, sempre più avvertito anche nell'opinione pubblica europea, tra sviluppo tecnico, istituzionale e giuridico e momento di sintesi culturale e ideologica³⁰.

Ciò premesso, è altrettanto vero che tale opera di avvicinamento e di intersezione, ricollegandosi all'emersione di sempre nuovi oggetti comunitari di tutela, fa data a tempi più recenti, e che, fino all'opera "correttiva" del Trattato di Amsterdam sulla ripartizione in pilastri già costruita a partire da Maastricht, gli effetti del diritto comunitario sul diritto penale si limitavano a ben definite categorie.

1.1.1.1 *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto penale nazionale: premessa concettuale.*

L'incidenza del diritto comunitario sul diritto penale nazionale è stata sin dall'inizio classificata secondo *diverse coppie concettuali*³¹. In particolare, essa può essere espansiva o riduttiva³²: *espansiva*, quando ha quale conseguenza l'introduzione³³ di nuove fattispecie incriminatrici, l'estensione della loro applicabilità a casi ulteriori rispetto a quelli già ricompresi ovvero ancora l'aggravamento della cornice sanzionatoria di fattispecie già esistenti; *riduttiva*, quando, al contrario, impone carattere di liceità a condotte che siano invece criminalizzate negli

²⁹ SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1147.

³⁰ Per questa riflessione, cfr. SOTIS, *loc. op. ult. cit.*, ma anche ID., *Il diritto*, cit., *passim*, nonché questo lavoro, *infra*, par. 2.1.2.

³¹ In proposito, e per apprezzare la perdurante validità di tali distinzioni, leggansi, tra gli altri, GRASSO, *Comunità*, cit., p. 2, nonché ID., *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 6 s.

³² Per un altro lessico, nella coppia oppositiva "positivo/negativo", cfr. ad es. HERLIN-KARNEL, *The constitutional*, cit., p. 16.

³³ Perlomeno potenziale. Si pensi al caso in cui lo Stato membro posseda già nel proprio ordinamento una norma in grado di soddisfare l'obbligo di tutela: nulla muterà nell'ordinamento interno di tale Stato anche a seguito della statuizione dell'obbligo di criminalizzazione.

ordinamenti nazionali. Ancora, essa può essere diretta o riflessa: *diretta*, quando la norma comunitaria produce direttamente l'effetto voluto sull'ordinamento nazionale; *riflessa*, quando la norma non mira a operare tali effetti i quali si realizzano «per l'ordinario operare dei meccanismi giuridici che sovrintendono ai rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento degli Stati membri (si fa riferimento in primo luogo al principio di preminenza)»³⁴.

Tralasciando in questa sede di trattare dei fenomeni riduttivi³⁵, i quali pure costituiscono - nel periodo iniziale delle dinamiche di interrelazione del diritto comunitario con il diritto penale nazionale - la principale e più rilevante modalità di influenza, la portata espansiva del diritto comunitario si è sin dall'inizio realizzata a presidio di due categorie di interessi meritevoli di tutela³⁶: da un lato, i «beni propriamente istituzionali, cioè correlati all'esistenza stessa delle Comunità»³⁷ in quanto necessari per l'esercizio di poteri e competenze loro proprie; dall'altro «gli interessi che nascono dall'attività normativa delle Comunità» e per i quali l'ampiezza dei compiti delle Comunità stesse e l'emersione di beni di nuova generazione o di innovato interesse ha condotto a una «comunitarizzazione» di interessi propri dei singoli Stati³⁸.

A presidio di tali beni le Comunità sono intervenute mediante *due tipologie di strumenti*, di carattere diretto e indiretto: alla prima tipologia appartengono sicuramente le configurazioni di fattispecie di illeciti comunitari, aventi carattere non penale ma amministrativo³⁹; alla seconda,

³⁴ GRASSO, Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, IV, 2011, p. 2309.

³⁵ Essi si realizzano, come detto, quando il diritto comunitario, normalmente in relazione all'attuazione delle c.d. quattro libertà fondamentali (di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali), impone agli Stati membri di garantire spazi di libertà che risultano incompatibili con la persistente vigenza di norme che ostacolano l'esercizio di tali libertà: tra queste norme, che divengono per ciò stesso illegittime, possono rientrare anche norme incriminatrici o, più in generale, norme aventi carattere sanzionatorio/repressivo. Tale novero di effetti costituisce il primo punto di contatto storicamente accertabile tra il diritto penale e il diritto comunitario, «[the latter] somewhat concerned that national criminal law might hinder the implementation of the European Internal Market by violating the fundamental freedoms [e.g.] domestic criminal law provisions penalising the import or export of certain products openly conflicted with the free movement of goods» (SATZGER, *International*, cit., p. 44).

³⁶ GRASSO, Il Trattato di Lisbona, cit., p. 2310 s. Similmente in MANACORDA, *Le droit pénale et l'Union européenne: esquisse d'un système*, in *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 99, (in SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 70); BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo: esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 381 ss.. Una diversa classificazione, fondata sulla critica alle diverse ricostruzioni, affette tutte da un'asserita carenza di capacità selettiva, è proposta da SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 69 ss.: l'Autore distingue in beni strumentali all'esistenza, beni strumentali al funzionamento e beni strumentali all'identità, rilevando come a tali categorie corrispondano diverse forme di statuizione degli obblighi di tutela su cui infra.

³⁷ GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 2310.

³⁸ GRASSO, *op. loc. ult. cit.*.

³⁹ Rinvio *infra* per approfondimenti, giova segnalare, anche alla luce del delicato e incerto confine tra la materia penale e il diritto amministrativo sanzionatorio, che tali sanzioni vengono classificate come «Criminal Law in a broader sense» da SATZGER, *International*, cit., p. 49 (corsivo mio), e che in proposito HERLIN-KARNELL, *The constitutional*,

l'affidamento agli Stati membri del ruolo di tutelare, mediante le loro risorse sanzionatorie, i beni di rilievo comunitario.

1.1.1.2 *Le sanzioni amministrative.*

Le sanzioni amministrative comunitarie costituiscono di certo un risalente e consolidato strumento di protezione e di armonizzazione/omogeneizzazione sanzionatoria, nella duplice forma delle sanzioni c.d. accentrate e di quelle c.d. decentrate⁴⁰, le prime previste e applicate da organi della Comunità con effetti di vera e propria unificazione, le seconde previste in sede sovranazionale ma la cui applicazione è demandata a organi nazionali a ciò deputati con effetti di mera armonizzazione. La distinzione tra queste due tipologie è in realtà andata sfumando nel tempo⁴¹, per effetto da un lato del «processo di “decentralizzazione”»⁴² che ha caratterizzato la più recente evoluzione del settore della concorrenza, al quale appartengono storicamente tutte le sanzioni accentrate, e dall'altro della previsione di meccanismi accentrati anche in altri settori, tradizionalmente presidiati da strumenti sanzionatori decentrati.

Nel percorso evolutivo del sistema sanzionatorio amministrativo delle Comunità devono segnalarsi, anche per l'utilità che possiedono ai fini del presente lavoro⁴³, due snodi fondamentali.

Si deve infatti alla Corte di giustizia l'affermazione, in una storica sentenza del 1992⁴⁴, di un *generale potere sanzionatorio del sistema comunitario* nel suo complesso, ponendo in tal modo dei «principi fondamentali per la ricostruzione del sistema delle sanzioni amministrative comunitarie»⁴⁵.

cit., p. 11, osserva che «the so-called administrative sanctions ... are regarded as non-criminal law by the EU institutions but ... are extremely hard to distinguish from 'criminal law' *stricto sensu*».

⁴⁰ Per il lessico e per ulteriori più approfonditi riferimenti, anche bibliografici, cfr. tra gli altri BERNARDI, *L'armonizzazione*, cit., pp. 444 ss., nonché MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in GRASSO, PICOTTI, SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 71 s. e *passim* par. 3.

⁴¹ Non è questa la sede per affrontare il percorso evolutivo delle sanzioni comunitarie prima del reg. 2988/95/CE: basti dire che le sanzioni accentrate traggono origine nel settore della concorrenza, la cui disciplina è oggi confluita nel reg. 1/2003/CE, mentre quelle decentrate tendono a colpire mediante obblighi di restituzione maggiorata o esclusione o diminuzione di aiuti e benefici comunitari nei settori dell'agricoltura, della caccia e della pesca. Per queste indicazioni cfr. BERNARDI, *op. ult. cit.*, p. 445 s., e MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 102 s.

⁴² BERNARDI, *op. ult. cit.*, p. 447.

⁴³ Nonché per il rinnovato interesse del quale godono in tempi recenti, soprattutto in chiave di antidoto al rischio di ipercriminalizzazione segnalato in dottrina a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (vd., per tutti, MAUGERI, *Il principio di proporzione*, cit., pp. 98 s. e 112 s.).

⁴⁴ CGCE, 27 ottobre 1992, *Repubblica Federale Tedesca c. Commissione*, C-240/90; vedasi già in particolare il par. 18.

⁴⁵ GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 2312.

Se si eccettuano, infatti, le ammende previste dai Trattati e dai regolamenti in materia di concorrenza⁴⁶, le misure in discorso sono strumenti «previsti originariamente, ..., per finalità *reintegrative* del patrimonio comunitario di sovvenzioni irregolarmente versate»⁴⁷, e “reimpiegati” poi dalle istituzioni comunitarie con finalità afflittive. La sentenza citata ha provveduto ad avallare espressamente la legittimità di questa operazione evolutiva, affermando «la piena legittimità di tali sanzioni di cui riconosce la natura amministrativa: l'introduzione di sanzioni amministrative è consentita alle istituzioni comunitarie anche nei casi non esplicitamente previsti nei trattati istitutivi; l'unica condizione è che la previsione delle sanzioni risulti “necessaria” per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti»⁴⁸.

Da tale *grand arrêt* deriva il secondo degli snodi surrichiamati, ovvero *l'emanazione del regolamento 2988/95/CE* del Consiglio, del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità. Allo sviluppo del sistema sanzionatorio comunitario, così sancito dalla Corte, non corrispondeva infatti (e *strictu sensu* non corrisponde tuttora) la previsione di «una completa regolamentazione delle sanzioni accentrate, una lacuna che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha cercato di colmare ... facendo ricorso ai principi generali comuni agli Stati membri»⁴⁹⁵⁰. In relazione a tale esigenza, e con riferimento allo specifico e cruciale settore della protezione degli interessi finanziari della Comunità, il più importante ambito applicativo delle sanzioni decentrate, il legislatore comunitario ha allora introdotto una disciplina generale che sin da subito è stato riguardato dagli operatori e dagli interpreti come un «“*codice di regolamentazione*” delle sanzioni comunitarie»⁵¹, svolgendo così una funzione armonizzatrice dei sistemi applicativi nazionali delle sanzioni comunitarie.

Il regolamento⁵² fornisce all'art. 1 una definizione generale di irregolarità («qualsiasi violazione di una disposizione del diritto comunitario derivante da un'azione o un'omissione di un

⁴⁶ Per le quali è risalente l'affermazione della loro natura punitiva. Cfr. CGCE, 15 luglio 1970, *ACF Chemiefarma NV c. Commissione*, causa 41/69: tali misure «hanno lo scopo di reprimere comportamenti illeciti, come pure di prevenire il loro ripetersi» e vanno pertanto al di là di mere finalità ripristinatorie o riparatorie.

⁴⁷ SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 44, nt. 52, corsivo mio.

⁴⁸ GRASSO, *Introduzione*, cit., p. 63.

⁴⁹ Sui quali cfr. *infra*, par. 2.1.2.

⁵⁰ MAUGERI, *Il principio di proporzione*, cit., p. 98.

⁵¹ MAUGERI, *Il principio di proporzione*, cit., p. 99, corsivo dell'Autrice.

⁵² Per la cui approfondita analisi si rimanda integralmente a MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. 1: la natura giuridica delle sanzioni comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/1999, pp. 527 ss., nonché EAD., *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. 2., I principi fondamentali delle sanzioni comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/1999, pp. 929 ss..

operatore economico che abbia o possa avere come conseguenza un pregiudizio» agli interessi finanziari)⁵³, mentre all'art. 2 sono elencati e richiamati i principi di sussidiarietà / *extrema ratio* (co. 1), irretroattività *in pejus* e retroattività *in mitius* (co. 2), proporzione (co. 3). Gli articoli 4 e 5 prevedono poi le diverse tipologie di sanzioni, riparatorie e reintegratrici quelle di cui all'art. 4, punitive quelle enumerate al successivo art. 5; mentre le misure della prima tipologia sono sempre applicabili quale «reazione minima al comportamento irregolare»⁵⁴, quelle previste dall'art. 5 sono applicabili solo alle «irregolarità intenzionali o causate da negligenza» (art. 5). La giurisprudenza ha poi avuto modo di precisare che queste ultime non costituiscono sanzioni penali in quanto prive della funzione di stigma sociale⁵⁵.

Se pertanto, in una prima fase di interazione tra diritto comunitario e diritto penale, la tutela dei beni giuridici comunitari è stata perseguita mediante un'implementazione del sistema sanzionatorio amministrativo, il diritto penale ha iniziato ad essere coinvolto non più soltanto come limite esterno alla potestà sanzionatoria sopranazionale ma anche come componente attiva dell'architettura di tutela. Ci si riferisce a quello che è considerato come il primo fenomeno di interazione diretta, ovvero alla tecnica dell'assimilazione.

1.1.1.3 *L'influenza indiretta: il principio di assimilazione.*

Il cd. "principio di assimilazione" consiste in questo: «la norma comunitaria prevede che le disposizioni penali degli Stati membri poste a tutela di certi interessi nazionali si applichino anche [...] alla tutela dei corrispondenti interessi della Comunità»⁵⁶, normalmente per mezzo dell'estensione di particolari qualificazioni giuridiche, come il concetto di "segreto d'ufficio", di "pubblico ufficiale" o di "testimone". Tale estensione viene operata da una seconda norma, di fonte nazionale.

Lo schema non è nuovo al diritto nazionale (basti pensare agli articoli 268 e 247 c.p.⁵⁷, il primo dei quali prevede l'estensione della fattispecie del secondo al favoreggiamento bellico in

⁵³ Cfr. *amplius*, MAUGERI, *Il principio di proporzione*, cit., p. 113 ss..

⁵⁴ MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 102.

⁵⁵ Già la citata CGCE, 27 ottobre 1992, C-240/90, parr. 24 ss., nonché, *amplius*, nella *Conclusioni* rassegnate dall'Avv. Gen. Jacobs, parr. 11 ss.; più particolarmente, dopo l'entrata in vigore del reg. 2988/95, CGCE, 11 luglio 2002, *Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-210/00, parr. 35 ss, nonché, *amplius*, nella *Conclusioni* rassegnate dall'Avv. Gen. Stix-Hackl, parr. 33 ss..

⁵⁶ GRASSO, *Comunità*, cit., p. 129. In proposito vedasi anche BERNARDI, *L'armonizzazione*, cit., pp. 340 s. e 438 s.

⁵⁷ "Art. 247. *Favoreggiamento bellico*. Chiunque, in tempo di guerra, tiene intelligence con lo straniero per favorire le operazioni militari del nemico a danno dello Stato italiano, o per nuocere altrimenti alle operazioni militari

danno di Stati esteri alleati o associati a fini di guerra), ed è presente in alcune norme degli stessi Trattati: un esempio è quello della tutela della veridicità delle testimonianze e delle perizie dinanzi alla Corte di giustizia, predisposta dall'articolo 30 dello Statuto delle Corti di giustizia e dagli articoli 372 e 373 c.p.⁵⁸ (che reprimono appunto i delitti di falsa testimonianza e falsa perizia nell'ordinamento interno). Quello che si crea è così una sorta di "combinato disposto" tra le due norme, quella comunitaria che richiede assimilazione e quella nazionale che tutela il corrispondente interesse interno, fondanti insieme una «nuova fattispecie incriminatrice»⁵⁹, nella quale si deve rinvenire un'influenza mediata⁶⁰ del diritto comunitario nella posizione di norme penali. Il carattere solo "mediato" di tale influenza è evidente solo se si osserva, da un lato, che l'effetto di incriminazione è dovuto – in senso proprio – solo alla norma interna, e, dall'altro, che l'effetto è solo eventuale poiché si produce solo se l'ordinamento interno già prevede l'incriminazione delle fattispecie da assimilare, diversamente non sussistendo alcun obbligo in capo allo Stato membro.

La legittimità di questa tecnica è indiscussa⁶¹ per quanto attiene al suo prototipo, costituito da norme dei Trattati le quali impongano tutela equivalente: poiché i Trattati sono ratificati con legge ordinaria, il principio di legalità nella sua implicazione gerarchico-formale è compiutamente

dello Stato italiano, ovvero commette altri fatti diretti agli stessi scopi, è punito con la reclusione non inferiore a dieci anni; e, se raggiunge l'intento, con la morte.”;

“Art. 268. *Parificazione degli Stati alleati*. Le pene stabilite negli articoli 247 e seguenti si applicano anche quando il delitto è commesso a danno di uno Stato estero alleato o associato, a fine di guerra, con lo Stato italiano.”.

⁵⁸ “Art. 30. Ogni Stato membro considera qualsiasi violazione dei giuramenti dei testimoni e dei periti alla stregua del corrispondente reato commesso davanti a un tribunale nazionale giudicante in materia civile. Su denuncia della Corte esso procede contro gli autori di tale reato davanti al giudice nazionale competente.”;

“Art. 372. *Falsa testimonianza*. Chiunque, deponendo come testimone innanzi all'autorità giudiziaria, afferma il falso o nega il vero, ovvero tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali è interrogato, è punito con la reclusione da due a sei anni.”;

“Art. 373. *Falsa perizia o interpretazione*. Il perito o l'interprete che, nominato dall'autorità giudiziaria, dà parere o interpretazioni mendaci, o afferma fatti non conformi al vero, soggiace alle pene stabilite nell'articolo precedente.”

⁵⁹ GRASSO, *Comunità*, cit., p. 131; nello stesso senso SICURELLA, *Il corpus juris come modello per la definizione di un sistema penale europeo*, in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 287.

⁶⁰ “Mediata”, e non “indiretta”, in quanto fondata sulla (presunta e non accertata) presenza della corrispondente norma nazionale, della quale non è, in sé, richiesta l'esistenza, ma in relazione alla quale si domanda che, *ove esista*, se ne realizzi l'estensione alle fattispecie di origine europea.

⁶¹ Cfr. GRASSO, *Comunità*, cit., p. 133 s.; SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 300; SICURELLA, cit., in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 288.

rispettato, perché gli effetti “della norma comunitaria” sono in realtà prodotti dalla norma (di rango primario e interna) che ha tradotto la prima nel nostro ordinamento⁶².

Il medesimo ragionamento si potrebbe riproporre per tutte le fonti non *self-executing*, accomunate proprio dalla necessità di un tramite interno per la loro diretta efficacia nell’ordinamento nazionale.

All’inverso si dubita decisamente della legittimità di norme *self-executing* che prevedano meccanismi di assimilazione: l’esempio più classico è quello dell’art. 5 del regolamento 188/64, che prevede che, in caso d’infrazione alle disposizioni ivi richiamate, «si applic[hi]no le norme legislative vigenti negli Stati membri in materia di statistiche nazionali». In tali casi la diretta applicabilità del regolamento crea un meccanismo di aggiramento del vaglio parlamentare sul contenuto della norma stessa, la quale dispiega (dispiegherebbe?) i suoi effetti in modo diretto dando origine a norme incriminatrici in piena violazione della riserva di legge penale. La soluzione proposta⁶³ è quella di negare il requisito di efficacia diretta a tal norme, proprio a causa dei (prevalenti) principi in materia penale: se per taluni Autori questo dovrebbe accadere indistintamente per qualsiasi norma, Trattati compresi, la dottrina maggioritaria⁶⁴ accoglie la distinzione qui prospettata e asserisce l’illegittimità delle sole norme *self-executing* determinanti assimilazione. Si osservi la diversità tra l’affermazione della illegittimità di tali norme e la negazione del loro carattere di norme *self-executing*: nel primo caso, più *tranchant*, si opera secondo una prospettiva schiettamente nazionale, mentre nel secondo, più analitico, si rileva come, essendo la riserva di legge penale un principio affermato anche nell’ordinamento comunitario, il “rimodellamento” di tali disposizioni regolamentari debba avvenire già all’interno di quest’ultimo ordinamento, segnatamente in via interpretativa⁶⁵.

⁶² Analoga conclusione, in punto di legittimità, si raggiunge aderendo all’opposta minoritaria tesi per la quale la norma di diritto primario non sarebbe *self-executing* in quanto priva dei necessari requisiti e pertanto l’incriminazione si fonderebbe non già sulla norma sovranazionale ma su quella, di diritto interno, che ne ha recepito le istanze punitive (cfr. SATZGER, *International*, cit., p. 52).

⁶³ Tra gli altri vd. GRASSO, *Comunità*, cit., p. 135, che ritiene che «dovrebbe negarsi efficacia nell’ordinamento interno [a regolamenti estensivi del penalmente rilevante, poiché] si porrebbero in contrasto con i principi fondamentali del nostro sistema costituzionale».

⁶⁴ Tra gli altri, Grasso, Riz, Sicurella.

⁶⁵ Nel primo senso SICURELLA, *Il corpus iuris*, cit., in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 288, e la dottrina ivi citata, tra cui GRASSO, *Comunità*, cit., p. 135 ma soprattutto p. 79 s., dove l’Autore indica nel sindacato di costituzionalità (qui ammissibile perché orientato a innescare i controlimiti) lo strumento di reazione dell’ordinamento ad una tale violazione di un principio fondamentale. Alla seconda opinione pare aderire SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 298 ss., particolarmente a p. 300, dove afferma che le regole di assimilazione non contenute nei Trattati «dev[ono] considerarsi come indirizzat[e] esclusivamente al legislatore nazionale» e non al giudice, e a p. 302, dove richiama il

In ogni caso, ciò che più conta è che il principio di assimilazione, da intervento “neutro” sui sistemi penali nazionali, *ha assunto nel tempo una valenza sempre più stringente*, ciò su iniziativa della Corte di giustizia e in attuazione del principio di fedeltà comunitaria⁶⁶, allora previsto all’art. 5 TCE. Infatti, fino alla sentenza *Amsterdam Bulb*⁶⁷, la Corte affermava che tale principio fa obbligo «agli Stati membri di emanare qualsiasi provvedimento ... atto a garantire l’adempimento degli obblighi derivanti dagli atti delle istituzioni della Comunità» ma «conferisce a ciascuno di essi la *facoltà* di scegliere i provvedimenti idonei, ivi comprese le sanzioni, anche penali»⁶⁸. Tale opzione, criticata sulla base del rilievo che l’obbligo di fedeltà comunitaria è appunto un obbligo, e pertanto non può avere come contenuto una mera facoltà⁶⁹, e già non del tutto pacifica anche nella giurisprudenza di Lussemburgo⁷⁰, è stata radicalmente superata nel noto *affaire* sul mais greco.

1.1.1.4 Il caso del “mais greco”.

Il caso⁷¹: taluni esportatori greci avevano rivenduto grano acquistato in Jugoslavia come greco e dunque senza versare i prelievi agricoli, destinati al finanziamento della Comunità e dovuti, secondo i meccanismi tipici del libero mercato interno, solo per le merci provenienti dall’esterno della Comunità; in particolare ciò che la Commissione contesta alla Grecia nel ricorso per infrazione è la scarsa incisività del perseguimento di tali comportamenti. La Commissione aveva infatti richiesto alla Grecia, in un carteggio in fase pre-contenziosa, il versamento delle somme dovute nonché l’avvio di procedimenti penali e disciplinari nei confronti dei responsabili, mentre la Grecia dal canto suo aveva solo provveduto a comunicare l’avvio di un procedimento amministrativo senza fornire dettagli sulle sue modalità di conduzione⁷².

La Corte, dopo aver censurato sotto vari profili il comportamento della Repubblica Ellenica (fondando i rilievi su specifiche norme regolamentari in materia), afferma esplicitamente il valore

fatto che il divieto di analogia (espressione del principio di legalità) afferisca oggi tanto al diritto interno quanto a quello comunitario.

⁶⁶ Cfr. il paragrafo seguente.

⁶⁷ CGCE, 2 febbraio 1976, causa 50/76, *Amsterdam Bulb B.V. c. Produktschap voor Siergewassen*.

⁶⁸ *Ivi*, par. 32.

⁶⁹ Cfr. *amplius* GRASSO, *Comunità*, cit., p. 171 s..

⁷⁰ Cfr. CGCE, 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann*.

⁷¹ CGCE, 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione c. Grecia*.

⁷² In realtà viene poi citato anche un ulteriore procedimento che, in sede civile, era stato avviato da una società concorrente, ma ovviamente per i totalmente diversi fini di recuperare l’indebito danno subito in conseguenza dell’alterazione della concorrenza interna.

di «misura atta a garantire la portata e l'effettività del diritto comunitario»⁷³ attribuito all'allora art. 5 TCE già dalla Commissione nella sua memoria; tale norma funge da clausola di salvaguardia rispetto a casi in cui «una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione o che rinvii in merito alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali»⁷⁴. Così, mentre per le prime tre censure prospettate dalla Commissione⁷⁵ la Corte fonda il proprio giudizio su specifiche norme di diritto derivato, per la quarta e ultima (relativa alla mancanza di una reale incriminazione dei comportamenti tenuti dai responsabili dell'evasione) la base giuridica muta e viene rinvenuta in un "principio"⁷⁶ del Trattato CE, quello appunto di leale cooperazione degli Stati in merito all'attuazione degli obblighi posti dalla Comunità.

Il punto chiave della sentenza 21 settembre 1989 sta nel fatto che la Corte non si è limitata a riconoscere l'esistenza di tale dovere, ma *ne ha tratteggiato precisamente i contenuti*: innanzitutto occorre che le violazioni del diritto comunitario siano accostate a quelle «simili per natura ed importanza» già sanzionate dal diritto nazionale; inoltre, e qui sta il passaggio cruciale, tali sanzioni devono avere «un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva»⁷⁷.

Tale duplicità di manifestazione degli obblighi scaturenti dall'allora art. 10 TCE potrebbe portare a immaginare tra essi «una certa tensione o, addirittura, un rapporto di contraddizione»⁷⁸. Essi in realtà formano un mezzo di protezione per così dire combinato: da un lato l'imposizione di una tutela analoga a quella, corrispondente, posta per i beni interni crea una soglia minima di tutela, mentre dall'altro l'obbligo di garantire una protezione adeguata, proporzionata e dissuasiva tende ad evitare che livelli di tutela nazionale insufficienti rendano di fatto ancora sprovvisti di tutela gli interessi comunitari. Il primo dei due obblighi infatti potrebbe essere tradotto come un mero "invito" agli Stati a "prendere sul serio" l'Europa quanto prendono sul serio i propri interessi: è di particolare evidenza come taluni Paesi tutelino i propri interessi (e di riflesso quelli dei propri

⁷³ CGCE, causa 68/88, par. 23.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Per le quali cfr., rispettivamente, i parr. 10, 16 e 20 della sentenza. Non si riportano qui gli aspetti di merito della vicenda perché ininfluenti ai fini della trattazione.

⁷⁶ Le virgolette poste alla parola *principio* si riferiscono a un interessante rilievo, effettuato in SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 298 ss.: l'Autore nota come quello di assimilazione non sia *strictu sensu* un principio ma una regola, dato che esso agisce senza richiedere un bilanciamento di interessi ma con un giudizio "dentro-fuori" tipico appunto di una regola. Peraltro, «il carattere di regola (invece che di principio) dell'assimilazione non sposta di nulla quanto già autorevolmente chiarito» (*ibidem*) in dottrina.

⁷⁷ CGCE, causa 68/88, par. 24. Questa terna concettuale è divenuta un importante e ricorrente *refrain* nella giurisprudenza successiva, «as a kind of mantra» (HERLIN-KARNELL, *The constitutional*, cit., p. 16).

⁷⁸ GRASSO, *Introduzione*, cit., in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 66.

cittadini) in modo assai più incisivo di quanto facciano altri. È poi di altrettanta evidenza il fatto che l'allora art. 10 TCE imponga un «*obbligo di risultato*»⁷⁹, categoria logica cui attiene certamente più la specificazione di criteri con cui vagliare gli effetti (i risultati, appunto) delle sanzioni, e al contrario meno la semplice assimilazione ai modelli sanzionatori nazionali.

A quest'ultimo proposito, e particolarmente per il fatto che con il "principio" di assimilazione si effettua da parte comunitaria un sostanziale rinvio "al buio" verso fattispecie nazionali tendenzialmente sconosciute, la dottrina si è mostrata molto critica nei confronti di tale tecnica: e infatti una ricerca condotta all'epoca per conto della Commissione⁸⁰ aveva da un lato messo in luce una forte disparità tra gli ordinamenti degli Stati membri in punto di reale attuazione degli obblighi comunitari, e dall'altra aveva evidenziato come i sistemi sanzionatori di taluni di essi non siano sicuramente applicabili ai corrispondenti beni comunitari.

Ma il rilievo più importante è quello che, smentendo *in nuce* la bontà della tecnica normativa in discorso, evidenzia come, *anche se* tutti gli Stati assimilassero in modo perfetto e diligente gli interessi finanziari della Comunità ai propri, anche allora non si avrebbe un sistema di tutela coerente e adeguato, possedendo ogni Stato strumenti di tutela diversi rispetto ai medesimi beni (e non necessariamente l'uno più adeguato dell'altro): questa situazione di disparità ha il particolare difetto di essere una sostanziale negazione proprio di uno dei più importanti obiettivi della Comunità stessa, ossia la libera concorrenza nel mercato interno⁸¹.

Altre critiche sono state mosse al meccanismo in argomento, e segnatamente il fatto che esso potrebbe comportare un *ingiustificato inasprimento dei sistemi sanzionatori nazionali*, in una sorta di "corsa al rialzo" certamente negativa dei principi di sussidiarietà e proporzione: in realtà nulla di ciò è avvenuto, esattamente perché l'obbligo di cui all'allora art. 10 TCE è stato interpretato (ed è da interpretarsi) come ricomprensivo dell'ulteriore obbligo di moderare la pressione sanzionatoria di modo da non compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato (come recitava lo stesso par. 2 dell'art. 10 TCE)⁸².

⁷⁹ SICURELLA, *Il corpus juris*, cit., in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 278, corsivo dell'Autrice.

⁸⁰ E pubblicata in Commission of European Communities, *The legal Protection of the Financial Interests of the Community; Progress and prospects since the Brussel seminar of 1989*, Dublin, 1994, p. 94, richiamato in GRASSO, *Introduzione*, cit., in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 67, nt. 173.

⁸¹ Cfr. GRASSO, *Introduzione*, cit., in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 68. Leggasi in proposito anche BERNARDI, *L'armonizzazione*, cit., p. 438 s.

⁸² In questo senso cfr. SICURELLA, *Il corpus juris*, cit., in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 278 ss., e BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 823. Richiama il medesimo rischio HERLIN-KARNELL, *The constitutional*, cit., p. 18.

All'inizio degli anni '90 del secolo scorso, pertanto, il cammino delle istanze espansive del diritto comunitario sul diritto penale interno era giunto a un *importante momento di svolta*: se, da un lato, la domanda di protezione dei beni comunitari trovava prevalente risposta mediante la creazione e applicazione di sanzioni aventi natura amministrativa, in un contesto che riceveva sempre più evidenti spinte a "farsi sistema"⁸³, dall'altro lato, la Corte di giustizia inaugurava quella più stringente lettura del principio di fedeltà comunitaria che è successivamente divenuta tanto familiare agli operatori del settore per tramite dei tre attributi di efficacia, proporzione e dissuasività delle sanzioni.

Se a ciò si aggiunge che nel tempo il novero di settori di intervento del diritto comunitario si era ampliato in maniera non secondaria⁸⁴, ben si comprende come l'Europa che si apprestava ad approvare e ratificare il Trattato di Maastricht fosse una realtà assai più complessa e radicata rispetto a quella che aveva sottoscritto i Trattati di Roma trentacinque anni prima.

1.1.1.5 Il Trattato di Maastricht.

Rinviando alla manualistica per un quadro completo delle novità apportate dal Trattato di Maastricht⁸⁵, giova qui segnalarne le principali.

Il Trattato è, anzitutto, *un nuovo Trattato*, e non una revisione dei precedenti, i quali restano in vigore. Di più, il nuovo Trattato si pone come un contenitore entro il quale essi, pur a fronte delle correlate modifiche, mantengono la propria originalità ma vengono coordinati a importanti prassi di cooperazione in materia di politica estera e di cooperazione giudiziaria, inaugurate e consolidate negli anni precedenti. L'Unione europea, questo il contenitore, è infatti strutturata, secondo la nota metafora del tempio greco, in tre pilastri, il primo dei quali è costituito dal diritto delle tre comunità (ossia il diritto comunitario), il secondo riguarda le questioni in materia di "politica estera e sicurezza comune" (cd. PESC) e il terzo la "giustizia e affari interni" (cd. GAI); un

⁸³ Il fatto che la sentenza Germania c. Commissione del 1992 e la successiva approvazione del regolamento 2988/95 abbiano costituito risposta a tali spinte e al contempo base fondativa per un loro ulteriore sviluppo emerge chiaramente dagli esempi richiamati in MAUGERI, *Il principio di proporzione*, cit., p. 100 s.: in essi emerge la volontà di considerare quello delle sanzioni amministrative comunitarie un vero e proprio sistema compiuto, mediante l'estensione della previsione e applicazione delle sanzioni previste nel regolamento citato anche a soggetti e ambiti non contemplati. Se la Corte di giustizia pone chiaramente un freno a tale impulso, esso resta significativo della temperie culturale generata dalle vicende ora descritte.

⁸⁴ Già con l'Atto Unico europeo del 1985, mediante il quale – tra gli altri aspetti – divengono politiche comunitarie la ricerca e lo sviluppo tecnologico, l'ambiente, le politiche sociali e del lavoro. La tutela dell'ambiente, in particolare, giocherà un ruolo di primo piano nelle successive fasi di sviluppo del diritto penale europeo. Cfr. il successivo par. 1.1.2.4.

⁸⁵ Per tutti, TESAURO, *Diritto*, cit., p. 9 ss.; POCAR, *Diritto dell'Unione*, cit., p. 47 ss.

tetto, costituito dal Preambolo del Trattato UE; un frontone, il Titolo I del medesimo Trattato (“Disposizioni comuni”).

Il Trattato istituisce poi *la cittadinanza dell’Unione*, individuata *per relationem* rispetto al possesso della cittadinanza di uno dei Paesi membri. Correlativamente, vengono attribuiti diritti ai cittadini europei, tra cui quello di rivolgere petizioni alle istituzioni, quello di poter ottenere protezione diplomatica fuori dai confini dell’Unione presso qualunque ambasciata o consolato di qualunque altro Paese membro, il diritto di elettorato attivo e passivo tanto per le elezioni del Parlamento europeo quanto per quelle comunali nello Stato di residenza, nonché infine la libertà di circolazione e soggiorno svincolata dalla dimensione economica o lavorativa.

Ancora, il Trattato di Maastricht introduce espressamente il *principio di sussidiarietà* quale valvola di regolazione del principio di attribuzione delle competenze⁸⁶ tra Unione e Stati membri.

Parallelamente poi a un’ulteriore estensione delle competenze comunitarie⁸⁷, introduce la *procedura di codecisione*⁸⁸ al fine di attribuire un potere decisionale paritetico e congiunto al Parlamento rispetto al Consiglio, “storico” legislatore delle Comunità.

Per quanto riguarda i due nuovi pilastri, e in particolare il terzo, assai più rilevante ai nostri fini, deve rilevarsi come essi, al di là del loro inserimento nel «quadro istituzionale unico» dell’Unione (art. 3 TUE Maastricht)⁸⁹, continuano ad operare in chiave intergovernativa, con il prioritario coinvolgimento del Consiglio e del Consiglio europeo e subordinando l’adozione degli atti al solo criterio dell’unanimità.

Innovazione fondamentale introdotta con la creazione del terzo pilastro è certamente l’affermazione che determinate questioni⁹⁰, sino ad allora “relegate” all’iniziativa politica interstatuale, sono di “interesse comune”, e che in tali ambiti l’Unione può adottare delle “posizioni comuni”, aventi il mero fine di favorire la cooperazione internazionale, oppure delle vere e proprie “azioni comuni”, ovvero degli atti propri dell’Unione adottati sul presupposto per

⁸⁶ Circa tale principio cfr. *infra*, 2.1.1.

⁸⁷ Entrano infatti a far parte delle politiche dell’Unione la cooperazione allo sviluppo, la protezione dei consumatori, le reti transeuropee, la sanità pubblica, l’industria, la cultura.

⁸⁸ Cfr. *infra*, par. 2.2.

⁸⁹ «The European Community “lent” its institutions (Council, Commission etc.) to the European Union» (SATZGER, *International*, cit., p. 45).

⁹⁰ E segnatamente: «la lotta contro la frode su scala internazionale», «la lotta contro la tossicodipendenza», «la cooperazione giudiziaria in materia penale», «la cooperazione doganale», «la cooperazione a livello di polizia al fine della prevenzione e della lotta contro il terrorismo, il traffico illecito di droga e altre forme gravi di criminalità internazionale» (cfr. GRASSO, *Introduzione*, cit., p. 83).

cui «gli obiettivi dell'Unione possano essere realizzati meglio da un'azione comune, ..., anziché con azioni isolate dei singoli Stati membri»⁹¹.

Il passaggio focale, operato con il Trattato di Maastricht, è allora quello di aver innestato in maniera stabile e irreversibile all'interno del quadro istituzionale dell'Unione il tema securitario⁹² derivante dalla progressiva estensione qualitativa e quantitativa delle libertà di circolazione⁹³, sottraendolo alla libera contrattazione politica dei singoli Stati⁹⁴. Per contro, gli atti con i quali tale tema doveva essere perseguito e concretizzato sono parsi da subito caratterizzati da «una certa ambiguità normativa»⁹⁵ che si è tradotta in una conseguente «incertezza nella interpretazione *dei caratteri* degli strumenti previsti»⁹⁶.

Tali incertezze⁹⁷ non hanno però impedito l'innescarsi di «un nuovo «*dinamismo*» nella trattazione delle relative materie»⁹⁸ e il raggiungimento di taluni risultati sul piano normativo, tra i quali deve essere ricordata la Convenzione PIF⁹⁹ del 1995 con i relativi protocolli.

⁹¹ GRASSO, *op. loc. ult. cit.*.

⁹² Per vero, il tema era emerso in tempi assai risalenti, anche se con una prospettiva differente, ma la maggior parte dei tentativi in tal senso era naufragato già in sede politica. Ci si riferisce in particolare all'idea di uno «spazio giudiziario europeo» lanciata da Giscard d'Estaing nel 1977, uno spazio cioè nel quale procedere a una semplificazione progressiva dei classici strumenti di assistenza processuale penale e di estradizione. Le alterne fasi di tale filone sono sinteticamente ripercorse da GRASSO, *Introduzione*, cit., pp. 80 ss, cui si rimanda anche per ulteriori approfondimenti bibliografici. Basti qui dire che i più rilevanti esiti sono rappresentati da convenzioni internazionali aperte alla firma tra la seconda metà degli anni '80 e i primi anni '90. Convenzioni, appunto, elaborate quindi proprio all'interno di quella dimensione interstatale che il Trattato di Maastricht tende a voler superare.

⁹³ L'osservazione, cioè, per la quale all'aumento degli scambi di persone beni e servizi tra i diversi Paesi dell'Unione e all'apertura delle frontiere interne corrisponde, o può ragionevolmente attendersi che corrisponda, un aumento della criminalità e una maggiore facilità di sua circolazione e spostamento. «Il venire meno delle frontiere interne e dei controlli ad esse inerenti, unitamente alle piena libertà di circolazione garantita dal Trattato [di Maastricht, ndr], costituivano e costituiscono, oltre che una formidabile opportunità di progresso economico e sociale per i cittadini europei, anche una indiscussa e ghiotta occasione per le organizzazioni criminali», così SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 396 s., cui si rimanda *passim* per approfondimenti in punto, soprattutto parr. 2 e 3.

⁹⁴ Del pari, la scelta di collocare tale tema nel quadro non già del primo pilastro bensì del terzo ha costituito un efficace argomento contro l'affermazione di una competenza penale diretta in capo alle istituzioni comunitarie, fino almeno alla sentenza 13 settembre 2005 sulla quale cfr. diffusamente *infra*, par. 1.1.2.4. Cfr. SATZGER, *International*, cit., p. 55.

⁹⁵ Così GRASSO, *op. loc. ult. cit.*.

⁹⁶ GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 84.

⁹⁷ Sulle quali non appare opportuno trattarsi oltre, stante il fatto che il modello dell'azione comune è ad oggi doppiamente superato, tanto dalle modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam (per il quale cfr. par. seguente) quanto soprattutto dalla rivoluzione strutturale apportata dal Trattato di Lisbona (per il quale cfr. par. 2.2).

⁹⁸ GRASSO, *Introduzione*, cit., p. 84, corsivo dell'Autore.

⁹⁹ Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee del 26 luglio 1995, pubblicata in GUCE, C 316, del 27.11.1995. Cfr. *infra*, par. 3.1.1.

Se, tuttavia, al Trattato di Maastricht va pertanto tributato il merito di aver incanalato le pressanti esigenze di tutela nell'ambito della costruzione dello spazio europeo, è il Trattato di Amsterdam, in uno con il successivo Programma di Tampere, ad avere posto le basi per una più decisa, chiara e ampia attuazione di tali obiettivi, ciò che è testimoniato anche dalla cospicua produzione normativa che ne è seguita¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Cfr. *amplius*, par. 3.1, a ciò appositamente dedicato.

1.1.2 Dal Trattato di Amsterdam sino alle pronunce della Corte di giustizia del biennio 2005-2007.

Il Trattato di Amsterdam, sottoscritto il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999, «apporta una profonda modifica alle previsioni del titolo VI» del Trattato sull'Unione europea, collegandole «ad un nuovo obiettivo dell'Unione europea, la creazione di uno *spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia*»¹⁰¹. Tale momento rappresenta una piccola ma rilevante “rivoluzione copernicana” nella materia che ci occupa, poiché essa perde quella connotazione “compensativa” adottata a Maastricht e assurge in prima persona ad autonomo obiettivo dell'Unione, che si affianca alla creazione di una (mera) unione doganale e la cui realizzazione assurge a una rilevante importanza essendo strettamente ricollegata all'effettivo godimento delle libertà fondamentali previste dai Trattati¹⁰².

Di sostanziale rilievo è inoltre l'espressa previsione del “*ravvicinamento delle legislazioni in materia penale*”, avente per oggetto tanto le incriminazioni quanto le sanzioni e del tutto autonomo¹⁰³ rispetto alla cooperazione giudiziaria penale. Tale chiarificazione testuale ha fornito «una precisa base [giuridica] ... alle iniziative di armonizzazione che si erano realizzate in precedenza»¹⁰⁴, «recependo, nella sostanza, la pratica già di fatto affermatasi nel corso degli anni ad esso precedenti»¹⁰⁵.

L'autonomia del ravvicinamento rispetto alla cooperazione si ricollega chiaramente al mutato quadro assiologico ora descritto: alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia quale obiettivo dell'Unione risultano infatti serventi tanto a una migliore cooperazione giudiziaria

¹⁰¹ GRASSO, *Introduzione*, cit., p. 85, corsivi nel testo.

¹⁰² Le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere (sul quale vedasi diffusamente *infra* in questo paragrafo) affermano in proposito che «La sfida insita nel trattato di Amsterdam è ora quella di garantire che tale libertà, [quella] che comprende il diritto alla libera circolazione in tutta l'Unione, possa essere goduta in condizioni di sicurezza e di giustizia accessibili a tutti. Si tratta di un progetto che risponde alle preoccupazioni frequentemente espresse dai cittadini e che ha ripercussioni dirette sulla loro vita quotidiana».

¹⁰³ Tale autonomia è resa evidente anche tramite due indici indiretti ma particolarmente efficaci: da un lato, il fatto che diverse decisioni quadro prescindono del tutto da necessità di cooperazione e mirano invece a creare un sistema di valori condiviso, e dall'altro lato il fatto che è ricorrente in dottrina la preoccupazione di una “*deriva simbolica*” (così ad es. SICURELLA, *La costruzione della dimensione penale dell'Unione europea: deriva simbolico-repressiva o occasione di approfondimento dei presidi garantistici?*, in *Riv. trim. dir. pen. ecom.*, 2013, p. 464 ss.) del diritto penale europeo, impiegato al solo fine di «socializzare l'Europa attraverso il diritto penale» (così SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 162). Cfr. anche SALAZAR, *La costruzione*, cit., p. 411 s..

¹⁰⁴ GRASSO, *Introduzione*, cit. p. 86.

¹⁰⁵ SALAZAR, *La costruzione*, cit., p. 411.

e di polizia quanto alla creazione di un «*comune sentimento di giustizia* che sarebbe compromesso da divergenze profonde nella tutela dei valori comuni»¹⁰⁶.

Il Trattato di Amsterdam apporta poi ulteriori rilevanti *modifiche al quadro istituzionale europeo*.

Tra le principali deve annoverarsi la c.d. “comunitarizzazione” di parte del terzo pilastro, e segnatamente dei settori dei visti, dell’immigrazione, dell’asilo e della cooperazione giudiziaria in materia civile, all’esito della quale il terzo pilastro assume la denominazione di “cooperazione di polizia e giudiziaria in materie penale”; da tale processo si autoesclude la Danimarca, inaugurando il noto meccanismo dell’“opt out”.

Un’altra importante operazione di “comunitarizzazione” è quella che ha riguardato il c.d. *acquis Schengen*¹⁰⁷, che viene «spalmato»¹⁰⁸ tra le diverse basi giuridiche pertinenti di primo e di terzo pilastro. A tale operazione fa da *pendant* il parziale “opt out” di Regno Unito e Irlanda.

Dal punto di vista strettamente istituzionale, poi, il Trattato di Amsterdam procede nella direzione di un rafforzamento della posizione del Parlamento europeo, al ricordato fine di accentuare il carattere di democraticità delle decisioni assunte, per mezzo di una sua consultazione sistematica su ogni proposta normativa, cui tuttavia non corrisponde ancora una altrettanto generalizzata competenza legislativa diretta. Viene inoltre valorizzato il principio di maggioranza per l’assunzione di deliberazioni in Consiglio¹⁰⁹.

Ultimo, e ulteriore, profilo di rilievo è costituito dall’implementazione di due istituti, la cooperazione rafforzata¹¹⁰ e la clausola di sospensione¹¹¹, la lettura congiunta dei quali, in uno con

¹⁰⁶ GRASSO, *Introduzione*, cit., p. 87, corsivi nel testo.

¹⁰⁷ Ovvero l’insieme delle disposizioni previste dall’accordo di Schengen del 14 giugno 1985 e dalla convenzione di Schengen del 19 giugno 1990, atti firmati dall’Italia nel 1992 e, appunto, “assorbiti” nel quadro del diritto primario dell’Unione con il Trattato di Amsterdam.

¹⁰⁸ Così SALAZAR, *La costruzione*, cit., p. 412.

¹⁰⁹ Il principio di maggioranza si oppone a quello di unanimità tanto quanto la dimensione comunitaria si oppone a quella interstatale/intergovernativa: in tal modo, infatti, gli Stati accettano di poter rimanere in minoranza, e pertanto che si applichino all’interno della loro sfera di sovranità atti che essi non solo non hanno contribuito a realizzare ma cui addirittura si sono opposti. Evidente anche in questo caso l’implicazione di democraticità insita in tale passaggio.

¹¹⁰ Consistente in forme di cooperazione interstatale le quali pur non coinvolgendo tutti gli Stati membri vengono realizzate facendo ricorso alle istituzioni, alle procedure e ai meccanismi previsti dai Trattati. Ciò può accadere allorché sussistano alcune condizioni espressamente indicate dai Trattati (oggi vd. artt. 326 ss. TFEU e art. 20 TUE) e riferite, in opportuna sintesi, da un lato alla conformità agli obiettivi dell’Unione e dall’altro alla necessaria apertura verso i Paesi che non vi abbiano originariamente aderito. Cfr. *amplius*, POCAR, *Diritto dell’Unione*, cit., pp. 57 ss..

¹¹¹ Dopo aver riaffermato «in termini più chiari e decisi che l’Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto» il Trattato UE (art. 7, tanto nella

i succitati meccanismi di “opt out”, esprime una visione nuova dell’Unione, corrispondente al fenomeno c.d. dell’“Europa a più velocità” o “a geometria variabile”, che viene a “rompere” per la prima volta quell’ideale di continuo e uniforme movimento in avanti espresso dalla sopra riportata metafora della bicicletta¹¹².

In conclusione può pertanto annotarsi come il Trattato di Amsterdam abbia inaugurato una fase cruciale dei rapporti tra il diritto penale e il diritto dell’Unione, nella quale le istituzioni e gli Stati membri hanno sperimentato un fortunato equilibrio tra diverse istanze: l’esigenza dell’Unione di far evolvere l’obiettivo della creazione di uno spazio di libero scambio nella «“visione” di uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”»¹¹³, contrapposta alla ritrosia degli Stati membri a cedere un’ulteriore quota di sovranità in un campo così cruciale, ha prodotto un sensibile potenziamento degli strumenti di terzo pilastro nonché delle iniziative di cooperazione giudiziaria fondate sul riconoscimento reciproco. Il terzo pilastro ha infatti costituito, per gli Stati membri, un ambiente più “rassicurante” nel quale le limitazioni alla sovranità in materia penale o processuale penale dovevano essere accettate e negoziate di volta in volta, mentre il riconoscimento reciproco ha costituito un mezzo di spostamento del fulcro decisionale dalla politica al potere giudiziario, tendenzialmente meno preoccupato di preservare la sovranità nazionale e più attento a quei canoni di efficienza perseguiti dal legislatore europeo¹¹⁴.

1.1.2.1 Il Consiglio europeo di Tampere.

L’importanza delle innovazioni apportate dal Trattato di Amsterdam nell’area del terzo pilastro è resa ulteriormente evidente dal fatto che il Consiglio europeo tenutosi immediatamente dopo l’entrata in vigore è stato il primo ad avere ad oggetto quasi esclusivamente temi afferenti alla giustizia e agli affari interni. Le conclusioni¹¹⁵ di tale riunione, tenutasi a Tampere il 15 e il 16

versione di Amsterdam quanto in quella vigente) prevede che il Consiglio possa adottare, all’unanimità e previo parere conforme del Parlamento, una «decisione di sospensione» nei riguardi di uno Stato membro che risulti violare in maniera «persistente e grave» tali principi. Ad essere sospesi sono i diritti derivanti allo Stato membro dall’adesione all’Unione, mentre permangono i correlativi obblighi. Per le citazioni riportate, e per maggiori approfondimenti, cfr. *amplius*, POCAR, *Diritto dell’Unione*, cit., pp. 56 s..

¹¹² Cfr. *supra*, nt. 21.

¹¹³ GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 2314.

¹¹⁴ Rileva «a clear willingness among Member States to use mutual recognition as a way of avoiding legislation in this area» HERLIN-KARNELL, *The constitutional*, cit., p. 23. Vd. anche GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 2315, e dottrina ivi citata.

¹¹⁵ Consultabili all’indirizzo http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm (url consultato il 10 febbraio 2015)

ottobre del 1999, costituiscono «il più incisivo ed ambizioso documento di programma sin qui adottato dall'Unione in materia di Giustizia ed Affari Interni»¹¹⁶.

Vengono innanzitutto poste le basi per la stesura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹¹⁷. Si ribadisce che «I criminali non devono poter sfruttare le differenze esistenti tra i sistemi giudiziari degli Stati membri. Le sentenze e le decisioni dovrebbero essere rispettate ed eseguite in tutta l'Unione, salvaguardando al tempo stesso la sicurezza giuridica di base per i cittadini in genere e per gli operatori economici. Gli ordinamenti giuridici degli Stati membri dovranno diventare maggiormente compatibili e convergenti». Contro le più gravi forme di criminalità «si impone una mobilitazione congiunta di forze di polizia e strutture giudiziarie».

Vengono poi approfonditi quattro aspetti ritenuti fondamentali per realizzare lo SLSG: «A) una politica comune dell'UE in materia di asilo e migrazione; B) un autentico spazio di giustizia europeo; C) la lotta a livello dell'Unione contro la criminalità; e D) un'azione esterna di maggiore incisività».

Per quanto qui di maggiore interesse, alla base dello spazio di giustizia europeo vengono posti un miglior accesso alla giustizia, in special modo quella civile e commerciale, e il riconoscimento reciproco delle decisioni, che in materia penale significa prioritariamente l'abolizione dell'extradizione in favore del semplice trasferimento¹¹⁸ nonché il riconoscimento reciproco in materia di sequestro e confisca e di circolazione probatoria.

È quest'ultimo aspetto a costituire il vero momento fondante dell'intervento dell'Unione in materia penale, fin da allora incentrato (come si vedrà meglio *infra*, e in special modo nel capitolo terzo) proprio sulla costruzione della fiducia reciproca e della cooperazione giudiziaria e di polizia¹¹⁹.

La lotta dell'Unione contro la criminalità muove dall'«impegno a rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità organizzata e transnazionale» sul presupposto per cui «L'elevato livello di sicurezza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia presuppone un approccio efficace e globale nella lotta contro qualsiasi forma di criminalità». Capisaldi di tale azione sono l'implementazione della prevenzione, anche mediante lo scambio di «migliori prassi»; la cooperazione di polizia e

¹¹⁶ SALAZAR, *La costruzione*, cit., p. 415.

¹¹⁷ Cfr. *infra*, par. 2.1.1.

¹¹⁸ È del 2002 la storica decisione quadro istitutiva del Mandato d'Arresto Europeo (2002/584/GAI).

¹¹⁹ Il *focus* su tali profili è evidente anche nel fatto che per molto tempo, anche successivamente all'istituzione del MAE, le decisioni quadro impiegano l'espressione «sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive *che possono comportare l'extradizione*» (corsivo aggiunto).

giudiziaria, realizzata mediante l'istituzione di "task force" tra le autorità di polizia e la creazione di un'agenzia (Eurojust) con «il compito di agevolare il buon coordinamento tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale, di prestare assistenza nelle indagini riguardanti i casi di criminalità organizzata, ..., e di cooperare strettamente con la rete giudiziaria europea»; infine, l'elaborazione di «definizioni, incriminazioni e sanzioni comuni [che] dovrebbero incentrarsi in primo luogo su un numero limitato di settori di particolare importanza, come la criminalità finanziaria (riciclaggio di denaro, corruzione, falsificazione dell'euro), il traffico di droga, la tratta di esseri umani e in particolare lo sfruttamento delle donne, lo sfruttamento sessuale dei minori, la criminalità ad alta tecnologia e la criminalità ambientale». Specifico approfondimento è poi dedicato all'azione contro il riciclaggio, «nucleo stesso della criminalità organizzata».

Al Programma di Tampere seguono negli anni successivi sia altri documenti di carattere programmatico, che ne riprendono gli auspici e ne approfondiscono gli obiettivi¹²⁰, sia una produzione normativa numericamente e contenutisticamente consistente¹²¹, segno della vera e propria svolta costituita dagli approdi giuridici e politici di Amsterdam e Tampere¹²².

È in questa temperie politico-istituzionale che interviene lo sconvolgimento globale portato dagli attentati terroristici di New York e Washington dell'11 settembre 2001, dopo i quali «l'azione condotta dall'Unione contro il terrorismo verrà ad assumere una sempre più autonoma e rilevante dinamica all'interno della costruzione dello Spazio di Libertà Sicurezza e Giustizia, ... condizionando in maniera rilevante lo sviluppo delle altre iniziative, tanto sotto il profilo dei contenuti quanto

¹²⁰ Tra gli altri, la «New Millennium Strategy» (GUCE C 124 del 3 maggio 2000 n. 1) e il «Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali» (GUCE C 12 del 15 gennaio 2001 n. 10). Per approfondimenti cfr. SALAZAR, *La costruzione*, cit., p. 417 s..

¹²¹ Cfr. *infra*, par. 3.1.

¹²² Seguono inoltre altri programmi di azione su base quinquennale, e precisamente: il «Programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia», elaborato nel 2004 per il periodo 2005-2009, e il «Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini», elaborato nel 2009 per il periodo 2010-2014. Successivamente, nel giugno 2014, a quadro normativo e istituzionale del tutto mutato a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Consiglio europeo di Ypres del 26 e del 27 giugno 2014 ha elaborato un documento programmatico di minore «entità quantitativa» (sei pagine a tredici punti contro le trentotto pagine e i sette articolati capitoli di Stoccolma) e «di ben diversa pregnanza contenutistica» (COTTU, *Il Consiglio europeo adotta i nuovi orientamenti strategici per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2015-2020*, in *penalecontemporaneo.it*, 22 luglio 2014), segno del maggiore spazio di indirizzo politico acquisito da Parlamento e Consiglio nell'architettura post-Lisbona.

Nel presente lavoro non si darà conto dei contenuti di tali Programmi sia perché, come ora notato, essi posseggono un contenuto politico e temporalmente condizionato, sia – soprattutto – perché si è preferito dedicare un intero capitolo, il terzo, all'esame della legislazione che, anche sulla base di tali Programmi, è stata prodotta, legislazione la quale costituisce e deve costituire il primario oggetto di indagine del giurista.

delle risorse disponibili»¹²³. Da tale momento, rafforzata dalle successive ondate di attacchi terroristici del marzo 2004 (Madrid) e del luglio 2005 (Londra), «*cooperation has mainly focused on the 'combat' aspect, largely leaving the rights of the defendant behind*»¹²⁴.

Non è questa la sede per approfondire nel dettaglio i successivi approdi della cooperazione di terzo pilastro¹²⁵, alla cui produzione normativa è riservato l'apposito capitolo 3.1 del presente lavoro. È sufficiente rilevare che essa si è attestata sull'alternanza di strumenti afferenti all'uno o all'altro dei c.d. "pilastri di Tampere", il mutuo riconoscimento delle decisioni e l'armonizzazione di incriminazioni e sanzioni, mediante i quali l'Unione ha saputo acquisire in pochi anni un ruolo chiave nella conduzione di rilevanti settori della politica criminale degli Stati membri, in special modo quella caratterizzata da particolare gravità e da dimensione sovranazionale: può pertanto dirsi che all'esito di questa stagione, gli Stati membri hanno acquisito una maggiore consapevolezza della necessità di operare congiuntamente in molteplici settori¹²⁶ del diritto penale al fine di reagire con efficacia alle più rilevanti manifestazioni della moderna criminalità.

1.1.2.2 *La decisione quadro come strumento di armonizzazione.*

Al contrario, non può evitarsi un seppur breve riferimento a quello che è stato lo strumento giuridico principale all'interno di quello che è stato definito «il «*luogo essenziale*» per l'elaborazione di tutte le iniziative di armonizzazione dei dispositivi di tutela dei beni giuridici ... implicati nella costruzione europea»¹²⁷, ovverosia la decisione quadro. Tale strumento, "erede" delle *azioni comuni* introdotte, con definizione poco più che apodittica¹²⁸, dal Trattato di Maastricht, può essere accostato alla direttiva per struttura e funzione, pur non potendosi

¹²³ SALAZAR, *op. ult. cit.*, p. 418.

¹²⁴ HERLIN-KARNELL, *The constitutional*, cit., p. 23, corsivo aggiunto. Vd. anche dottrina ivi citata.

¹²⁵ In proposito leggesi *amplius* SALAZAR, *La costruzione*, cit., p. 420 ss..

¹²⁶ Criminalità organizzata, traffico di droga, pedopornografia, terrorismo, tratta di esseri umani, crimini informatici e ambientali. La progressiva cristallizzazione di tale consapevolezza negli Stati membri sarà resa maggiormente evidente dall'esame della normativa prodotta nel vigore del Trattato di Amsterdam (cfr. par. 3.1).

¹²⁷ Così SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea; linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sopranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p.257; vd. anche GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 2315.

¹²⁸ Ossia con una formulazione ("Il Consiglio può adottare azioni comuni, nella misura in cui gli obiettivi dell'Unione, data la portata o gli effetti dell'azione prevista, possono essere realizzati meglio con un'azione comune che con azioni dei singoli Stati membri") che, condotta all'estremo, suona: "è un'azione comune l'azione che gli Stati conducono in comune". SALAZAR, *Le fonti tipiche dell'Unione Europea*, in LA GRECA, MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003, p. 59, opera cui giova rinviare per maggiori dettagli sul punto, ne stigmatizza il carattere «abbastanza indefinito».

prescindere da importanti differenze che si sono rivelate al contempo limite e fortuna dello strumento medesimo¹²⁹.

Le decisioni quadro, infatti, «hanno lo scopo di armonizzare le normative legislative e regolamentari degli Stati»¹³⁰ e configurano in capo ad essi *un obbligo di risultato* analogo a quello delle direttive in quanto espressamente definito come “vincolante per gli Stati membri” (art. 34, 2, TUE Amsterdam); esse sono adottate all’unanimità su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro e lasciano liberi i legislatori nazionali per quanto riguarda il mezzo e la forma con i quali raggiungere l’obiettivo prefissato, risultando così caratterizzate «da un certo equilibrio tra il metodo della cooperazione intergovernativa e il metodo comunitario»¹³¹.

Rispetto alle direttive è già emersa una fondamentale differenza, la *deliberazione all’unanimità*, la quale rende assai meno rilevante un’ulteriore differenza, ossia la mancata previsione¹³² di uno strumento analogo al ricorso per infrazione, che consenta alle istituzioni¹³³ di censurare e sanzionare la mancata attuazione di mezzi idonei a raggiungere i risultati che la decisione quadro vincola a conseguire. La mancata previsione di un “ricorso per infrazione di terzo pilastro”, infatti, si pone nella medesima direzione dell’individuazione dell’unanimità quale regola decisoria di settore, la direzione cioè di affidare «*in toto* il ritmo di recepimento del diritto dell’Unione alle esigenze della politica [degli Stati membri]»¹³⁴.

Altra caratteristica differenziale rispetto alla direttiva è *l’assenza di un pieno effetto diretto in favore dei singoli*¹³⁵, espressamente predicata dallo stesso art. 34 TUE nella versione del Trattato di Amsterdam; in virtù di tale previsione, pertanto, i singoli non possono avvalersi direttamente di

¹²⁹ «Proprio [tali] manchevolezze ... della disciplina della decisione quadro sono alla base della fortuna di tale strumento» (BERNARDI, *L’armonizzazione*, cit., p. 415).

¹³⁰ BARONCELLI, *Le fonti del diritto nell’UE dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona: verso un’accresciuta complessità del sistema*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2008, p. 20.

¹³¹ BERNARDI, *L’armonizzazione*, cit., p. 410. Sulle caratteristiche delle decisioni quadro, la loro evoluzione e il ruolo della giurisprudenza in materia, cfr. *amplius* la dottrina citata da BERNARDI, *op. loc. ult. cit.*, nt. 89.

¹³² Lo strumento in realtà formalmente esisteva, previsto dall’art. 34, par. 2, lett. b), del TUE allora vigente, ma poteva essere azionato solo da altri Stati e non possedeva in ogni caso quella seconda fase “sanzionatoria” tipica del ricorso per infrazione e che costituisce il *proprium* della sua efficacia deterrente.

¹³³ Segnatamente alla Commissione. Sul ricorso per infrazione o per inadempimento, cfr. *infra* par. 2.4.

¹³⁴ BERNARDI, *L’armonizzazione*, cit., p. 415.

¹³⁵ Ciò che ha invece costituito la fortuna pretoria della direttiva, come emergerà *infra*, par. 2.1.3.

una disposizione contenuta in una decisione quadro anche qualora essa possenga quelle caratteristiche all'uopo individuate in giurisprudenza¹³⁶.

Sotto il profilo giurisdizionale, oltre alla già rilevata assenza di uno strumento processuale affine al ricorso per infrazione, è la stessa generale competenza della Corte di giustizia ad essere limitata dall'art. 35 (TUE-Amsterdam): se infatti essa «è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità o l'interpretazione delle decisioni-quadro e delle decisioni», lo è però «alle condizioni previste dal presente articolo», e in particolare al successivo par. 2, che consente agli Stati, tramite apposita dichiarazione da effettuarsi «all'atto della firma del Trattato di Amsterdam o, successivamente, in qualsiasi momento», di accettare tale competenza¹³⁷. Benché undici Paesi su quindici avessero dichiarato di accettare tale competenza già all'atto della sottoscrizione del Trattato¹³⁸, il fatto stesso della facoltatività di tale accettazione resta significativo, anche rispetto all'efficacia territoriale delle pronunce rese dalla Corte.

Le caratteristiche ora richiamate, come detto, hanno costituito *limite e fortuna della decisione quadro*: “rassicurando” gli Stati circa la conservazione della loro autonomia decisionale, essa ha costituito quel punto di equilibrio già ricordato tra le esigenze della politica nazionale e quelle di costruzione dello SLSG, con una disciplina «capace di meglio conciliare le opposte esigenze di una politica criminale voluta come autonoma su scala nazionale e, al contempo, coordinata su scala europea»¹³⁹.

Ciò non toglie che siano state agitate in dottrina *diverse preoccupazioni* rispetto all'operatività dello strumento in discorso. La loro attualità è in buona parte venuta meno a seguito della “comunitarizzazione” del terzo pilastro ad opera del Trattato di Lisbona¹⁴⁰, e pertanto vale solo la pena di richiamarle sinteticamente.

¹³⁶ Deve notarsi sin d'ora, tuttavia, che il punto è di poco momento: per quanto riguarda le disposizioni incriminatrici, infatti, l'eventuale effetto diretto agirebbe *contra reum* e sarebbe per ciò solo comunque escluso tanto dai principi fondamentali in materia penale (segnatamente, il principio di legalità) tanto dai medesimi approdi del diritto comunitario il quale limita da sempre l'efficacia diretta ai rapporti del singolo verso lo Stato e non viceversa. Cfr. *amplius* par. 2.1.3.

¹³⁷ Il successivo par. 3 dell'art. 35 prevedeva due forme di accettazione, una limitata alle giurisdizioni c.d. di ultima istanza (lett. a)) e una estesa a qualunque giurisdizione nazionale (lett. b)).

¹³⁸ Precisamente: la Spagna a norma dell'art. 35, par. 3, lett. a), Belgio, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Austria, Portogallo, Finlandia e Svezia ai sensi della successiva lettera b). Cfr. informazione pubblicata in GUCE, L 114, del 1 maggio 1999, p. 56.

¹³⁹ BERNARDI, *L'armonizzazione*, cit., p. 415.

¹⁴⁰ Cfr. *infra*, par. 2.1.

Innanzitutto è stato segnalato *il potenziale conflitto con il principio di legalità* nella sua componente democratica¹⁴¹, in quanto il procedimento di adozione degli atti di terzo pilastro confinava il Parlamento europeo ad un ruolo pressoché inconsistente¹⁴² e lasciava tutta la funzione di controllo democratico sulla produzione normativa penale dell'Unione ai Parlamenti nazionali nelle fasi ascendente e discendente del procedimento legislativo sovranazionale, con modalità e ampiezza storicamente soggette a pesanti critiche in punto di efficacia.

In secondo luogo, è stato paventato il rischio di una «*proliferazione di strumenti giuridici*»¹⁴³ foriera di incertezza e imprevedibilità: tale critica, formulata per la prima volta riguardo alle decisioni quadro, investe in realtà in più maniera generalizzata il concetto stesso di armonizzazione mediante norme “di risultato” come contrapposto a quello di unificazione mediante norme direttamente applicabili¹⁴⁴, e rappresenta non tanto il *proprium* di questa o quella tecnica di armonizzazione quanto piuttosto il precipitato di una scelta di fondo tra un orientamento “autarchico”, contrario a qualsivoglia armonizzazione coattiva¹⁴⁵, e uno più “europeista”, disponibile ad accogliere l'avvento di strumenti sovranazionali non già di mera armonizzazione ma di vera e propria unificazione. Non è in altre parole la decisione quadro in se stessa a possedere un maggiore o minore rischio di ipertrofia, ma il fatto stesso che armonizzazione significa inevitabilmente pluralità di livelli normativi e quindi di fonti coinvolte.

Una terza critica si è invece appuntata sulla constatazione che la produzione normativa di terzo pilastro ha rivelato una tendenza del legislatore europeo a *privilegiare la dimensione securitaria del diritto penale* a scapito di quegli altri due poli dello SLSG, la libertà in particolare, che tanta parte hanno avuto¹⁴⁶ nell'elaborazione stessa del concetto di Spazio di LSG: il legislatore europeo si sarebbe cioè conformato a uno standard di legislazione qualitativamente scadente, caratterizzato dall'inevitabilità della penalizzazione, dall'inasprimento a tutti i costi della risposta

¹⁴¹ Cfr. *amplius infra*, par. 4.2.1.

¹⁴² Ente di mera consultazione capace al più di proporre emendamenti non vincolanti.

¹⁴³ DELMAS-MARTY, *Introduction: Objectifs et méthodes*, in *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris, 2008, p. 20.

¹⁴⁴ BERNARDI, *L'armonizzazione*, cit., p. 416, nt. 105, corsivo aggiunto.

¹⁴⁵ I processi di armonizzazione possono definirsi spontanei o coattivi/indotti a seconda che derivino dal libero progressivo approssimarsi delle legislazioni (conseguenza di tendenze di matrice dottrinarie ovvero dell'intensificarsi dei contatti tra Stati all'interno di fenomeni di globalizzazione) oppure siano cagionati dalla consapevole elaborazione di strumenti normativi più o meno cogenti (dalla *soft law* alle più penetranti forme tipiche del diritto comunitario *stricto sensu*). Per tale schematizzazione, per la terminologia nonché per approfondimenti cfr. BERNARDI, *L'armonizzazione*, cit., *passim* e particolarmente par. 3.

¹⁴⁶ Come visto poc'anzi circa il contenuto del Programma di Tampere.

punitiva e da una scarsa attenzione per le garanzie difensive. A commento di tale critica si è tuttavia osservato¹⁴⁷ che essa si appunta più sul contenuto, storicamente condizionato¹⁴⁸, che non sulla fonte in sé, e che inoltre alla peculiare tendenza alla penalizzazione della risposta sanzionatoria coincide assai spesso la particolare gravità degli illeciti interessati e per i quali le sanzioni previste negli ordinamenti degli Stati membri risultano già possedere natura penale¹⁴⁹.

Ulteriore profilo critico, parzialmente connesso al precedente, è quello relativo all'impatto che l'attività di armonizzazione realizzata mediante decisioni quadro possiede sulla *coerenza interna degli ordinamenti europei*: è evidente, infatti, che, per quanto lo strumento armonizzante si curi di lasciare ai legislatori nazionali un più o meno ampio margine di azione, esso è rivolto a provocare l'inserimento nel sistema normativo nazionale di una o più norme costruite senza tener conto delle peculiarità del contesto nel quale andranno ad operare, e in particolare delle norme di diritto processuale, della parte generale del diritto penale, del sistema dei benefici carcerari, tutti profili «dotati di immediati risvolti sul piano delle sanzioni applicabili»¹⁵⁰. Se è vero che talune decisioni quadro hanno affrontato il tema, fornendo ai legislatori nazionali degli strumenti per attutire gli effetti dell'armonizzazione sulla coerenza interna¹⁵¹, la questione¹⁵² rimane in ogni caso aperta e attuale soprattutto in quei Paesi nei quali la dinamica repressiva si attesta, anche per il congiunto operare di disposizioni processuali e penitenziarie differenti, su cornici decisamente più miti¹⁵³.

¹⁴⁷ Cfr. sempre la puntuale ricostruzione resa in BERNARDI, *L'armonizzazione*, cit., p. 416 ss.

¹⁴⁸ Non può trascurarsi la coincidenza temporale con la stagione degli attentati terroristici del 2001-2005, fattore già segnalato *supra*.

¹⁴⁹ Dovendosi porre piuttosto il problema ulteriore dell'uso strumentale del diritto penale con funzioni di aggregazione ideologica, comunemente definito in dottrina con l'espressione "deriva simbolica" del diritto penale (cfr. *supra* nota 103 e dottrina ivi citata). Per apprezzare concretamente la fondatezza dell'una o dell'altra prospettiva si rimanda all'analisi compiuta nel successivo cap. 3.1.

¹⁵⁰ BERNARDI, *L'armonizzazione*, cit., p. 412. Vd. anche, più diffusamente, SICURELLA, *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 377 ss.

¹⁵¹ Da vere e proprie valvole di sicurezza che consentono l'abbassamento dei massimi edittali (es.: art. 1, par. 4, decisione quadro 2002/946/GAI, sulla quale cfr. successivo par. 3.1.6) a meccanismi di commisurazione "a fascia" del massimo edittale medesimo (es.: art. 4, decisione quadro 2004/757/GAI, sulla quale cfr. successivo par. 3.1.9).

¹⁵² La quale come ovvio attinge non solo la coerenza ma anche la stessa effettività degli interventi, la cui frammentarietà può condurre a una rilevante difficoltà applicativa. Per questo rilievo cfr. SALAZAR, *La costruzione*, cit., p. 438.

¹⁵³ È il caso dei Paesi del Nord Europa, per i quali leggasi la breve e interessante analisi di SUOMINEN, *The Characteristics of Nordic Criminal Law in the Setting of EU Criminal Law*, in *Eur. Crim. Law. Rev.*, II, 2011, p. 170 ss.. Emblematico il caso della Finlandia, costretta a elevare il massimo edittale della pena detentiva per ottemperare alla decisione quadro sul terrorismo (cfr. *ivi*, p. 177).

Al di là dei profili ora cennati, tra i quali si è cercato di evidenziare soprattutto quelli di immutata attualità, la stagione inaugurata dal Trattato di Amsterdam e dal Programma di Tampere ha certamente rappresentato il primo e più importante momento di penetrazione del diritto europeo nei sistemi penali interni per quanto concerne la previsione positiva di obblighi di tutela.

Proprio in corrispondenza di questa prima fase si colloca *l'adozione delle Conclusioni del Consiglio GAI tenutosi a Lussemburgo il 24 e il 25 aprile 2002*, all'interno delle quali vengono definiti alcuni orientamenti sull'approccio da adottare per l'armonizzazione delle pene.

Premesso che «tra i vari Stati membri esistono talune differenze nel livello di pena», che le pene mutano nel tempo poiché sono «l'espressione del modo in cui gli Stati membri hanno deciso di affrontare i problemi basilari che riguardano la criminalità e le pene», anche in funzione della «diversità delle tradizioni giuridiche degli Stati membri»; e premesso che, pertanto, «è necessaria una certa flessibilità al fine di consentire agli Stati membri di preservare la coerenza dei propri regimi penali», il Consiglio individua quattro livelli di pena: «Livello 1: pene detentive della durata massima compresa tra almeno 1 e 3 anni. Livello 2: pene detentive della durata massima compresa tra almeno 2 e 5 anni. Livello 3: pene detentive della durata massima compresa tra almeno 5 e 10 anni. Livello 4: pene detentive della durata massima di almeno 10 anni (casi in cui occorrono pene particolarmente severe)», non escludendo tuttavia che, «in particolari circostanze, possa essere applicata una pena superiore al minimo del livello 4»¹⁵⁴.

I livelli in questione sono livelli minimi, e in effetti è insita in pressoché tutti gli strumenti di armonizzazione la possibilità per i legislatori nazionali di adottare approcci più rigorosi: che tale “licenza di far meglio” sia consona ai fini dell'armonizzazione e che sia compatibile con i principi del diritto penale minimo non è affatto scontato, e anzi si avrà occasione di dubitarne. È tuttavia degno di nota il fatto che il legislatore europeo¹⁵⁵ si ponga il problema di un approccio ordinato e coerente al problema della pena, sia pure raggiungendo conclusioni non eccessivamente significative.

1.1.2.3 Il modello del c.d. “doppio binario”.

La complessa ricostruzione offerta sin qui fa emergere, tra tutti, un dato centrale: mentre *l'affaire* del “mais greco” ha consacrato una politica di armonizzazione di primo pilastro

¹⁵⁴ Conclusioni citate, pp. 14 e 15.

¹⁵⁵ Come visto, infatti, il Consiglio è il reale e unico legislatore per quanto riguarda gli atti di terzo pilastro.

strettamente legata alle istanze armonizzatrici extrapenali ma agnostica¹⁵⁶ nell'indicazione della tipologia di sanzioni, l'armonizzazione di terzo pilastro derivata da Amsterdam e Tampere risulta strutturalmente svincolata da un eventuale background di integrazione comunitaria e per contro prevede espressamente la natura penale delle sanzioni¹⁵⁷.

Le due forme di armonizzazione, di primo e di terzo pilastro, sono state tuttavia ben presto coordinate fra loro, in un fortunato modello, definito del "doppio binario", che prevede che l'attività di armonizzazione proceda impiegando parallelamente atti di primo e di terzo pilastro: precisamente, agli atti di primo pilastro che contengano istanze di armonizzazione (le quali restano configurate come "richieste di tutela adeguata, proporzionata e dissuasiva", senza far alcun riferimento alla natura della tutela stessa) fanno sempre da contraltare atti di terzo pilastro che impegnano gli Stati all'adozione di norme le cui caratteristiche sono delineate in modo molto più preciso e dettagliato, talora con l'espressa qualifica di penali.

Un esempio chiarirà la questione.

Alla decisione quadro 2002/946/GAI del 28 novembre 2002 in materia di "rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali"¹⁵⁸, si accompagna, significativamente con la medesima data, una direttiva, la 2002/90/CE, "volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali"¹⁵⁹. La lettura incrociata dei due testi è significativa ed istruttiva: essi non lesinano i riferimenti reciproci (3° considerando di entrambi i testi) e si presentano come strumenti complementari, la direttiva volta ad armonizzare le legislazioni per «rendere più efficace l'applicazione della decisione quadro» (4° considerando della direttiva); inoltre, la direttiva si preoccupa di¹⁶⁰ delineare precisamente la fattispecie di favoreggiamento di ingresso, transito e soggiorno illegali (indicando anche i casi di tentativo, istigazione e concorso e preoccupandosi di conformare la legislazione vigente alla nuova fattispecie¹⁶¹) e si limita invece per quanto riguarda le sanzioni alla formula tralatizia dell'obbligo di prevedere sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" (art. 3); al contrario la decisione

¹⁵⁶ Il lessico è utilizzato, tra gli altri, da HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale ed il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 142, e dalla dottrina ivi citata, per esprimere l'astensione del diritto comunitario dalla qualificazione delle specifiche sanzioni da comminare.

¹⁵⁷ Non sfugge come questa dualità, apparentemente superata dalla Corte di giustizia (cfr. *infra* in questo paragrafo), permanga a tutt'oggi nel diverso regime dei paragrafi 1 e 2 dell'art. 83 TFUE vigente. Cfr. *infra* par. 1.2.1.

¹⁵⁸ In GUCE L 328 del 5 dicembre 2002.

¹⁵⁹ In GUCE L 328 del 5 dicembre 2002.

¹⁶⁰ Ovvero, da un altro punto di vista, "si limita a".

¹⁶¹ In concreto qui semplicemente abrogando una norma della convenzione di Schengen.

quadro si occupa pressoché esclusivamente di sviluppare nel dettaglio l'apparato sanzionatorio, prevedendo *espressamente* «sanzioni penali effettive» (art. 1, 1) nonché specifiche misure di sicurezza e pene accessorie, individuando casi di sanzioni privative della libertà personale e imponendo anche limiti alla relativa cornice edittale (art. 1, 3 e 1, 4), imponendo responsabilità e sanzioni dettagliate per le persone giuridiche (artt. 2 e 3) e chiudendo con numerose disposizioni di carattere processuale e cooperativo.

Il modello in discorso è dunque rappresentato (prevalentemente) da coppie di strumenti coordinati nel senso descritto. Ricordando come i due strumenti derivino da procedure di adozione diverse e si fondino su presupposti (e su basi giuridiche) differenti, si può fin d'ora notare come il necessario¹⁶² accostamento tra i due possa implicare una sorta di "attrazione" dello strumento-direttiva nei riguardi della politica di terzo pilastro: le direttive adottate all'interno di questo schema risultano cioè sottoposte (lo si ribadisce: soltanto *de facto*) alle medesime e più restrittive condizioni di approvazione e implementazione previste per le decisioni quadro¹⁶³, proprio a causa del fatto che la "somma" dei due atti è concepita come uno strumento unitario e che quindi, ad esempio, per poter essere approvate devono raggiungere ("insieme", e dunque entrambe) i più restrittivi *quorum* previsti per la decisione quadro.

Un ulteriore aspetto problematico è quello dell'effettività, e «the deficiencies of this "complementary" method are well documented»¹⁶⁴: strumenti caratterizzati da una forte sovrapposizione contenutistica si rivelano "competitivi" (come già accennato) in paralleli procedimenti normativi; essi possono condurre a conflitti interistituzionali¹⁶⁵; inoltre, sempre nell'ottica dell'adeguamento "al ribasso" ora evidenziata, la loro effettività è fortemente minata dalla modalità (e dai tempi) con cui gli atti di terzo pilastro entrano in vigore¹⁶⁶ e dalla carenza di effetto diretto dello strumento di terzo pilastro; *last but not least*, la differente giurisdizione della

¹⁶² Di per sé la direttiva, che prevede le fattispecie, può avere vita propria anche senza l'attuazione (o l'approvazione) della decisione quadro: è evidente che però in tale eventualità l'incisività dell'intervento normativo diminuisce esponenzialmente, mancando precise coordinate sanzionatorie cui parametrare l'intervento legislativo nazionale.

¹⁶³ Particolarmente: la votazione all'unanimità, l'approccio intergovernativo e il coinvolgimento del Consiglio con la sostanziale esclusione del Parlamento e un marginale contributo della Commissione nella sola fase propulsiva.

¹⁶⁴ WHITE, *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *Eur. Law Rev.*, 31/1, 2006, p. 90.

¹⁶⁵ Si pensi alla posizione dell'istituzione parlamentare rappresentativa, che in questo schema risulta molto sacrificata, partecipando alla sola approvazione della direttiva ma venendo completamente estromessa dalla produzione della decisione quadro.

¹⁶⁶ White riferisce a questo proposito un *Committee Report* del Parlamento inglese in cui ci si domanda «whether a third pillar instrument can really be "effective" in the context of Euro counterfeiting, noting the time it took certain third pillar instruments to enter into force» (p. 90, corsivo aggiunto).

Corte di giustizia, meno pregnante per questi ultimi atti, aspetto che «casts a further doubt on their [...] even application throughout the EU»¹⁶⁷.

1.1.2.4 *La crisi del modello: le sentenze Pupino e Ambiente.*

In ogni caso, il modello ora descritto *entra in crisi* attorno alla metà degli anni duemila, a causa delle segnalate deficienze strutturali e in ragione di ulteriori circostanze fattuali e politiche. Diverse sono le cause individuate in dottrina, dalla necessità di attendere l'assestamento dei sistemi nazionali a seguito dell'importante produzione degli anni 2000-2004; all'emersione dell'esigenza di coordinare, oltre al diritto penale sostanziale, anche quello processuale, come risposta garantistica a una primaria ipercriminalizzazione; fino alla constatazione che il già difficile obiettivo di raggiungere l'unanimità "a quindici" diviene pressoché impossibile a seguito del maxi-allargamento del 2005 e delle future prospettive in tal senso¹⁶⁸.

Quali che siano le ragioni della crisi, è comunque possibile *individuare due momenti di svolta* che si pongono a ideale chiusura della prima importante fase di armonizzazione penale fondata sul modello descritto: si tratta di due cruciali sentenze rese dalla Corte di giustizia¹⁶⁹ che «hanno ridisegnato il ruolo del III pilastro e i rapporti tra primo e terzo pilastro, anticipando così le soluzioni preconizzate dalla Costituzione per l'Europa e dal successivo trattato di Lisbona»¹⁷⁰.

La prima è la sentenza emessa nel caso *Pupino*¹⁷¹. Con essa, la Corte ha affermato che le autorità nazionali chiamate ad applicare il loro diritto nei settori oggetto di atti di terzo pilastro siano *vincolate al principio di interpretazione conforme*¹⁷², principio temperato esclusivamente dalla necessità di rispettare i diritti fondamentali e particolarmente il principio di legalità. Il

¹⁶⁷ WHITE, *Harmonisation*, cit., p. 90.

¹⁶⁸ Per una ricognizione di tali ragioni, cfr. ad es. BERNARDI, *L'armonizzazione*, cit. par. 5.4, *passim*.

¹⁶⁹ Il ruolo propulsivo della Corte di giustizia nella storia dell'integrazione europea non necessita di essere richiamato. Utile è invece annotare, come già si fece *supra*, che anche in questo caso la Corte interviene per contribuire al superamento di una fase di *empasse* con due pronunce rivoluzionarie e, forse per ciò stesso, discusse e discutibili. Parlano di «silenziosa rivoluzione», CANNIZZARO, BARTOLONI, *La «costituzionalizzazione» del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 3/2007, p. 471, contributo ai cui contenuti e alla cui bibliografia si rinvia per una più ampia disamina della giurisprudenza qui riferita proprio dal punto di vista della Corte come attore politico. Sempre con una prospettiva sistematica, vedasi anche MUNARI, AMALFITANO, *Il «terzo pilastro» dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2007, p. 773; GARBAGNATI KERTVEL, *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i «pilastri» dell'Unione europea?*, in *Dir. Un. Eur.*, 3/2007, p. 395; nonché, all'interno di una più ampia disamina, BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2007, pp. 1157 ss., in particolare pp. 1177 ss..

¹⁷⁰ GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit. p. 2315.

¹⁷¹ CGCE, Grande Sezione, 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*.

¹⁷² Cfr. *infra* par. 2.4.

procedimento, svoltosi con l'intervento di ben sette Stati membri, nonché della Commissione e dell'imputata, era stato avviato da un'ordinanza del Tribunale di Firenze in relazione a un caso di abuso di mezzi di disciplina e lesioni aggravate in danno di minori, e aveva ad oggetto l'assenza nell'ordinamento italiano di una norma recante attuazione agli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro del Consiglio, del 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale¹⁷³.

Prescindendosi in questa sede dall'esame dei profili di merito della vicenda¹⁷⁴, quello che importa rilevare è il principio affermato al punto 34 della sentenza citata: «Il carattere vincolante delle decisioni quadro, formulato in termini identici a quelli dell'art. 249, terzo comma, CE [ora art. 288, par. 3, TFUE, ndr], comporta, in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale».

La Corte, facendo leva sui caratteri propri della decisione quadro e su di una lettura sistematica del quadro del terzo pilastro all'interno dell'architettura complessiva dell'Unione¹⁷⁵, estende in tal modo l'applicazione del principio di leale cooperazione¹⁷⁶ (allora art. 10 TCE, oggi art. 5 TFUE) a tutto il quadro istituzionale europeo.

In tal modo la Corte, con la sentenza *Pupino*, «attenua su un profilo decisivo la differenza tra le direttive e le decisioni quadro, anche perché, come è già stato rilevato¹⁷⁷, in materia penale anche le direttive sono prive di efficacia diretta *in malam partem*, e anticipa i risultati delle riforme successivamente realizzate»¹⁷⁸.

¹⁷³ In GUUE L 82 del 22 marzo 2001. Segnatamente, relativi all'audizione protetta del minore in quanto vittima vulnerabile.

¹⁷⁴ Per i quali si rinvia alla copiosa letteratura che in questi ultimi dieci anni ha annotato, commentato o semplicemente fatto riferimento alla sentenza *Pupino*. Tra gli altri, e senza pretesa di completezza, BAZZOCCHI, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, in *Quaderni Costituzionali*, 4/2005, pp. 884 ss.; FLETCHER, *Extending 'indirect effect' to the third pillar: the significance of Pupino?*, in *Eur. Law Rev.*, 30/2005, pp. 862 ss.; FRIGO, *Solo un intervento del legislatore è idoneo a colmare la lacuna*, in *Guida dir.*, 26/2005, pp. 74 ss.; MANES, *L'incidenza delle "decisioni quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 299 ss.; MARCHEGIANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. Eur.*, 3/2006, pp. 563 ss.; VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2005, pp. 1433 ss..

¹⁷⁵ Punti 41 e 42, con riferimento al punto 26 delle Conclusioni dell'Avv. Gen. Kokott.

¹⁷⁶ Fondamento concettuale dell'obbligo di interpretazione conforme, come rilevato al punto 39 della sentenza.

¹⁷⁷ Anche nel presente lavoro, cfr. *supra*, nt. 136.

¹⁷⁸ GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit. p. 2315.

Secondo *grand arrêt*, reso a pochi mesi di distanza dal primo, è rappresentato dalla sentenza *Ambiente*¹⁷⁹, nella quale la Corte, accogliendo la censura della Commissione, annulla la decisione quadro 2003/80/GAI¹⁸⁰.

La sentenza¹⁸¹ si segnala per un'espressa, decisa e rivoluzionaria affermazione della Corte secondo la quale, *a certe condizioni, è la Comunità, e non già l'Unione, ad avere competenza a imporre agli Stati l'adozione di sanzioni penali a presidio di interessi ad essa propri.*

La pronuncia si inserisce nel filone giurisprudenziale relativo al cd. dovere di lealtà, ossia fondato sull'art. 10 TCE.

Fin dalla sentenza *Amsterdam Bulb*¹⁸² era infatti stata affermata la "facoltà" e la "legittimità" dell'intervento sanzionatorio statale a presidio di norme comunitarie che siano sprovviste di indicazioni specifiche riguardo alla loro protezione.

Una delle conclusioni di questa sentenza era stata poi ripresa nella già analizzata sentenza *Commissione c. Repubblica ellenica*¹⁸³, dove la Corte ha precisato la portata del cd. principio di assimilazione e ha imposto l'*obbligo* di dotare le disposizioni comunitarie di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.

Collegandosi ad un'affermazione di quest'ultima sentenza, la Corte nell'ordinanza *Zwartveld*¹⁸⁴ ha poi affermato che il principio di leale collaborazione obbliga gli Stati membri «ad adottare tutte le misure, atte a garantire, *se necessario anche penalmente*, la portata e l'efficacia del diritto comunitario»¹⁸⁵.

¹⁷⁹ CGCE, Grande Sezione, 13 settembre 2005, C-176/03, *Commissione c. Consiglio*.

¹⁸⁰ Decisione quadro 2003/80/GAI del Consiglio, del 27 gennaio 2003, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, in GUCE L 29 del 5 febbraio 2003.

¹⁸¹ Sulla sentenza e sui suoi effetti amplissima è la letteratura. Senza alcuna pretesa di completezza, si vedano HONORATI, *La "comunitarizzazione" della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, pp. 941 ss.; MANNOZZI, CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/2006, pp. 899 ss.; SALAZAR, *La sentenza sulla protezione penale dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1/2006, pp. 58 ss.; SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il «caso» dell'inquinamento provocato da navi*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2006, pp. 769 ss.; SIRACUSA, *Tutela ambientale: Unione europea e diritto penale tra decisioni quadro e direttive*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 775 ss.; TOBLER, *Case C-176/03, Commission v. Council, judgement of the Grand Chamber of 13 september 2005*, in *Common Market Law Rev.*, 2006, pp. 835 ss., oltre a diversi dei contributi citati alle ntt. 169 e 174.

¹⁸² CGCE, 2 febbraio 1977, causa 50/76.

¹⁸³ CGCE, 21 settembre 1989, causa 68/88.

¹⁸⁴ CGCE, 13 luglio 1990, causa 2/88-IMM.

¹⁸⁵ Punto 17 della motivazione, corsivo mio; il riferimento al punto 23 della sentenza "mais greco" è in verità piuttosto generico, in quanto quest'ultima enuncia l'obbligo di predisporre "tutte le misure adatte" a garantire efficacia al diritto comunitario.

In un senso analogo ha statuito la sentenza *Nunes e De Matos*¹⁸⁶: in essa si ribadisce che se il diritto nazionale prevede sanzioni penali per la violazione di interessi analoghi a quelli comunitari esso deve prevedere le medesime sanzioni anche per tali ultime violazioni.

Una sempre più esplicita presa di posizione in relazione all'adozione di sanzioni di natura penale era infine già rintracciabile nella sentenza *Unilever*: la Corte ha ritenuto la sanzione penale non solo compatibile con la previsione della direttiva oggetto della controversia, ma ha statuito, alla luce dei parametri di effettività, proporzione e dissuasività, che tale strumento di tutela risulti l'unico a possedere nel caso concreto un adeguato effetto dissuasivo¹⁸⁷.

Sulla scorta di questi precedenti, la Corte di giustizia giunge all'affermazione¹⁸⁸ già richiamata per la quale, a certe condizioni, la comunità può imporre obblighi di penalizzazione. *Quali siano tali condizioni* risulta dalla minuziosa scomposizione del *dictum* della Corte, e in particolare dei parr. 47 e 48 della sentenza, ove viene statuito che se «in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità, [...] Quest'ultima constatazione non può tuttavia impedire al legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente».

La Comunità è pertanto competente a emanare «provvedimenti in relazione al diritto penale»¹⁸⁹ a seguito del positivo superamento di un «test tripartito»¹⁹⁰ cui deve essere sottoposta una proposta di obbligo di penalizzazione affinché se ne possa affermare l'adottabilità in sede di primo pilastro: la misura dev'essere considerata (1) *indispensabile* a contrastare violazioni

¹⁸⁶ CGCE, 9 luglio 1999, causa 186/98.

¹⁸⁷ Così nel punto 36 della sentenza 28 gennaio 1999, causa C-77/97, *Unilever*.

¹⁸⁸ Non giova all'economia di questo lavoro ripercorrere le pur interessanti vicende concrete del caso *Ambiente*, e segnatamente i termini di contrasto tra la proposta di direttiva e la decisione quadro poi approvata, le ragioni di intervento dei ben undici Stati membri che hanno aderito alla posizione di resistenza del Consiglio e le posizioni espresse dell'Avv. Gen. Colomer nelle proprie Conclusioni (ove peraltro, e specialmente ai punti 72-74, sono presenti importanti riferimenti alla funzione di stigmatizzazione sociale propria del diritto penale). Per tutto ciò si rimanda all'efficace sintesi di SALAZAR, *La sentenza*, cit., pp. 59 ss..

¹⁸⁹ Espressione questa subito interpretata nel senso di "norme penali", ma il passaggio non era del tutto scontato (cfr. MANNOZZI, CONSULICH, *La sentenza*, cit., p. 900).

¹⁹⁰ Così SCHIANO DI PEPE, *Competenze*, cit., p. 782.

ambientali (2) *gravi* e dev'essere altresì considerata (3) *necessaria* a garantire la piena efficacia delle norme emanate in materia ambientale.

La precisa sistemazione concettuale dei criteri individuati dalla Corte si è rivelata sin da subito piuttosto difficile; precisamente:

- non è dato delimitare con certezza che cosa si intenda con l'espressione «provvedimenti in relazione al diritto penale»: la successiva giurisprudenza¹⁹¹ tace sul punto, e la dottrina, ove non glissa sulla formula riferendola tralattivamente, si è mostrata assai perplessa¹⁹² sulla genericità da cui pare affetta;

- l'indispensabilità (*an essential measure*, nella versione inglese): con questa espressione la Corte sembra richiamarsi alle tradizionali considerazioni circa il diritto penale come *ultima ratio*¹⁹³ (cd. sussidiarietà penale); quello dell'indispensabilità è però «un concetto di relazione», e ciò che non viene chiarito è proprio l'obiettivo cui riferire tale concetto¹⁹⁴; inoltre la dottrina ha notato che, a fronte del silenzio della Corte, molti avrebbero potuto essere nel caso di specie i riferimenti utili a dimostrare la sussistenza di questo requisito¹⁹⁵;

- la gravità (*serious environmental offences*): qui il concetto è apparso più chiaro, poiché la formulazione è impiegata anche in altre occasioni e in altri contesti, e si rifà a parametri inerenti il coefficiente psicologico del soggetto agente nonché alla gravità obiettiva delle conseguenze dell'azione¹⁹⁶;

- la necessità: questo punto, intrinsecamente legato al fine di «garantire l'effettività del diritto comunitario», parrebbe esprimere il concetto di «strumentalità necessaria»¹⁹⁷ al dichiarato

¹⁹¹ CGCE, Grande Sezione, 23 ottobre 2007, C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in annullamento della decisione quadro 2005/667/GAI del Consiglio 12 luglio 2005, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi.

¹⁹² Tra gli altri: WHITE, *Harmonisation*, cit., p. 91.

¹⁹³ Così, tra gli altri, SCHIANO DI PEPE, *Competenze*, cit., p. 780.

¹⁹⁴ Per questo rilievo, nonché per la citazione, vd. CONSULICH, cit., in MANNOZZI, CONSULICH, cit., p. 926.

¹⁹⁵ TOBLER, *Case C-176/03*, cit., 2006, p. 849 s., richiama dottrina e documenti internazionali, nonché la giurisprudenza della Corte in tema di obblighi di penalizzazione *de facto*.

¹⁹⁶ Vedasi *passim* gli esempi illustrati nel successivo capitolo 3. Si potrebbe leggere in questa espressione anche un riferimento al sistema valoriale dell'ordinamento comunitario (come a dire cioè che è più grave non tanto l'offesa soggettivamente o obiettivamente qualificata ma quella che leda interessi più rilevanti dal punto di vista degli obiettivi del TCE), ma questa lettura (richiamata in SCHIANO DI PEPE, *Competenze*, cit., p. 780) è ostacolata da un duplice rilievo: da un lato risulta sproporzionato condensare in una sola parola un fondamento imprescindibile e basilare della legittimazione legislativa a produrre diritto penale, dall'altro la Corte risulta insistere proprio su un fondamento opposto, ancorato cioè non a parametri assiologici bensì funzionali. Per queste considerazioni si rimanda però all'analisi condotta al paragrafo 4.3.

¹⁹⁷ SCHIANO DI PEPE, *Competenze*, cit., p. 784.

fine dell'effettività; è stata così rilevata una certa indistinzione (o confusione) di questo criterio con quello dell'indispensabilità¹⁹⁸; inoltre la Corte non ha chiarito da quali indici dedurre tale requisito, ed è parso sufficiente «that the Community institutions *consider* [the measure] necessary» e «not that they prove it to be necessary»¹⁹⁹.

- l'effettività: tale criterio, che diverrà cardine nella disciplina post-Lisbona, è stato inizialmente letto quale implicito *limite* all'intervento penale comunitario, il quale non potrebbe aver ad oggetto che le sole materie *già* regolate da normativa sovranazionale e non viceversa intervenire contestualmente all'emanazione di queste²⁰⁰.

In ogni caso, che cosa si debba intendere precisamente per indispensabilità, gravità, necessità ed effettività, nell'evidente rischio di sovrapposizione concettuale è tema che ha oggi perso del tutto rilevanza a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, né la giurisprudenza e la dottrina hanno avuto tempo sufficiente per elaborare definizioni o concettualizzazioni. Per alcune riflessioni si rinvia ai commenti già citati²⁰¹.

Fra gli altri, punto controverso era segnalato essere la facoltà per la Comunità di fornire indicazioni vincolanti non solo sul tipo di sanzioni (penali, appunto) ma anche sulla specifica tipologia (pecuniarie, detentive) e persino sul *quantum* edittale.

Tale tema viene sinteticamente affrontato dalla Corte nella *successiva sentenza resa il 23 ottobre 2007* in materia di inquinamento provocato da navi²⁰², con la quale essa ha sostanzialmente riconfermato le proprie posizioni già espresse nella sentenza *Ambiente* e ha precisato, espressamente benché apoditticamente, che «*la determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali applicabili ... non rientra nella competenza della Comunità*»²⁰³.

Anche con riguardo alla sentenza poc'anzi richiamata non appare utile soffermarsi a ricostruirne premesse, snodi argomentativi e problematiche irrisolte, per la medesima ragione per

¹⁹⁸ Si apprende dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale in causa C-404/05 che gli Stati membri intervenienti adesivi rispetto alla posizione del Consiglio parlano di «misure che risultino "necessarie" o (assolutamente) "indispensabili"», affermazione che conferma il rilievo effettuato nel testo.

¹⁹⁹ TOBLER, *Case C-176/03*, cit., p. 847, corsivo dell'Aultrice.

²⁰⁰ La ragione starebbe nel fatto che un vero vaglio sull'effettività di una normativa può essere effettuato solo osservandola in azione, mentre se la norma penale viene emanata contestualmente a quella non penale che intende tutelare allora il vaglio di effettività verrebbe effettuato *ex ante*, in astratto. Così ha ritenuto il Parlamento (punto 15 della Risoluzione del 14 giugno 2006, citata *infra*, nt. 208), e in dottrina, tra gli altri, SICURELLA, *La tutela*, cit., in GRASSO, SICURELLA, *Lezioni*, cit., p. 313. *Contra*, almeno apparentemente, la Commissione, nella sua Comunicazione del 23 novembre 2005 (citata *infra*, nt. 207).

²⁰¹ E in particolare alle opere di Mannozi-Consulich, Tobler, White e Schiano di Pepe.

²⁰² Già citata *supra*, nt. 191.

²⁰³ Punto 70 delle motivazioni, corsivo aggiunto.

la quale essa è intervenuta a pochissime settimane di distanza dalla sottoscrizione, a Lisbona, del nuovo Trattato, che come si vedrà ha riscritto integralmente la suddivisione in pilastri del quadro istituzionale dell'Unione, rendendo del tutto inattuale la puntuale verifica dei termini e delle conseguenze dell'*actio finium regundorum* tra pilastri ora sintetizzata. Basti ribadire come la Corte, con le richiamate sentenze, abbia inteso *modulare una competenza penale comunitaria su una serie articolata di parametri attinenti da un lato alla rilevanza dell'oggetto dell'intervento normativo della Comunità e la indispensabilità di tale intervento (criteri che richiamano, o paiono richiamare, i principi del legittimo scopo di tutela e dell'ultima ratio) e dall'altro su caratteri relazionali intesi a subordinare l'opzione penale ad autonome considerazioni di efficacia della norma comunitaria.*

La rilevanza di questo ulteriore intervento è indubbia²⁰⁴, e - nonostante il costante prudente riferimento della Corte di giustizia, nella causa sull'inquinamento provocato da navi, al tema del danno ambientale²⁰⁵ - quasi tutti gli Autori affermano, più o meno esplicitamente, che il modello sia estensibile ad altri settori del diritto comunitario, purché siano soddisfatte le condizioni di necessità, indispensabilità e gravità delle violazioni²⁰⁶. Tale rilevanza è altresì dimostrata da alcuni autorevoli interventi, e segnatamente dalla comunicazione della Commissione indirizzata al Parlamento europeo e al Consiglio, «in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03 Commissione contro Consiglio)»²⁰⁷ e dalla «Risoluzione sulle conseguenze della sentenza della Corte del 13 settembre 2005 (Causa C-176/03, Commissione contro Consiglio)» del Parlamento europeo²⁰⁸, nonché da rapporti dei parlamenti francese²⁰⁹ e inglese²¹⁰, tutti resi tra il

²⁰⁴ Per tutti vd. SCHIANO DI PEPE, *Competenze*, cit., p. 778, che parla di «*grand arrêt*», ed EPIDENDIO, *Diritto*, cit., p. 20.

²⁰⁵ La base giuridica era stavolta afferente alla disciplina dei trasporti, ma la Corte insiste a più riprese sullo stretto legame della decisione quadro impugnata con la prevenzione del danno ambientale, quasi a non voler prendere posizione sulla possibile estensione della giurisprudenza *Ambiente* anche ad altre sfere di competenza della Comunità. Peraltro, la successiva direttiva 2009/123/CE, che modifica la direttiva 2005/35 oggetto delle censure della CGUE, mantiene significativamente come base giuridica l'allora art. 80, par. 2, TCE, concernente la politica dei trasporti (cfr. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99/CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano*, in *Dir. comm. inter.*, 3/2010, p. 454).

²⁰⁶ Per tutti: GRASSO, *Introduzione*, cit., in GRASSO, SICURELLA, *Lezioni*, cit., p. 71 in fine; SICURELLA, *La tutela*, cit., in GRASSO, SICURELLA, *Lezioni*, cit., p. 295; in modo più indiretto, SCHIANO DI PEPE, *Competenze*, cit., p. 780.

²⁰⁷ COM(2005) 583, del 23 dicembre 2005.

²⁰⁸ 14 giugno 2006, pubblicata in GUUE C 300E del 9 dicembre 2006.

²⁰⁹ «Rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée nationale pour l'union européenne, sur les conséquences de l'Arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005 sur les compétences pénales de la Communauté européenne», dell'Assemblea nazionale francese, pubblicato il 25 gennaio 2006.

²¹⁰ «European Union Committee 42nd Report of Session 2005-06 "The Criminal Law Competence of the European Community"», della House of Lords inglese, pubblicato il 28 luglio 2006.

dicembre 2005 e l'estate del 2006. Questi atti mostrano di trattare molto seriamente il tema delle competenze penali della Comunità, con approcci più o meno arditi o conservatori ma tutti rivolti a ricostruire le conseguenze di una svolta all'interno della materia che ci occupa.

Tale svolta si è concretizzata non solo con l'annullamento, nel 2007, della decisione quadro sull'inquinamento provocato da navi, oggetto della pronuncia in causa C-440/05 già richiamata, ma con l'adozione di atti normativi, prima fra tutti la Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, che è utile esaminare brevemente per verificare gli approdi del nuovo assetto.

1.1.3 La direttiva ambiente (2008/99/CE) e la sua attuazione come banco di prova del nuovo assetto.

Sbocco naturale della complessa vicenda giurisprudenziale riferita è stata una modificazione dell'approccio del legislatore comunitario nell'affrontare la "questione penale": un «profondo cambiamento»²¹¹ è stato determinato dall'approvazione della direttiva 2008/99/CE²¹², che impone agli Stati membri l'introduzione di «un vasto "ventaglio"»²¹³ di fattispecie *penali*, relative a numerose tipologie di condotte lesive del bene ambiente («dallo scarico, l'emissione o l'immissione illeciti nell'aria, nel suolo o nelle acque, di un quantitativo di sostanze o radiazioni ionizzanti, fino alla produzione, l'importazione, l'esportazione, l'immissione sul mercato o l'uso di sostanze che riducano lo strato di ozono»²¹⁴).

La lettura del testo di questa direttiva fornisce alcune indicazioni utili sulla risposta legislativa ai succitati arresti giurisprudenziali.

Innanzitutto la base giuridica di questo atto, similmente a quanto avvenuto in relazione alla causa C-176/03, è rintracciata nell'allora art. 174, 2, TCE²¹⁵, e dunque si resta nell'alveo della tutela ambientale, come già visto caratterizzata da particolare centralità all'interno degli obiettivi del Trattato CE.

Si rientra poi appieno nel modello, proposto dalla dottrina, per il quale la legittimità della risposta sanzionatoria penale sarebbe legata, tra l'altro, alla preesistenza delle norme che essa va a presidiare e all'insufficienza della tutela già predisposta in materia: precisamente, il secondo *considerando* evidenzia che «la Comunità è preoccupata per l'aumento dei reati ambientali e per le loro conseguenze»²¹⁶, e nel terzo il legislatore si preoccupa di indicare che il suo intervento è giustificato, tra l'altro, dal fatto che «l'esperienza dimostra che i sistemi sanzionatori vigenti *non*

²¹¹ Così MERLIN, *La tutela penale dell'ambiente nella direttiva 2008/99/CE*, in *Il sole 24 ore - Ambiente e sicurezza*, 10 febbraio 2009, n. 3, p. 90.

²¹² Pubblicata in GUUE L 328 del 6 dicembre 2008, sulla quale cfr. *amplius* VAGLIASINDI, *La direttiva*, cit., pp. 449 ss.. Seguono, nell'arco di neppure un anno, l'approvazione della direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, pubblicata in GUUE L 168 del 30 giugno 2009 (e sulla quale cfr. successivo par. 3.1.15) e l'approvazione della direttiva 2009/123/CE del Parlamento e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, pubblicata in GUUE L 280 del 27 ottobre 2009 (la direttiva 2005/35/CE, lo si ricorda, è oggetto del procedimento C-440/05).

²¹³ MERLIN, *La tutela*, cit., p. 90.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ Ora, art. 191 TFUE.

²¹⁶ Corsivo aggiunto.

sono sufficienti per garantire la piena osservanza della normativa [comunitaria] in materia di tutela dell'ambiente»²¹⁷.

Affermazione di rilievo, in relazione alle preoccupazioni dottrinali riferite *supra*, è contenuta nello stesso terzo *considerando*: «[le sanzioni penali] sono indice di una *riprovazione sociale* di natura *qualitativamente* diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori di diritto civile»²¹⁸. Questo rilievo, già contenuto nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale in causa 440/05²¹⁹, è legato a doppio filo con la considerazione per cui il diritto penale è fondato su un *quid pluris* di legittimazione sociale, per il fatto stesso che esso si pone come "cassa di risonanza" della forte disapprovazione sociale per determinati comportamenti e non si limita ad avere una mera funzione di promozione di determinate politiche normative.

Accanto a questa importante specificazione non è però (ovviamente) trascurato quest'ultimo, ulteriore, aspetto proprio del diritto penale: all'obiettivo di garantire «un'efficace tutela dell'ambiente» è infatti dedicato il quinto *considerando*.

Non secondaria, specie perché rivela un'attenzione per un aspetto come la cooperazione giudiziaria e di polizia che resta tipico delle politiche di terzo pilastro, è l'affermazione che costituisce il quarto *considerando*: «l'introduzione di regole comuni sui reati consente di usare efficaci metodi d'indagine e di assistenza».

A completare il quadro sta il fondamentale riferimento ai *principi di sussidiarietà comunitaria e proporzionalità*, contenuto nel quattordicesimo *considerando*: «poiché l'obiettivo della presente direttiva [...] non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque, a causa delle dimensioni e degli effetti della presente direttiva, essere realizzato meglio a livello comunitario, la Comunità può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato [CE]» e «in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo». Altrove (dodicesimo *considerando*) la tutela predisposta dalla direttiva è definita "minima" rispetto a ulteriori e più stringenti obblighi che possono essere posti dagli Stati²²⁰.

²¹⁷ Circa le ragioni a supporto della necessaria armonizzazione cfr. VAGLIASINDI, *La direttiva*, cit., l'intero par. 2.

²¹⁸ Corsivi aggiunti.

²¹⁹ Vd. par. 67 di tali *Conclusioni*, nonché, per un commento, *supra*, in questo stesso capitolo, al paragrafo precedente.

²²⁰ Come si vedrà *amplius* nel successivo capitolo 3, il rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità risulta frequentemente affermato ma raramente motivato; talora, poi, all'affermazione non corrisponde una reale attenzione al problema, ciò che tuttavia dovrebbe cambiare a seguito delle innovazioni apportate con il Trattato di Lisbona (cfr. in particolare *infra*, par. 1.2.2).

Trascurando²²¹ dunque gli aspetti inerenti specificamente la materia ambientale²²², si può dunque osservare, sinteticamente, che il legislatore ha (apprezzabilmente) indicato tra le proprie linee guida: i principi di sussidiarietà comunitaria e di proporzionalità (*considerando* 12 e 14); il principio di sussidiarietà penale (*considerando* 3); i canoni di adeguatezza (*considerando* 2) e di dissuasività (*considerando* 5); la natura di *ultima ratio* del diritto penale nel suo stretto collegamento con la riprovazione sociale e dunque con i valori in cui la società stessa si riconosce (*considerando* 3).

Passando ora a esaminare la struttura e il contenuto dei dieci articoli che compongono la direttiva, il rilievo principale è quello della sostanziale somiglianza con i precedenti modelli: la direttiva definisce le fattispecie, tratta di istigazione e favoreggiamento, di responsabilità delle persone giuridiche e chiude con norme di carattere più prettamente organizzativo. La principale differenza è (come ovvio) costituita dall'esplicito riferimento alla natura penale delle sanzioni e all'indicazione come "reati" delle fattispecie individuate, mentre il *quantum* delle sanzioni stesse è caratterizzato unicamente tramite la nota formula che le vuole "efficaci, proporzionate e dissuasive" (così all'art. 5 per le persone fisiche e all'art. 7 per quelle giuridiche).

Tuttavia, «sotto quest'ultimo profilo, in conseguenza della sentenza del 23 ottobre 2007, la direttiva ... risulta in effetti significativamente «menomata»²²³: l'assenza della benché minima indicazione circa le tipologie e i quantitativi edittali, infatti, lascia del tutto liberi gli Stati di concretizzare a piacimento l'obbligo di predisporre sanzioni efficaci, e rischia, qui come nelle altre direttive adottate nell'"interregno", di lasciare invariato il frastagliato panorama di strumenti sanzionatori presenti negli Stati membri²²⁴.

²²¹ Dell'affermazione contenuta nel decimo *considerando* («la presente direttiva non crea obblighi per quanto riguarda l'applicazione di tali sanzioni») si darà conto nel paragrafo successivo. Il riferimento all'*applicazione* delle sanzioni è infatti analogo a quello contenuto negli articoli 135 e 280 TCE, e potrebbe costituire un indice di rilievo all'interno del nutrito dibattito riguardante tali norme.

²²² Su tali aspetti infatti la dottrina di settore si mostra assai critica circa la reale opportunità e l'effettiva utilità di impiegare la sanzione penale: i principali rilievi si incentrano qui sulle difficoltà di accertamento del nesso causale in una materia caratterizzata da micro condotte autonomamente non in grado di causare danni rilevanti e che vengono in gioco invece nella loro sommatoria; inoltre, viene segnalata una certa onnicomprensività e vaghezza delle fattispecie delineate (qui e nelle precedenti direttive in materia). Per rilievi maggiormente approfonditi si vedano, tra gli altri, i già citati lavori di Schiano di Pepe, Mannozi-Consulich, Merlin, Vagliasindi, nonché, con specifico riguardo all'attuazione della direttiva nell'ordinamento italiano, DE SANTIS, *La tutela penale dell'ambiente dopo il D.Lgs. n. 121/2011 di attuazione della direttiva 2008/99/CE*, in *Resp. civ. e prev.*, 2/2012, pp. 668 ss, e CASARTELLI, *La responsabilità degli enti per i reati ambientali*, in *penalecontemporaneo.it*, 23 marzo 2012.

²²³ VAGLIASINDI, *La direttiva*, cit., p. 468, ove si segnala un'importante riduzione del «potenziale impatto dirompente della direttiva 2008/99 ... sotto il profilo ... dell'efficacia dell'intervento di armonizzazione in esame, in ordina all'obiettivo dichiarato dell'essenzialità di un elevato livello di tutela dell'ambiente» (*ivi*, p. 467 s.).

²²⁴ Richiamati esemplificamente in VAGLIASINDI, *La direttiva*, cit. p. 470 s.. Non è invece dato conoscere lo stato di attuazione della direttiva, poiché all'iniziale ritardo (stigmatizzato dal comunicato della Commissione del 16 giugno

Da ultimo deve notarsi che manca un testo parallelo, di terzo pilastro, che specifichi ulteriormente tipologia e *quantum* delle sanzioni, lasciando gli Stati (di fatto²²⁵) molto più liberi di quanto non lo fossero quando tali specifiche apparivano puntualmente nella decisione quadro adottata contestualmente alla direttiva. Si è detto quanto la dottrina fosse scettica su questa soluzione, accolta dagli Avvocati Generali nella giurisprudenza su riferita e poi dalla stessa Corte di giustizia, ma il tema è diventato storia, insieme con alcune delle altre preoccupazioni espresse sin qui, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

2011, consultabile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-739_it.htm, url consultato il 10 febbraio 2015) non è seguita alcuna relazione in proposito.

²²⁵ Vero è che anche le decisioni quadro erano adottate in un settore, come quello GAI, in cui pressoché tutta la discrezionalità normativa era condensata nell'azione dei governi degli Stati membri: quel che qui si vuole sottolineare è però che, mentre nella sede intergovernativa entrano in gioco equilibri diversi (per i quali ad esempio uno Stato può essere politicamente "costretto" a giungere ad un accordo sottoscritto *ob torto collo*, magari tramite concessioni reciproche concernenti anche altri settori di politica intergovernativa), in questo mutato quadro giuridico gli Stati, essendo addirittura inibiti ad impiegare strumenti di terzo pilastro, si sono trovati a poter effettuare le loro valutazioni nella totale libertà dei rispettivi meccanismi legislativi interni. Tale ultima libertà inoltre, è di fatto solo lievemente lesa dalla necessaria natura penale delle sanzioni, e lo è molto più dal successivo controllo politico-giurisdizionale effettuato dalla Corte e della Commissione tramite lo strumento del ricorso per inadempimento, con un rafforzamento della posizione della Commissione quale "custode dei Trattati" e organo politico sempre più emergente nell'odierna realtà europea (lo stesso comunicato richiamato alla nota precedente, non a caso, fa riferimento all'avvio di procedure di infrazione avverso gli Stati inadempienti).

1.2 Il Trattato di Lisbona.

Come ormai chiarito, il Trattato di Lisbona ha costituito un momento di svolta nella storia dell'integrazione europea, e in particolare per il processo evolutivo della competenza penale europea²²⁶.

Solennemente sottoscritto a Lisbona il 13 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, il Trattato di Lisbona ha inciso profondamente sulla struttura istituzionale dell'Unione e sui testi dei Trattati. *Le principali innovazioni*, senza pretesa di completezza, sono le seguenti²²⁷:

- il Trattato CE, stipulato nel 1957, muta denominazione in "Trattato sul funzionamento dell'Unione europea" (TFUE), affiancandosi al "Trattato sull'Unione europea" (TUE);

- l'Unione europea sostituisce e succede alla Comunità europea²²⁸, che viene pertanto a cessare di esistere come soggetto giuridico;

- in virtù dell'art. 6 TUE, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza nel dicembre 2000 e contenente l'elencazione dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dall'Unione, «ha lo stesso valore giuridico dei Trattati»;

- prosegue il processo di valorizzazione del Consiglio europeo come istituzione politica centrale nella determinazione dell'indirizzo politico dell'Unione, mediante il rafforzamento del ruolo del suo presidente, che viene eletto con mandato, rinnovabile, di due anni e mezzo²²⁹ e che non può esercitare qualsivoglia altra funzione, professione o incarico;

²²⁶ La letteratura, tanto sul fronte delle discipline internazionalistiche quanto su quello delle scienze penalistiche, è estesa. Per limitare ai principali e più specifici riferimenti, cfr. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 48, 51 ss.; ID., *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2012, pp. 43-78; DRAETTA, *I principi democratici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 3/2008, pp. 513 ss.; GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, IV, 2011, pp. 2307-2350; ID., *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in GRASSO, PICOTTI, SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione*, cit., 2011, pp. 683-762; MANACORDA, *Le droit pénal sous Lisbonne: vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice?*, in *Rev. sc. crim.*, 2010, pp. 927-938; MONTALDO, *La competenza dell'Unione europea ad adottare norme di diritto penale ex art. 83, par. 2, TFUE e sue possibili applicazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2013, pp. 101-127; PAONESSA, *L'avanzamento del diritto penale europeo dopo il Trattato di Lisbona*, in *La Giustizia Penale*, 2010, fasc. 8-9, pp. 307-317; PERILLO, *Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté, sécurité et justice: deux ans après Lisbonne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 3/2012, pp. 577-619; SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale*, in GRASSO-PICOTTI-SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione*, cit., pp. 3-66; SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., pp. 1146-1166; ID., «*Criminaliser sans punir*». *Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le traité de Lisbonne*, in *Rev. sc. crim.*, n. 4/2010, pp. 773-785.

²²⁷ Leggasi, *ex plurimis*, TESAURO, *Diritto*, cit., 2012, p.15 ss..

²²⁸ Art. 1, par. 3, TUE.

²²⁹ Il mandato va quindi potenzialmente a coincidere con la durata della legislatura, ulteriore segnale questo nel senso di una valorizzazione della funzione politico-istituzionale del Consiglio europeo.

- modifica la composizione e il sistema di voto delle due istituzioni principali, il Parlamento e il Consiglio, e rafforza il ruolo politico della Commissione e del suo presidente;
- istituisce la procedura legislativa ordinaria a partire dalla previgente procedura di codecisione, in una prospettiva di normale coinvolgimento paritetico di Parlamento e Consiglio nella formazione degli atti normativi dell'Unione²³⁰;
- mediante l'art. 6, par. 2, TUE, prevede l'adesione dell'Unione alla Convenzione EDU²³¹;
- viene soppressa la struttura istituzionale in pilastri²³², che aveva caratterizzato l'Unione sin dalla sua nascita nel 1992, in favore di una apparentemente completa "comunitarizzazione" di tutta la competenza dell'Unione²³³.

Venendo alle *innovazioni più strettamente inerenti il diritto penale*, il momento di certo più evidente novità è determinato dall'introduzione, al capo IV del titolo V del TFUE, degli articoli 82 e 83, che succedono al precedente art. 31 TUE in una veste riveduta e ampliata²³⁴.

L'art. 82 prevede, al par. 1, che la *cooperazione giudiziaria in materia penale* (oggetto dell'intero capo IV) «è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie» e «include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83». Viene pertanto ribadito, in

²³⁰ Le deliberazioni tuttora soggette alle restanti procedure legislative speciali, prevalentemente sbilanciate a favore del Consiglio, possono essere traghettate verso la procedura ordinaria (e non viceversa) in virtù di una delle due clausole c.d. passerella di cui all'art. 48, par. 7, TUE, mediante decisione del Consiglio europeo.

²³¹ I cui negoziati sono tuttora (febbraio 2015) in corso, sulla base della duplice base giuridica costituita dal citato art. 6, par. 2, TUE e dall'art. 59, par. 2, Conv.EDU nel testo emendato dall'art. 17 del protocollo n. 14. Il 5 aprile 2013 la conferenza dei rappresentanti dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa e dei delegati del Consiglio dell'Unione europea ha licenziato un testo finale (pubblicato su http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/2219-una_pietra_miliare_nei_negozianti_sull__adesione_dell__ue_alla_cedu/) successivamente sottoposto al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione sulla base dell'art. 218, u.c., TFUE. Per alcune riflessioni cfr. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un percorso non ancora concluso*, in *Studi sull'integrazione europea*, 3/2013, pp. 487-506; MIGNOLLI, *Il progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni spunti di riflessione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2-3/2012, pp. 541-564. Successivamente, come si vedrà meglio in seguito, la Corte di giustizia ha reso il parere n. 2/13, preannunciato con comunicato stampa del 18 dicembre 2014, sul quale vedasi *amplius infra*.

²³² Parla in proposito di «una novità di grande rilievo in materia criminale» SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1152.

²³³ In realtà, gli ambiti di attribuzione corrispondenti ai vecchi secondo e terzo pilastro mantengono tuttora talune più o meno accentuate peculiarità, e in particolare la politica estera e di sicurezza comune conserva un importante carattere "intergovernativo" dovuto alla sostanziale assenza di competenze del Parlamento europeo e a una competenza invero marginale della Corte di giustizia. Anche l'ex terzo pilastro ha mantenuto una seppur sfumata originalità di approccio, che sarà oggetto di più ampi approfondimenti *infra, passim*, in questo paragrafo.

²³⁴ Togliendo fondamento alla principale obiezione precedentemente addotta all'affermazione della competenza penale europea. «[If] the Treaties [before Lisbon] did not refer to criminal law, [indicating] that criminal law provisions at the Community level were not intended, ... the current treaties no longer remain "silent" on criminal law» (SATZGER, *International*, cit., p. 55).

incipit, che riconoscimento reciproco e ravvicinamento delle legislazioni costituiscono i due pilastri fondanti la cooperazione giudiziaria penale, dal punto di vista procedurale come da quello sostanziale.

Per quanto concerne il riconoscimento reciproco «nelle materie penali aventi dimensione transnazionale», il Parlamento e il Consiglio possono adottare «norme minime» deliberando «mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria» e tenendo conto delle «differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri». Tali norme minime possono essere adottate in ambiti predeterminati (l'ammissibilità reciproca delle prove, i diritti della persona nel processo penale, i diritti delle vittime) oppure in ambiti ulteriori che il Consiglio potrà individuare «mediante una decisione (per adottare la quale) delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo²³⁵» (art. 82, par. 2, TFUE).

Per quanto riguarda *il diritto penale sostanziale*²³⁶, il successivo art. 83 TFUE prevede che Parlamento e Consiglio, «deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria», possano stabilire «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni». Tali sfere sono individuate al successivo capoverso dell'art. 83, par. 1²³⁷, ma anche in questo caso, «in funzione dell'evoluzione della criminalità», il Consiglio può adottare una decisione²³⁸ «che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo».

Sempre in ambito sostanziale, qualora poi «il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione», le istituzioni possono adottare «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione», sempre tramite direttive ma non più necessariamente

²³⁵ La delibera all'unanimità del Consiglio previa approvazione del Parlamento costituisce una delle più frequenti procedure legislative speciali previste dai Trattati. Sul punto cfr. *infra*, par. 2.2.

²³⁶ Il secondo *cornu* fondativo della cooperazione giudiziaria penale.

²³⁷ Terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata. Per approfondimenti, soprattutto in merito ai criteri di selezione di tali aree di criminalità e alle conseguenze di tale opzione strutturale, cfr. il paragrafo successivo.

²³⁸ Anch'essa, come quella di cui al precedente art. 82, assunta all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

mediante la procedura legislativa ordinaria bensì «secondo la procedura legislativa ... utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione²³⁹».

Sia in ambito processuale (art. 82) sia in ambito sostanziale (art. 83), il Trattato prevede poi *un meccanismo di c.d. "freno d'emergenza"*, descritto ai parr. 3 di entrambi gli articoli citati. In virtù di tale istituto, «qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva (ai sensi dei paragrafi precedenti) incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale», potrà chiedere che della questione sia investito il Consiglio europeo previa sospensione per non oltre quattro mesi della procedura di adozione dell'atto. Da qui si generano tre esiti alternativi e opposti: se in Consiglio europeo si forma un consenso²⁴⁰ sull'adozione dell'atto, il progetto viene rinviato al Consiglio e la sospensione viene meno; se viceversa permane il disaccordo, il progetto decade a meno che un numero minimo di nove Stati membri intenda «instaurare una cooperazione rafforzata²⁴¹ sulla base del progetto di direttiva in questione», informandone le istituzioni, il cui consenso²⁴² alla cooperazione si considera, per ciò solo, concesso.

Un altro profilo di importanza nient'affatto secondaria per il penalista risiede certamente nel *potenziamento del ruolo delle assemblee parlamentari* nel processo decisionale dell'Unione. Ciò si verifica sia per quanto riguarda il Parlamento europeo, ormai pacificamente contitolare del potere legislativo insieme al Consiglio²⁴³, sia per quanto riguarda la *vexata quaestio* del ruolo spettante ai Parlamenti nazionali.

²³⁹ «fatto salvo l'articolo 76», il quale si limita a prevedere che, nei settori di cui ai capi 4 (cooperazione giudiziaria penale) e 5 (cooperazione di polizia) del titolo V del TFUE, gli atti normativi e le misure che assicurano la cooperazione amministrativa tra i servizi coinvolti vengano adottati, oltre che su proposta della Commissione anche su iniziativa di un quarto degli Stati membri. Per approfondimenti sui profili procedurali dell'adozione degli atti nelle materie dell'ex terzo pilastro, cfr. *infra*, par. 2.2.

²⁴⁰ Il "consenso" costituisce la forma storicamente attestata di procedura deliberativa in seno al Consiglio europeo, cui si sono aggiunte dopo Lisbona anche le più classiche regole dell'unanimità e della maggioranza, qualificata o semplice. La deliberazione *per consensus* (art. 15, par. 4, TFUE) si fonda sul fatto che solo i voti contrari, e non le semplici astensioni, sono idonei ad impedire l'approvazione di un atto.

²⁴¹ Ai sensi dell'art. 20 TUE e del titolo III della parte VI del TFUE, cfr. *supra*, nt. 110.

²⁴² A mente degli artt. 20 TUE e 326 ss. TFUE, infatti, la cooperazione rafforzata deve – fra l'altro – essere autorizzata dalle istituzioni, che possono negare tale autorizzazione per motivi attinenti i caratteri della proposta di cooperazione ovvero per il fatto che esse ritengano che i medesimi obiettivi possano «essere conseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme» (art. 20, par. 2, TUE).

²⁴³ Addirittura è da notarsi come in almeno un caso, quello dell'approvazione del bilancio in seconda lettura ai sensi dell'art. 314, par. 7, TFUE, il Parlamento disponga addirittura di un potere maggiore di quello del Consiglio, potendo approvare «a maggioranza dei membri che lo compongono e dei tre quinti dei voti espressi» il progetto comune di bilancio che il Consiglio abbia respinto (*ivi*, lett. d).

Il Parlamento europeo è infatti investito di un ruolo attivo e cruciale tanto nell'esercizio del potere normativo, essendo sempre più rari i casi di applicabilità di procedure legislative speciali ed essendo nella maggior parte dei casi comunque previsto un potere di veto in capo all'assemblea rappresentativa²⁴⁴, quanto nell'esercizio di poteri di controllo politico, il più rilevante dei quali è certamente quello previsto all'art. 234 TFUE in virtù del quale il Parlamento, con taluni aggravamenti procedurali²⁴⁵, può approvare una mozione di censura che comporta l'immediata decadenza dei membri della Commissione²⁴⁶.

Altro profilo di rilievo, già richiamato, è poi costituito dalle disposizioni inerenti la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e la Convenzione EDU. Rinviando a quanto si dirà *infra* in apposito paragrafo, basti qui rammentare le ontologiche interferenze tra il diritto criminale e i diritti umani e la correlata importanza dello sviluppo di un diritto penale rispettoso dei diritti fondamentali, tanto del reo quanto della vittima²⁴⁷. Dal punto di vista istituzionale, le due principali innovazioni sono certamente rappresentate dall'adesione dell'Unione al sistema convenzionale (cfr. *supra*, in questo paragrafo) e dall'attribuzione del rango di fonte primaria alla Carta dei diritti fondamentali, nell'articolato sistema di reciproche interferenze che si analizzerà *infra*.

Da ultimo, deve darsi conto di due disposizioni peculiari che si collocano in un rapporto di stretta interazione con il sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale tanto sul fronte processuale quanto su quello sostanziale, gli articoli 86 e 325 TFUE.

A mente dell'*art. 86 TFUE*, «per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione»²⁴⁸ il Consiglio può istituire «una Procura europea a partire da Eurojust»²⁴⁹

²⁴⁴ Cfr. *infra* par. 2.2.

²⁴⁵ In particolare, il necessario decorso di almeno tre giorni tra la presentazione della mozione e il suo voto, nonché un *quorum* deliberativo dei due terzi dei voti espressi e della maggioranza dei componenti l'assemblea.

²⁴⁶ L'esito appare, alla luce dell'attuale quadro istituzionale, politicamente assai improbabile, ma se, da un lato, tale disposizione chiarisce bene quale sia l'architettura istituzionale disegnata dal legislatore del Trattato di Lisbona (specialmente se si pone mente ai rapporti di corrispondenza politico-istituzionale tra Parlamento, Consiglio e Commissione da un lato e popolo, Stati membri e Unione dall'altro), per altro verso, la facoltà in parola potrà costituire forte elemento di pressione sul Presidente della Commissione affinché provveda in prima persona a rimuovere *ex art. 17, par. 6, TUE*, singoli commissari il cui operato sia invisibile alla maggioranza parlamentare. Dinamiche tutte che non possono non ricordare analoghi schemi propri del parlamentarismo nazionale, come si evidenzierà *infra*, al par. 4.2.1.

²⁴⁷ Cfr. *infra*, par. 4.5.

²⁴⁸ Bene giuridico di primaria importanza per l'esistenza dell'Unione, come più volte rilevato.

²⁴⁹ Sul quale ente cfr. *supra*, par. 1.2.3.

deliberando all'unanimità «mediante regolamenti²⁵⁰ secondo una procedura legislativa speciale ... previa approvazione del Parlamento europeo». La Procura, a mente del par. 3, è competente per «individuare, perseguire e rinviare a giudizio ... gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione [ed] esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri»; e tuttavia, a mente del par. 4, il Consiglio europeo può, mediante una decisione resa all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione, «estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale»²⁵¹.

L'art. 325, articolo unico del capo VI del titolo II della parte sesta del TFUE, in parziale continuità con il previgente art. 280 TCE, regola la lotta contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione: primo strumento di questa lotta è l'obbligo di assimilazione previsto al par. 2 tra gli interessi finanziari dell'Unione e quelli degli Stati membri, in virtù del quale essi sono tenuti ad adottare le stesse misure poste a protezione dei secondi per tutelare i primi; ulteriore strumento è poi individuato dal successivo par. 4, il quale autorizza il Parlamento e il Consiglio, previa consultazione della Corte dei conti e deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, ad adottare «le misure necessarie nei settori della prevenzione e della lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, dal fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi²⁵² dell'Unione». Tutte le misure previste dall'art. 325 TFUE, infine, devono essere «dissuasive e tali da permettere una protezione efficace» (par. 1).

Conviene ora trattare più ampiamente di ciascuno degli aspetti poc'anzi enumerati.

²⁵⁰ Il cui contenuto è determinato dal par. 3 dell'articolo in commento: «lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni».

²⁵¹ Evidente il collegamento, anche lessicale, con la competenza penale di cui all'art. 83, par. 1, TFUE.

²⁵² Si distingue convenzionalmente tra istituzioni, organi e organismi, attribuendo la prima qualifica alle sole sette realtà organiche così definite nei Trattati (Parlamento, Consiglio europeo, Commissione, Consiglio, Corte di giustizia, Banca centrale europea, Corte dei conti), la seconda agli altri soggetti istituiti dai Trattati o da atti di diritto derivato e cui siano attribuite funzioni consultive o ancillari rispetto alle istituzioni, la terza alle agenzie decentrate istituite in ambito UE ma anche mediante cooperazione internazionale con Stati non membri. Tra gli organismi sono ad esempio individuati Eurojust e Europol, ma anche Frontex e l'Agenzia europea di difesa.

1.2.1 L'art. 83 T.F.U.E.

«Se dovessimo riassumere in una frase le novità previste a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona potremmo affermare che, con le nuove norme in materia criminale, l'Unione europea *diviene definitivamente competente a svolgere il giudizio di necessità di pena*, ma non ad esercitare la potestà punitiva»²⁵³. Questo esito, evidentemente derivante dal background storico e giuridico che si è descritto nei paragrafi precedenti, trova la sua collocazione positiva essenzialmente nell'art. 83 TFUE, già sommariamente descritto *supra*. L'art. 83, infatti, rappresenta un'ulteriore importante fase di maturazione dell'istituto degli obblighi comunitari/europei di tutela penale, descrivibili²⁵⁴ come strumenti di competenza penale espansiva e indiretta.

Il *primo paragrafo* dell'art. 83 recepisce quella che era stata tradizionalmente la competenza penale europea di *terzo pilastro*, ossia quella necessaria a costruire e preservare lo spazio di libertà sicurezza e giustizia istituito tra gli Stati membri. La competenza è «stabilita *ratione materiae*»²⁵⁵ e, «non a caso»²⁵⁶ per individuarne delle altre è necessario che il Consiglio deliberi all'unanimità. Ciò appare criticabile per due ordini di ragioni concorrenti: sotto il profilo sostanziale, la formulazione “criminalità grave transnazionale” - sebbene possano individuarsi aree di “transnazionalità *in re ipsa*”²⁵⁷ - resta sostanzialmente priva di reale capacità selettiva od orientativa in ragione della sua genericità e carenza di precisione, mentre sotto il profilo procedimentale, la decisione di aggiornare l'elenco delle materie è «adottata secondo una procedura che svisciva il ruolo del Parlamento europeo, confinato alla approvazione di un testo predisposto dal Consiglio»²⁵⁸.

La potestà di emanare norme per il ravvicinamento delle legislazioni²⁵⁹ si svincola quindi definitivamente²⁶⁰ dalle necessità di garantire la cooperazione giudiziaria e assurge a finalità

²⁵³ Così Carlo Sotis dà avvio alla lettura delle disposizioni di cui agli artt. 83 e 86 del TFUE nel suo SOTIS, *Il trattato di Lisbona*, cit., p. 1146, corsivo aggiunto.

²⁵⁴ Cfr. *supra*, par. 1.2.

²⁵⁵ SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1154.

²⁵⁶ *Op. loc. ult. cit.*. Il riferimento è ovviamente al fatto che l'unanimità era la regola decisionale di terzo pilastro.

²⁵⁷ Terrorismo internazionale, tratta, etc. Cfr. *passim*, cap. 3.

²⁵⁸ GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 2328.

²⁵⁹ Che di ravvicinamento si tratti, e non di unificazione, sembra essere reso palese dall'impiego dello strumento della direttiva. Cfr. tuttavia il successivo par. 1.2.3.

autonoma, che si pone in diretta attuazione dell'art. 3, par. 2, TUE²⁶¹, norma che ha "comunitarizzato" lo SLSG: infatti, per realizzare gli scopi di libertà, sicurezza e giustizia l'Unione si impegna a intervenire mediante il controllo alle frontiere esterne, la regolamentazione di asilo e l'immigrazione, e mediante la prevenzione e la lotta contro la criminalità, che si attua per l'appunto mediante le direttive predisposte dall'art. 83, par. 1, TFUE²⁶². In tal modo, «il diritto penale ... non appare più come un impedimento alla libertà, ma quale mezzo per creare libertà»²⁶³.

Quanto ai termini dell'intervento sovranazionale, la genericità della definizione di «criminalità particolarmente grave che present[a] una dimensione transnazionale» è solo parzialmente temperata dalla precisazione per la quale la transnazionalità deriverebbe «dal carattere delle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su base comune», inciso che resta a sua volta sostanzialmente privo di capacità selettiva a causa della vaghezza del concetto di "carattere delle implicazioni" e per il fatto che la necessità di combattere il crimine su basi comuni è legato a valutazioni che di per sé ben potrebbero fermarsi a interventi di carattere processuale²⁶⁴. Non convince al contrario la lettura di chi²⁶⁵ ha interpretato la "particolare gravità" come un'implicita richiesta di previa penalizzazione in sede nazionale delle singole aree di criminalità, sul presupposto che l'Unione, non essendo abilitata a compiere la «primigenia valutazione di necessità di pena»²⁶⁶, debba attendere che tale valutazione sia effettuata in maniera condivisa dagli Stati membri.

Unico reale strumento di individuazione delle aree di criminalità perseguibili mediante l'esercizio della competenza ex art. 83, par. 1, TFUE, è pertanto l'*elencazione operata al secondo capoverso* di tale norma: «terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle

²⁶⁰ Lo si è già notato ma giova ribadirlo: «nella prassi operativa frequenti sono state negli ultimi anni le iniziative di armonizzazione assunte nell'ambito del III pilastro ... che prescindono assolutamente dalla necessità della cooperazione» (GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 2326).

²⁶¹ «L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima».

²⁶² Per questa sottolineatura, PERILLO, *Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté, sécurité et justice: deux ans après Lisbonne*, in *Dir. Un. Eur.*, 3/2012, p. 595, e la dottrina ivi citata in nt. 26.

²⁶³ WEIGEND, *Verso un diritto penale europeo unitario?*, in *Critica dir.*, 1-2/2011, p. 150.

²⁶⁴ «Finora non vi è alcuna prova dell'ipotesi secondo cui ciò che ostacola un'effettiva cooperazione giudiziaria negli affari penali sarebbero in prima linea diverse definizioni dei reati o diversa cornice edittali» (WEIGEND, *Verso un diritto*, cit., p. 151).

²⁶⁵ SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1154.

²⁶⁶ *Op. loc. ult. cit.*

donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata». Significativamente, come si noterà più espressamente nel corso del terzo capitolo²⁶⁷, tali aree sono quelle nelle quali l'Unione ha *già* provveduto ad emanare norme di armonizzazione sanzionatoria mediante decisioni quadro prima e direttive poi. Ciò dovrebbe pertanto condurre a rigettare le preoccupazioni espresse da chi²⁶⁸, all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e sulla base di una particolare lettura del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie²⁶⁹, aveva paventato che la disciplina sul regime quinquennale potesse travolgere l'efficacia dell'intero *aquis* di terzo pilastro: quest'ultimo, al contrario, sembra poter trovare perfetta continuità nel nuovo ordine post-Lisbona, e con esso anche i principi che erano stati elaborati in suo riguardo.

È segnalata invece in dottrina²⁷⁰ una certa vaghezza dell'elencazione delle materie, che non è pertanto in grado di supplire realmente alla genericità dei criteri di gravità e transnazionalità: se ciò appare inevitabile nel momento in cui si è scelto di individuare la competenza "per materie", non possono essere condivise le preoccupazioni circa la violazione degli standard di legislazione penale, proprio in quanto non si tratta di legislazione penale ma solo di determinazione della competenza del legislatore penale. Il tema ha pertanto natura costituzionalistica, e in questa prospettiva è stato affrontato dalla nota sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla legge di ratifica del Trattato di Lisbona²⁷¹: in proposito il *Bundesverfassungsgericht* ha paventato un conflitto di tale disposizione con il principio delle competenze di attribuzione, rilevando che il legislatore dell'Unione (anche mediante l'uso della procedura di integrazione dell'elenco prevista dal par. 1, secondo cpv) potrebbe in tal modo espandere senza controllo la propria competenza

²⁶⁷ E benché tale «lista di reati [sia] molto più estesa di quella contenuta nei vecchi artt. 29 e 31 TUE» (SIRACUSA, *Il transito del diritto penale di fonte europea dalla «vecchia» alla «nuova» Unione post-Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/2010, p. 791).

²⁶⁸ SIRACUSA, *Il transito*, cit., p. 834.

²⁶⁹ Gli articoli 9 e 10 avrebbero introdotto, secondo questa lettura, un regime transitorio per la validità delle decisioni quadro, spirato il quale esse avrebbero "perso efficacia/vigenza". In realtà, come si vedrà meglio *infra*, par. 2.4, la validità ed efficacia degli atti di terzo pilastro è «mantenuta» (art. 9, Prot. 36), mentre ad essere "sospese" sono le attribuzioni delle istituzioni su tali atti (art. 10, il cui par. 3 limita espressamente la limitazione temporale alla misura di cui al primo paragrafo, e non anche all'art. 9). L'obiezione deve pertanto essere rigettata nel suo fondamento. Nel medesimo senso SATZGER, *International*, cit., p. 73, per il quale, «according to art. 9 Protocol No. 36, the legal acts adopted on the basis of the TEU prior to the entry into force of the Treaty of Lisbon shall remain valid».

²⁷⁰ SATZGER, *International*, cit., p. 74 ss.

²⁷¹ BVerG, 30 giugno 2009, n. 2/2008, c.d. sentenza *Lissabon-Urteil*. Vedasi la traduzione italiana pubblicata su www.cortecostituzionale.it; per commenti LIBERATI, *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz: una guida alla lettura*, in *federalismi.it*, 14/2009; BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, pp. 267 ss.

penale. Il legislatore tedesco si è adeguato sul punto prevedendo che ogni adesione del proprio rappresentante in Consiglio a una proposta di estensione debba essere preceduta da apposita assunzione di responsabilità da parte del Parlamento con atto espresso. Problemi analoghi non pare siano invece stati sollevati dalla dottrina italiana.

La competenza c.d. autonoma deve essere esercitata «deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria», ossia con il pieno coinvolgimento del Parlamento europeo e pertanto parzialmente “a riparo” dai rilievi di deficit democratico che sono stati sollevati circa l’omologa ma diversa procedura prevista al successivo paragrafo dell’art. 83 TFUE.

*Il successivo art. 83, par. 2, TFUE, prevede invece la c.d. competenza penale accessoria dell’Unione*²⁷², fondata cioè non su un’autonoma istanza di penalizzazione ma sull’esigenza di «tutela degli interessi sovranazionali originati dalla attività delle istituzioni europee»²⁷³. Tale forma di armonizzazione penale è dunque espressione di quella logica funzionalista di cui già più volte si è detto, e «mira a garantire l’*effetto utile* dei precetti di fonte comunitaria»²⁷⁴.

Precisamente, il Trattato individua questa competenza nell’ambito di «un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione». In dottrina si è evidenziato che, a intendere letteralmente tale espressione, l’armonizzazione extrapenale deve preesistere a quella penale: «La norma sembrerebbe richiedere che l’armonizzazione penale debba avvenire solo ove ci sia già stata un’opera di armonizzazione»²⁷⁵. Inoltre, e sempre a un esame meramente letterale, essa parrebbe poter intervenire solo nei settori caratterizzati appunto per un’armonizzazione, e non già in quelli in cui l’Unione ha competenza esclusiva («nei quali, come si sa, l’Unione non adotta misure di armonizzazione»²⁷⁶) né in quelli di competenza concorrente (e quindi soggetti a misure di unificazione).

In realtà, l’ambito di intervento del legislatore penale europeo dovrebbe essere inteso estensivamente, ricomprendendo i settori di competenza esclusiva e non limitandosi a quelli di competenza concorrente nei quali siano intervenute misure di unificazione²⁷⁷. Neppure la necessaria preesistenza delle norme extrapenali può essere seriamente intesa quale limite alla

²⁷² Sulla quale, anche per il lessico, cfr. il lavoro di BERNARDI, *La competenza penale*, cit..

²⁷³ GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 2329.

²⁷⁴ BERNARDI, *La competenza penale*, cit., p. 4.

²⁷⁵ SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1155.

²⁷⁶ BERNARDI, *La competenza penale*, cit., p. 5.

²⁷⁷ Così Grasso e Bernardi nelle opere prima citate, e altresì RUBI-CAVAGNA, *Réflexions sur l’harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne*, in *Rev. sc. crim.*, 2009, p. 506.

penalizzazione: se infatti è vero che, in ossequio ai principi del diritto penale minimo, il legislatore dovrebbe *prima* esplorare altre vie per garantire presidio alle norme di armonizzazione emanate, tale “priorità” è logica ma non necessariamente *cronologica*, e pertanto legittimamente il legislatore potrebbe effettuare ogni idonea valutazione di necessità di pena *prima* di emanare la norma extrapenale.

I limiti a tale forma di competenza penale devono essere ricercati altrove, e segnatamente nelle condizioni espresse dal medesimo par. 2 dell’art. 83 TFUE: «il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale» si deve rivelare «indispensabile» al fine di «garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione».

La lettera di questo paragrafo *ha sollevato e solleva critiche e perplessità*, ed è individuato quale ragione di possibili resistenze statuali rispetto a tale forma di competenza dell’Unione. Ciò per diverse ragioni:

- si è notato da più parti che l’oggetto del requisito dell’indispensabilità non è un «interesse comune, oggetto di una politica dell’Unione»²⁷⁸ bensì l’attuazione efficace di tale politica, con uno «slittamento del termine di riferimento dell’indispensabilità [dalla] tutela del bene giuridico [alla] attuazione efficace di una politica dell’Unione»²⁷⁹;

- la valutazione dell’indispensabilità, inoltre, è lasciata al legislatore europeo, non possedendo i Parlamenti nazionali (unici interlocutori esterni nella procedura legislativa²⁸⁰) il peso necessario per garantire un sicuro contrasto a eventuali iniziative abnormi assunte in sede sovranazionale;

- la stessa previsione della cooperazione rafforzata come possibile esito dell’esercizio del freno d’emergenza potrebbe poi rivelarsi un valido indicatore di come tale requisito possa essere preso poco sul serio dal legislatore europeo: la cooperazione penale che intercorra tra una decina di Stati su un totale di ventotto mina infatti, sotto un profilo già meramente logico, la possibilità di

²⁷⁸ Come prevedeva la corrispondente disposizione della Costituzione per l’Europa. Per questa osservazione, GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 2329 s.. L’Illustre Autore pare ivi affermare che la disposizione presente nel TFUE debba essere riletta in tali termini, «allontanandosi così dalla logica funzionalista e collegando le scelte di penalizzazione ... alla necessità di protezione di un bene giuridico», dovendosi in contrario «ammettere che la potestà di intervento in materia penale dovrebbe essere riconosciuta ... in tutti i casi in cui si consente alle istituzioni sovranazionali una potestà di azione ad ampio spettro» (*ivi*).

²⁷⁹ SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1155.

²⁸⁰ Cfr. *infra*, par. 1.2.2.1.

efficace attuazione di una politica dell'Unione²⁸¹ e il fatto che tale possibilità sia espressamente prevista potrebbe svelare una scarsa considerazione selettiva del requisito in parola.

Già lo si è anticipato. Le norme caratterizzanti la competenza penale accessoria sono sì deliberate «*tramite direttive*», ma «tali direttive sono *adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale* utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione». Si pone pertanto l'ipotesi di una direttiva di armonizzazione penale adottata secondo una procedura legislativa speciale, ossia una delle procedure che non contemplano la parità tra Parlamento e Consiglio ma usualmente la prevalenza di quest'ultimo: non si tratta tanto dei casi in cui è prevista l'approvazione del Parlamento²⁸² bensì di quelli in cui è richiesta la mera consultazione, e dove pertanto il Consiglio può emanare norme anche contro l'opinione del Parlamento, con potenziale frizione con il principio legalità²⁸³. È vero che casi di tal genere non sono molti²⁸⁴ ed è vero che tutti i casi di procedura legislativa speciale possono "transitare" nella procedura ordinaria tramite le "clausole passerella" dell'art. 48, par. 7, TUE²⁸⁵. Vero è però anche che la clausola passerella è una facoltà, e ha evidente carattere politico, e che i casi in questione possono essere pochi, anche pochissimi, ma il principio di legalità non ammette deroghe neppure in un solo caso. Il problema pertanto resta.

Come tali problemi possano essere in parte risolti, o comunque come possano tentarsi una loro razionalizzazione e ridimensionamento, si vedrà più ampiamente nell'analisi condotta nel corso del quarto capitolo del presente lavoro.

Ulteriori caratteri, comuni tanto alla competenza autonoma quanto a quella accessoria, sono il riferimento all'adozione di «norme minime» e l'espressa facoltà di determinare tipologia e misura delle sanzioni; ad entrambe le forme di competenza si applica poi il già citato freno d'emergenza.

Prendendo le mosse dal *concetto di «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni»* deve rilevarsi come tale espressione sia testualmente mutuata da quella già contenuta

²⁸¹ Per tale rilievo SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1156; parla di «scelta distonica» SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, IV, 2011, p. 2607, nt. 60.

²⁸² Casi nei quali l'istituzione rappresentativa non è coinvolta nella formazione dell'atto ma può sempre impedirne l'adozione.

²⁸³ Cfr. *infra* par. 4.2.1.

²⁸⁴ Vedasi una rassegna in BERNARDI, *La competenza penale*, cit., p. 24.

²⁸⁵ Così sempre BERNARDI, *ibidem*.

nell'art. 31 TUE-Amsterdam, norma che ha costituito base giuridica per tutte le decisioni quadro adottate nel vigore del precedente sistema a pilastri.

Tale formulazione porta con sé i medesimi rilievi svolti in quella sede, e segnatamente l'assenza di chiarezza e incisività nella determinazione del grado di dettaglio concesso al legislatore europeo²⁸⁶: che il legislatore europeo possa definire singole fattispecie di reato e indicare tipo ed entità della sanzione, in altre parole: prevedere i due elementi costitutivi della formulazione logica condizionalistica di ogni fattispecie astratta, è certo e condivisibile; altrettanto certo, per via dell'espressa settorializzazione della competenza²⁸⁷, è che il legislatore europeo *non* possa procedere a «un intervento di tipo “orizzontale” sulla parte generale»²⁸⁸; incerto è invece se esso possa indicare, magari di volta in volta e con efficacia limitata all'applicazione del singolo strumento normativo, particolari caratteri o limiti a singole fattispecie di parte generale²⁸⁹ e più in generale in che cosa le norme emanate debbano considerarsi “minime”²⁹⁰.

Sotto il profilo delle sanzioni, si è già cennato come costituisca un'importante elemento di criticità del sistema delineato dalle sentenze del 2005 e del 2007 della CGUE il fatto che quest'ultima avesse espressamente escluso che la Comunità potesse determinare il tipo e la misura delle sanzioni. Tale opzione, formulata in maniera apodittica²⁹¹, sacrificava pesantemente non solo la coerenza dell'intervento penale dell'Unione ma la sua stessa efficacia, e al limite addirittura l'intelligibilità da parte dei legislatori nazionali: infatti, «l'obiettivo di volta in volta perseguito ... può essere compromesso da una eccessiva disparità di livelli sanzionatori, pur in presenza della comune previsione della illiceità di certi comportamenti»²⁹². Inoltre, come emergerà dall'esame dei singoli testi normativi operata nel terzo capitolo del presente lavoro, nella maggior parte dei casi l'intervento di armonizzazione ha storicamente interessato settori nei quali l'illiceità penale delle principali condotte era indiscussa negli ordinamenti nazionali, e il

²⁸⁶ Rilievi richiamati da GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 2330, e SICURELLA, *La tutela*, cit., p. 385.

²⁸⁷ Nonché per il più generale rilievo per cui l'intervento del legislatore europeo è sempre legato alla teoria delle competenze di attribuzione.

²⁸⁸ GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 2331.

²⁸⁹ Competenza che era considerata acquisita nell'esperienza dell'ex-terzo pilastro (e che è evidente ad esempio nella concettualizzazione della responsabilità delle persone giuridiche contenuta in pressoché tutte le decisioni quadro adottate).

²⁹⁰ Oltre ovviamente alla manifestazione (politica) di una generale «preoccupazione dei redattori di configurare l'intervento dell'Unione in materia penale in termini ... il meno invasivi possibile della competenza degli Stati in materia penale» (così SICURELLA, *La tutela*, cit., p. 385, nt. 262, rispetto all'analogo testo dell'art. III-271 Tr.Cost.).

²⁹¹ Il rilievo è condiviso da SICURELLA, *Questioni di metodo*, cit., p. 2609.

²⁹² GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 2331.

legislatore europeo era intervenuto al solo fine, ad esempio, di imporre la sanzione privativa della libertà personale oppure, più spesso, di determinare il livello edittale di riferimento. È infatti evidente l'«innegabile vincolo fisiologico esistente tra valutazione di necessità di pena e (una seppur sommaria) gradazione del disvalore penale relativa alla condotte considerate»²⁹³. Limitare viceversa il ruolo dell'Unione alla stigmatizzazione delle singole condotte mediante l'etichetta "penale" avrebbe potuto dare stimolo e occasione a quelle derive (meramente) simboliche di cui più volte si è detto.

Proprio con riguardo alla determinazione delle sanzioni, peraltro, può assumere un significato più pregnante l'espressione "norme minime" di cui si è detto *supra*: se infatti è vero che la potestà di determinare le sanzioni è connaturata all'opzione di meritevolezza, è altrettanto nota l'eterogeneità dei (ventotto) sistemi sanzionatori nazionali, e pertanto devono prefigurarsi interventi caratterizzati da sapiente elasticità nella fissazione (oltre che della tipologia delle sanzioni soprattutto) delle cornici edittali. In proposito è ritenuto auspicabile che venga mantenuta la prudente prospettiva che in questo senso ha caratterizzato l'esperienza delle decisioni quadro²⁹⁴ e che venga mutuata e approfondita la prospettiva delle già richiamate²⁹⁵ Conclusioni del Consiglio GAI dell'aprile 2002²⁹⁶.

I segnali che ad oggi possono essere colti vanno in tale direzione: come si vedrà²⁹⁷, i testi sino ad ora approvati si sono mantenuti su uno standard tecnico e redazionale non dissimile dai loro omologhi di terzo pilastro; quanto in particolare al grado di elasticità delle cornici sanzionatorie, resta in auge la tecnica del "minimo di pena massima", unito a una tendenzialmente razionale gradazione del messaggio di disvalore trasmesso ai legislatori nazionali.

Quanto al *freno d'emergenza* già si è detto più sopra: esso consiste in un meccanismo procedimentale concepito per salvaguardare gli «aspetti fondamentali del[l']ordinamento giuridico penale» di uno Stato membro, il cui rappresentante in Consiglio può chiedere che «della questione» (ossia dell'approvazione dello strumento di armonizzazione penale) sia investito il Consiglio europeo²⁹⁸. Questo meccanismo trasferisce la decisione sulla prosecuzione del

²⁹³ SICURELLA, *Questioni di metodo*, cit., p. 2609.

²⁹⁴ Cfr. *infra*, cap. 3.1.

²⁹⁵ Cfr. *supra*, nt. 154.

²⁹⁶ Sul quale approccio si ritornerà più diffusamente *infra*, in fine al par. 4.4.2.

²⁹⁷ Cap. 3.2.

²⁹⁸ Questo organo ha infatti talora, nell'attuale versione dei Trattati, un ruolo che trascende il mero indirizzo generale delle politiche dell'Unione.

procedimento legislativo dalla sede sua propria (ossia la procedura dialettica tra Parlamento e Consiglio che si vedrà nel successivo par. 2.2) in una sede di natura squisitamente politica nella quale, fra l'altro, l'istituzione parlamentare è del tutto assente.

Non è peraltro affatto chiaro quale sia l'oggetto della decisione del Consiglio, ossia se esso venga investito del merito dell'atto legislativo, del merito delle censure di contrasto con gli aspetti fondamentali dell'ordinamento penale dello Stato istante, o, più probabilmente, il mero confronto politico su tutti questi aspetti.

Il meccanismo è «confuso e complesso ..., farraginoso e, all'evidenza, scarsamente efficace»²⁹⁹. Di certo non giova alle prospettive di armonizzazione penale il fatto che a un solo Stato membro sia reso possibile interrompere, e auspicabilmente fra naufragare, l'iter legislativo di adozione di una direttiva penale. Non è del pari rassicurante constatare che gli estensori dei Trattati abbiano considerato possibile (probabile?) il contrasto di una proposta di direttiva con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico di uno o più Stati membri.

Quel che è certo, e che già si è rilevato, è che se all'operatività di questo meccanismo di "opt-out tardivo" seguiranno effettivamente casi di cooperazione rafforzata in materia penale, dovrà seriamente dubitarsi del rispetto del requisito di indispensabilità di armonizzazione ma anche della stessa effettività della stessa. A meno che alla cooperazione rafforzata aderisca un numero talmente elevato di Stati da rendere sempre meno rilevante la differenza tra tale numero e l'intero insieme dei Paesi membri: non si dimentichi infatti che nello SLSG sono operativi meccanismi di "opt-in" e di "opt-out" che riguardano tre Stati membri, i quali effettivamente esercitano tali facoltà di astensione rendendo le norme di armonizzazione penale non applicabili in tutto il territorio dell'Unione³⁰⁰. Il deficit più rilevante del meccanismo di cooperazione rafforzata penale è forse quindi la previsione di un numero troppo esiguo di Stati, nove, che possano darvi luogo.

²⁹⁹ GRASSO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 2332.

³⁰⁰ É tuttavia da segnalare, in un reciproco rincorrersi di eccezioni, che nella seduta del 19 novembre 2014 la House of Commons ha approvato l'"opt-back" del Regno Unito con riguardo a 35 dei circa 100 strumenti di ex terzo pilastro rispetto ai quali tale Stato membro aveva esercitato l'"opt-out" (e che coprono la maggior parte dell'ambito della cooperazione penale).

1.2.2 Il ruolo dei Parlamenti nazionali.

Momento chiave dell'architettura istituzionale delineata a Lisbona è, come già rilevato, il rinnovato impulso verso un ruolo attivo e primario dei Parlamenti nazionali all'interno del processo di costruzione europea e in particolare quanto all'adozione degli atti normativi.

Il tema non è recente. «Già nella Dichiarazione di Laeken del 2001 il Consiglio europeo aveva affermato che «i Parlamenti nazionali contribuiscono alla legittimazione del progetto europeo»³⁰¹. Questo passaggio non deve però essere considerato scontato: il ruolo delle assemblee nazionali, infatti, può essere inteso in due modi del tutto diversi, il primo teso a considerarli “organi dell'Unione” e quindi parti attive nelle procedure dell'ente sovranazionale, il secondo – più consono alla dimensione internazionalistica dell'Unione – rivolto a confinarne il ruolo all'interno degli insindacabili processi decisionali nazionali destinati a condizionare l'espressione della posizione dello Stato membro negli organi decisionali dell'Unione.

È solo successivamente, con l'estensione delle competenze normative delle Comunità e il conseguente emergere di una sempre più pressante esigenza di “democratizzazione” dell'Unione, che i Parlamenti nazionali assurgono a ruolo di attori chiave accanto all'istituzione assembleare sovranazionale³⁰².

Il processo di coinvolgimento, prima solo informativo, delle istituzioni parlamentari ha preso avvio con due Dichiarazioni sottoscritte in concomitanza al Trattato di Maastricht e, più particolarmente, con il Protocollo n. 9 allegato al Trattato di Amsterdam, a mente del quale le prerogative dei Parlamenti nazionali vengono individuate con particolare riguardo all'influenza delle singole materie considerate «sui diritti delle persone, quali le tematiche inserite nel Titolo VI del Trattato dell'Unione»³⁰³, ossia il terzo pilastro.

È tuttavia solo con il Trattato di Lisbona che viene attribuito ai Parlamenti nazionali un vero e proprio potere interdittivo sull'esercizio delle prerogative legislative dell'Unione, fondato sulla

³⁰¹ MORVIDUCCI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2008, p. 84.

³⁰² In realtà, ma il fenomeno è più complesso di quanto in questa sede sia utile richiamare, la chiamata in causa dei Parlamenti nazionali a presidio del grado di “democratizzazione” dell'Unione coincide in modo particolare con la crisi fiduciaria dell'istituzione nei confronti dei suoi cittadini e tende quindi piuttosto a incarnare l'esigenza di attribuire ai processi decisionali europei una rinforzata legittimazione popolare. Del resto, come nota MORVIDUCCI, *Il ruolo*, cit., pp. 85 s., cui si rinvia per maggiori approfondimenti, il deficit democratico ben poteva essere colmato mediante interventi, più radicali, sulle relazioni interistituzionali in sede sovranazionale senza coinvolgere in alcun modo organi o istituzioni interne agli Stati membri. La scelta di percorrere «due corsie parallele, entrambe tese al potenziamento della “parlamentarizzazione” del circuito decisionale europeo» (GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2013, p. 46), tradisce quindi finalità eteronome rispetto a quelle “dichiarate”.

³⁰³ MORVIDUCCI, *Il ruolo*, cit., p. 86, nt. 15.

verifica del rispetto della ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri³⁰⁴: se il controllo del rispetto del principio delle competenze di attribuzione è esercitato in via di legittimità dalla Corte di giustizia, il controllo affidato ai Parlamenti nazionali è inevitabilmente corredato di un contenuto politico, in quanto i Parlamenti sono di per sé organi esponenti di interessi politici e non già enti giurisdizionali terzi.

Il Trattato riserva al ruolo dei Parlamenti nazionali l'art. 12 TUE³⁰⁵, che attribuisce alle assemblee democratiche una serie di prerogative. In particolare,

«I parlamenti nazionali contribuiscono attivamente al buon funzionamento dell'Unione:

a) venendo informati dalle istituzioni dell'Unione e ricevendo i progetti di atti legislativi dell'Unione in conformità del protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea;

b) vigilando sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo le procedure previste dal protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità;

c) partecipando, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ai meccanismi di valutazione ai fini dell'attuazione delle politiche dell'Unione in tale settore, in conformità dell'articolo 70 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ed essendo associati al controllo politico di Europol e alla valutazione delle attività di Eurojust, in conformità degli articoli 88 e 85 di detto trattato;

d) partecipando alle procedure di revisione dei trattati in conformità dell'articolo 48 del presente trattato;

e) venendo informati delle domande di adesione all'Unione in conformità dell'articolo 49 del presente trattato;

f) partecipando alla cooperazione interparlamentare tra parlamenti nazionali e con il Parlamento europeo in conformità del protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea».

³⁰⁴ MORVIDUCCI, *Il ruolo*, cit., p. 87, parla dei «Parlamenti quali garanti diretti del nuovo patto tra Unione e Stati».

³⁰⁵ Collocato – vale la pena di osservarlo sin d'ora – nel titolo II «Disposizioni relative ai principi democratici», e non nel successivo titolo III «Disposizioni relative alle istituzioni». Alla luce di quanto sopra richiamato, non v'è da stupirsi di tale collocazione. Nel medesimo senso, il primo Protocollo ricorda nelle sue premesse che «il modo in cui i parlamenti nazionali effettuano il controllo sui rispettivi governi relativamente alle attività dell'Unione europea è una questione disciplinata dall'ordinamento e dalla prassi costituzionali propri di ciascuno Stato membro».

Quanto sopra osservato riguarda solo la c.d. fase ascendente del procedimento legislativo europeo, il quale, come noto, possiede «una struttura trifasica, composta in particolare da una fase ascendente, relativa alla partecipazione degli organi nazionali alla elaborazione delle norme ...; da un fase centralizzata ..., nell'ambito della quale esse ... vengono approvate; da una fase discendente, ove si provvede all'attuazione delle norme stesse nei sistemi giuridici dei Paesi membri»³⁰⁶. Se la fase centralizzata è gestita, come risulta evidente dall'etichetta attribuitale, dalle sole istituzioni europee³⁰⁷, il ruolo delle assemblee legislative degli Stati membri non si limita alla fase ascendente ma coinvolge appieno anche quella discendente, nella misura in cui a tali soggetti è affidato il compito di attuare la normativa europea non self-executing e di curare più in generale la conformità dell'intero ordinamento nazionale agli obblighi derivanti dall'adesione dello Stato membro all'Unione secondo i principi di leale collaborazione previsti dall'art. 4, par. 3, TUE.

È tuttavia solo il primo profilo, quello ascendente, che è trattato dai due citati Protocolli, per la semplice ragione che è solo in tale fase che l'azione del legislatore europeo e di quello nazionale può efficacemente combinarsi, mentre al termine della fase centralizzata, ad atto adottato, il ruolo del legislatore dell'Unione viene meno e resta, solo, il compito attuativo/conformativo deputato ai Parlamenti nazionali.

Prima di addentrarsi nell'esame dei due Protocolli dedicati al ruolo dei Parlamenti nazionali, è opportuno osservare che tutto quanto si è scritto relativamente a tali organi sarebbe in linea di principio riproponibile per le assemblee degli eventuali enti substatuali, in Italia i Consigli regionali, in Germania i *Ländern* e così via. Le ragioni del sostanziale rifiuto di tale prospettiva³⁰⁸ posseggono carattere esclusivamente politico, tanto sotto il profilo dell'assenza di un consenso generalizzato tra gli Stati circa il loro coinvolgimento quanto per il rilievo che le formazioni substatuali costituiscono un genere assai più differenziato nella tipologia e nelle prerogative istituzionali, assai difficile da ricondurre ad unità mediante l'attribuzione di compiti definiti di così grande rilievo³⁰⁹.

³⁰⁶ GRANDI, *Processo*, cit., p. 43.

³⁰⁷ Secondo le procedure che si illustreranno *infra*, par. 2.2.

³⁰⁸ Le Regioni contribuiscono all'elaborazione della politica dell'Unione ma da una posizione meramente consultiva (cfr. ad es. l'art. 13, par. 4, TUE: «Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sono assistiti da un Comitato economico e sociale e da un Comitato delle regioni, che esercitano funzioni consultive»).

³⁰⁹ Per tali rilievi cfr. MORVIDUCCI, *Il ruolo*, cit. p. 87, in particolare nt. 21. Del resto, come ricorda WEATHERILL, *Better competence monitoring*, in *Eur. Law Rev.*, 2005, p. 33 s., il ruolo delle assemblee regionali è tanto diversificato che in taluni casi, e.g. Austria e Germania, esse, facendo parte direttamente di un ramo dell'assemblea legislativa nazionale, «will be able to participate directly in the monitoring process», a differenza degli altri Stati, nei quali il coinvolgimento è lasciato alla valutazione istituzionale dei rispettivi ordinamenti (l'art. 6 del Protocollo n. 2 prevede

1.2.2.1 *Il protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali e il protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.*

Il Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali (primo Protocollo) è composto da dieci articoli suddivisi in due titoli, il primo (artt. 1-8) attinente alla comunicazione tra legislatore dell'Unione e assemblee nazionali, il secondo (artt. 9-10) inerente il dialogo interparlamentare tra Parlamento europeo e Parlamenti nazionali.

I profili informativi di cui al titolo I sono inseriti all'interno di ben precisi vincoli procedurali, rivolti a dare «la possibilità ai Parlamenti nazionali di esaminare gli atti stessi e aprire, nel caso, un dibattito»³¹⁰: in particolare, devono essere trasmessi ai Parlamenti nazionali tutti gli atti che caratterizzano la fase pre-legislativa, governata dalla Commissione («libri verdi, libri bianchi e comunicazioni» - art. 1); la Commissione, il Parlamento e il Consiglio, ciascuno in propri ambiti di competenza, sono onerati di trasmettere tutti i progetti di atti legislativi³¹¹ «nello stesso momento in cui sono trasmessi al Parlamento europeo e al Consiglio» (art. 2). Di particolare rilievo procedimentale è il successivo art. 4, che prevede che tra la data di trasmissione dell'atto ai Parlamenti nazionali e «la data in cui questo è iscritto all'ordine del giorno provvisorio del Consiglio» debba intercorrere un periodo di otto³¹² settimane, e che dall'iscrizione all'ordine del giorno all'adozione di una posizione debbano intercorrere ulteriori dieci giorni. A testimonianza della serietà di tale *spatium deliberandi*, il medesimo art. 4 precisa che «nel corso di queste otto settimane non può essere constatato alcun accordo riguardante il progetto di atto legislativo».

Sono poi trasmessi ai Parlamenti nazionali ordini del giorno, processi verbali, richieste di adesione nonché la relazione annuale della Corte dei conti (artt. 5-7).

Scopo di tali diritti di informazione è quello di rendere possibile l'esercizio dei poteri di cui al successivo Protocollo n. 2, nonché quello – più eminentemente politico – di consentire alle assemblee nazionali di influenzare l'espressione del voto del rappresentante del proprio Stato membro in Consiglio.

infatti che «Spetta a ciascun parlamento nazionale o a ciascuna camera dei parlamenti nazionali consultare all'occorrenza i parlamenti regionali con poteri legislativi»).

³¹⁰ MORVIDUCCI, *Il ruolo*, cit., p. 88.

³¹¹ Lo stesso articolo 2 precisa che «per "progetto di atto legislativo" si intende la proposta della Commissione, l'iniziativa di un gruppo di Stati membri, l'iniziativa del Parlamento europeo, la richiesta della Corte di giustizia, la raccomandazione della Banca centrale europea e la richiesta della Banca europea per gli investimenti, intese all'adozione di un atto legislativo», ossia qualsiasi fonte dalla quale possa derivare l'adozione di un atto legislativo.

³¹² Sei, nella precedente versione.

Il titolo II del primo Protocollo promuove poi la «*cooperazione interparlamentare*», demandandone la realizzazione all'accordo interistituzionale tra le assemblee europea e nazionali (art. 9) e auspicando la costituzione di una «conferenza degli organi parlamentari specializzati per gli affari dell'Unione» al fine di promuovere lo scambio di informazioni e di buone prassi, di organizzare conferenze interparlamentari su temi specifici con particolare riguardo alla PESC (art. 10). In proposito è stato rilevato come tale titolo, di taglio più ottativo che prescrittivo, posseda in realtà particolare valore, specialmente rispetto a quanto si dirà *infra* circa l'influenza del supposto deficit democratico dell'Unione sulla sua legittimazione a emanare norme penali, poiché mira a istituire una prassi che potrebbe condurre «al lento rafforzamento dei partiti politici europei» promuovendo la costruzione di «formazioni non strettamente fondate sulle logiche nazionali»³¹³.

Il *secondo Protocollo*, sull'applicazione dei *principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, correla il *diritto all'informazione* di cui al precedente Protocollo, ribadito e arricchito da talune ulteriori disposizioni (artt. 1-5)³¹⁴, ad un vero e proprio *potere di controllo*, antecedente, sulla conformità dei progetti di atti legislativi (artt. 6 e 7), e susseguente, su quella degli atti eventualmente poi adottati (art. 8), rispetto ai due principi cardine inerenti la ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri e le concrete modalità di esercizio delle stesse.

Il *controllo antecedente* (c.d. *early warning*) consiste nella possibilità per ciascun Parlamento nazionale, entro le già citate otto settimane dalla trasmissione del progetto di atto legislativo, di «inviare ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione un parere motivato che espone le ragioni per le quali ritiene che il progetto in causa non sia conforme al principio di sussidiarietà». Gli organi legislativi dell'Unione devono «tenere conto» del parere nell'adozione dell'atto³¹⁵. Qualora però il numero dei pareri negativi superi determinate soglie, vengono introdotti aggravamenti procedurali che possono condurre all'interruzione dell'iter legislativo.

³¹³ Così ESPOSITO, *Il Trattato di Lisbona e il nuovo ruolo costituzionale dei parlamenti nazionali: le prospettive per il Parlamento italiano*, in *Rassegna parlamentare*, 4/2009, pp. 1127 ss., richiamato in GRANDI, *Processo*, cit., pp. 50, nt. 40.

³¹⁴ Degno di nota l'art. 5, che così dispone: «I progetti di atti legislativi sono motivati con riguardo ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Ogni progetto di atto legislativo dovrebbe essere accompagnato da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. ... Le ragioni che hanno portato a concludere che un obiettivo dell'Unione può essere conseguito meglio a livello di quest'ultima sono confortate da indicatori qualitativi e, ove possibile, quantitativi. ...».

³¹⁵ «Probabilmente, facendone cenno nell'atto che eventualmente adotteranno» (MORVIDUCCI, *Il ruolo*, cit., p. 89), ma nulla di specifico è previsto sul punto.

Qualora i pareri superino un terzo dell'insieme dei voti attribuiti ai Parlamenti³¹⁶, «il progetto deve essere riesaminato» e, al termine del riesame, l'istituzione che ha presentato il progetto «può decidere di mantenere il progetto, di modificarlo o di ritirarlo. Tale decisione deve essere motivata» (art. 7, par. 2). L'aggravamento, pertanto, conserva natura meramente procedurale, e, inerendo in sostanza un obbligo di motivazione, resta in gran parte alla dimensione politica accertarne il serio rispetto³¹⁷. Deve notarsi poi che tale soglia scende «a un quarto qualora si tratti di un progetto di atto legislativo presentato sulla base dell'articolo 76 [TFUE] riguardante lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia», e in particolare la cooperazione giudiziaria penale e la cooperazione di polizia³¹⁸.

Qualora poi il progetto di atto legislativo riceva un numero di pareri negativi che rappresenti almeno la maggioranza semplice dei voti attribuiti ai Parlamenti nazionali, esso deve essere riesaminata e il parere con il quale si decida di mantenerla deve essere «sottoposto al legislatore dell'Unione affinché ne tenga conto nella procedura» (art. 7, par. 3). In tal caso, tuttavia, il legislatore dell'Unione è tenuto a riesaminare espressamente i profili di sussidiarietà e di proporzionalità sulla base dei rilievi effettuati dai Parlamenti nazionali e dall'istituzione proponente³¹⁹, e, qualora «a maggioranza del 55% dei membri del Consiglio o a maggioranza dei voti espressi in sede di Parlamento europeo, il legislatore ritiene che la proposta non sia compatibile con il principio di sussidiarietà, la proposta legislativa non forma oggetto di ulteriore esame». In tal modo, l'opinione dei Parlamenti nazionali può incidere in maniera assai rilevante sulla sorte del progetto. Si deve ritenere probabile, peraltro, che l'istituzione che si rivelerà più sensibile a questi segnali sia proprio il Consiglio, in ragione del fatto che esso è costituito dai

³¹⁶ L'art. 7, par. 1, cpv, attribuisce due voti a ciascun Parlamento, che andranno diversamente ripartiti a seconda che il sistema nazionale sia mono- o bicamerale.

³¹⁷ Quanto si dirà *infra*, cap. 3, circa la qualità redazionale delle motivazioni degli atti già adottati circa il rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzione non consente valutazioni ottimistiche. Tuttavia, come osservato da GRANDI, *Processo*, cit., p. 51, nt. 43, e p. 55, nt. 73, non deve essere trascurata la valenza meramente politica dell'espressione di pareri negativi, anche qualora questi non raggiungano neppure la soglia del 33%: sono infatti attestati esempi, descritti nei passi ora citati, nei quali singoli pareri hanno condotto alla rimeditazione di proposte di atti legislativi e/o al mutamento della posizione in Consiglio di alcuni rappresentanti governativi con effetti concreti sui testi finali adottati (con uno spunto di *mauvaise pensée* potrebbe tuttavia notarsi come i due esempi vedano protagonisti i Parlamenti tedesco e italiano, ossia gli organi di due Stati con un importante peso politico e numerico in Consiglio, e che forse lo stesso non varrebbe se ci si trasferisse - ad es. - in Lettonia o a Malta, ma questa è ovviamente solo un'impressione).

³¹⁸ Significativo, e apprezzabile sotto il profilo sistematico, che la soglia di un quarto sia la medesima che nello SLSG consente l'iniziativa legislativa degli Stati membri.

³¹⁹ Si deve ritenere, con un obbligo di motivazione aggravato che dia conto di tali questioni.

rappresentanti di quei Governi nazionali che sono soggetti al vincolo fiduciario con i Parlamenti nazionali dissenzienti³²⁰.

Ad ogni modo, ad oggi non si ha notizia del raggiungimento di tale soglia di allarme³²¹, segno che i Parlamenti nazionali, forse anche perché forti delle proprie prerogative, hanno privilegiato canali di dialogo interistituzionale in luogo del controllo di sussidiarietà antecedente.

Come anticipato, è previsto anche *un controllo ex post, a carattere giurisdizionale*, affidato all'iniziativa di anche solo una camera di uno dei Parlamenti degli Stati membri. È quanto previsto dall'art. 8, il quale – ricordando che il mancato rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità è motivo di annullamento dell'atto legislativo ai sensi dell'art. 263 TFUE³²² - precisa che il relativo ricorso può essere trasmesso «da uno Stato membro ... a nome del suo parlamento nazionale o di una camera di detto parlamento nazionale». Circa l'effettività del controllo giurisdizionale di sussidiarietà sono tuttavia state espresse importanti perplessità³²³, rilevandosi come esso venga «esercitato dalla Corte di Lussemburgo episodicamente e con approccio improntato alla massima cautela»³²⁴, anche in ragione dell'incerto confine tra il profilo giuridico e quello politico di tale fondamentale principio.

1.2.2.2 *La Legge 234 del 2012.*

L'ordinamento italiano ha dato attuazione a tale rinnovato quadro normativo mediante *la L. n. 234 del 24 dicembre 2012*³²⁵, intitolata «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea».

³²⁰ Questo rilievo presuppone ovviamente un fisiologico funzionamento del meccanismo fiduciario, e d'altra parte non tiene conto delle diversità costituzionali tra i ventotto Paesi membri né delle condizioni politico-istituzionali che ne caratterizzano l'attuale costituzione materiale. L'osservazione (condivisa da MORVIDUCCI, *Il ruolo*, cit., p. 90, la quale preconizza possibili profili di tensione con il Parlamento europeo, organo certamente più propenso a un attivismo normativo) meriterebbe pertanto migliori approfondimenti che non possono essere condotti in questa sede.

³²¹ Fino al 2011 tale dato è confermato dalla Relazione della Commissione sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità (COM(2012) 373 def – del 10 luglio 2012).

³²² Cfr. *infra*, par. 2.4.

³²³ Per tutti leggasi HERLIN-KARNELL, *Subsidiarity in the Area of EU Justice and Home Affairs Law – A lost cause?*, in *Eur. Law Journal*, 3/2009, pp. 353 ss., e più recentemente BERNARDI, *La competenza penale*, cit., pp. 70 ss.. Cfr. *amplius infra*, par. 2.1.1.

³²⁴ GRANDI, *Processo*, cit., p. 51, nt. 46, con più ampi riferimenti bibliografici.

³²⁵ In G.U. n. 3 del 3 gennaio 2013; in proposito leggansi, fra gli altri, GRANDI, *Processo*, cit.; BARTOLUCCI, FASONE, *Le procedure di raccordo con l'Unione europea: un bilancio in attivo, ma con qualche occasione persa*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1/2014; CUPELLI, *L'Italia si adegua al Trattato di Lisbona: pubblicata la nuova legge sulla partecipazione del nostro Paese alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2013; ID., *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2013, pp. 405 ss..

La dottrina ha parlato in proposito di «nuovi dubbi ... persistenti criticità ... occasione persa»³²⁶, e ancora di «riforma poco coraggiosa ... adeguamento incompleto ... punti dolenti»³²⁷. Tuttavia, le valutazioni di effettività, adeguatezza e funzionalità di questo nuovo strumento potranno essere meglio svolte dopo che sarà trascorso un sufficiente lasso di tempo dalla sua entrata in vigore e dopo che si saranno potute apprezzare le *concrete* modalità di attuazione da parte delle istituzioni, nazionali ed europee, coinvolte; la tematica, infatti, possiede un alto grado di “contaminazione politica” dal quale chi scrive ritiene che non si possa prescindere.

L’analisi che seguirà avrà quindi una prospettiva descrittiva e per quanto possibile scevra da giudizi prognostici, essendo unicamente finalizzata a corredare il bagaglio di informazioni e nozioni necessario per affrontare l’analisi che si tenterà di tratteggiare nella seconda parte del presente lavoro.

Nel nostro ordinamento l’esigenza di delineare specifiche procedure per garantire il necessario coinvolgimento dell’istituzione parlamentare nel processo decisionale europeo non risale al Trattato di Lisbona ma di certo non è neppure così antica, la prima legge in materia facendo data al 1987³²⁸.

Il sistema sul quale è andata a incidere la L. 234/12 era quello delineato dalla L. Buttiglione³²⁹, la quale aveva imposto al Governo una serie di obblighi informativi nei confronti delle Camere, rivolti a consentire che queste fossero in grado di formulare tempestivi e fattivi atti di indirizzo politico rispetto alle discussioni in Consiglio, e aveva inoltre previsto l’obbligo per il Governo di riferire alle Camere sulle risultanze delle riunioni in Consiglio. L’istituto più rilevante, per quanto riguarda la fase ascendente, era la c.d. “riserva di esame parlamentare”, «meccanismo teso a rafforzare notevolmente la capacità di indirizzo delle Camere sulle politiche europee del Governo» il quale, qualora le Camere avessero iniziati l’esame di un progetto di atto normativo

³²⁶ CUPELLI, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’UE*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2013, pp. 405 ss., *passim*.

³²⁷ BARTOLUCCI, FASONE, *Le procedure*, cit., *passim*, particolarmente p. 26 ss..

³²⁸ L. 183 del 16 aprile 1987, in G.U. n. 109 del 13 maggio 1987 (c.d. “Legge Fabbri”), cui hanno fatto seguito la L. n. 86 del 9 marzo 1989, in G.U. n. 58 del 10 marzo 1989 (c.d. “Legge La Pergola”), modificata dalla L. 422 del 29 dicembre 2000, in G.U. n. 16 del 20 gennaio 2001 (“Legge Comunitaria 2000”) e da ultimo la L. n. 11 del 4 febbraio 2005, in G.U. n. 37 del 15 febbraio 2005 (c.d. “Legge Buttiglione”), abrogata dalla vigente L. 234/12. per più ampi riferimenti storici cfr. la sintetica ma ricca analisi di GRANDI, *Processo*, cit., par. 2.

³²⁹ Sulla quale, vedasi, tra gli altri, CARTABIA, VIOLINI, *Le norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo dell’Unione Europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari. Commento alla legge 4 febbraio 2005, n. 11*, in *Le Regioni*, 4/2005, pp. 475 s..

europeo, era tenuto ad apporre in sede europea tale riserva, «sospendendo la propria posizione fino al termine dell'esame stesso, ovvero fino allo scadere di un termine di venti giorni»³³⁰.

La fase discendente era invece regolata dalla c.d. "legge comunitaria", un provvedimento da emanarsi ogni anno in vista dell'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle successive scadenze sovranazionali: la discussione attorno a ciascun provvedimento avrebbe poi avuto «l'onere di graduare l'uso delle diverse tecniche normative possibili, tenendo conto soprattutto della natura dell'adempimento»³³¹. Strumento principe era ovviamente la delega legislativa ex art. 76 Cost., che riguardava regolarmente anche le norme penali³³².

La L. 234/12 sostituisce la vecchia "legge comunitaria", soggetta a critiche e a gravi disfunzioni³³³, con due provvedimenti: la "legge di delegazione europea", da presentare alla Camere entro il mese di febbraio di ogni anno, e avente ad oggetto le sole disposizioni di delega inerenti le direttive, e la "legge europea", riguardante tutte le altre forme di adeguamento e non soggetta a termini particolari in quanto meramente eventuale.

Per quanto concerne la legge di delegazione, degno di nota è l'art. 32 della L. 234/12, il quale, nel definire in via generale alcuni criteri direttivi per l'esecuzione delle deleghe che verranno conferite, al primo comma, lettera d), si occupa dell'eventuale esigenza di prevedere fattispecie sanzionatorie e in particolare della scelta tra lo strumento penale e quello amministrativo. Questo il testo:

«d) al di fuori dei casi previsti dalle norme penali vigenti, ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, sono previste sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi. Le sanzioni penali, nei limiti, rispettivamente, dell'ammenda fino a 150.000 euro e dell'arresto fino a tre anni, sono previste, in via alternativa o congiunta, solo nei casi in cui le infrazioni ledano o esponano a pericolo interessi costituzionalmente protetti. In tali

³³⁰ GRANDI, *Processo*, cit., p. 48. Era poi previsto un caso di "riserva facoltativa", per il quale era il Governo, in temi considerati di particolare delicatezza politico-istituzionale, ad apporre la riserva demandando alle Camere l'espressione di un parere guida sulla successiva attività consiliare dello stesso esecutivo.

³³¹ CUPELLI, *La nuova legge*, cit., p. 407.

³³² *Op. loc. ult. cit.*

³³³ In sintesi: la straordinaria diversità dei plurimi temi trattati, la conseguente vaghezza dei criteri di delega e l'altrettanto conseguente allungamento dei temi di approvazione, che negli ultimi anni è giunta sempre con grave ritardo sulle scadenze imposte in sede sovranazionale. Cfr., *amplius*, TIZZANO, *Dall'unità nazionale all'integrazione sovranazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, pp. 628 ss., richiamato in CUPELLI, *La nuova legge*, cit., nt. 13.

casi sono previste: la pena dell'ammenda alternativa all'arresto per le infrazioni che espongano a pericolo o danneggino l'interesse protetto; la pena dell'arresto congiunta a quella dell'ammenda per le infrazioni che rechino un danno di particolare gravità. Nelle predette ipotesi, in luogo dell'arresto e dell'ammenda, possono essere previste anche le sanzioni alternative di cui agli articoli 53 e seguenti del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, e la relativa competenza del giudice di pace. La sanzione amministrativa del pagamento di una somma non inferiore a 150 euro e non superiore a 150.000 euro è prevista per le infrazioni che ledono o espongono a pericolo interessi diversi da quelli indicati dalla presente lettera.

Nell'ambito dei limiti minimi e massimi previsti, le sanzioni indicate dalla presente lettera sono determinate nella loro entità, tenendo conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto, di specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza, nonché del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce. Ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, sono previste inoltre le sanzioni amministrative accessorie della sospensione fino a sei mesi e, nei casi più gravi, della privazione definitiva di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione, nonché sanzioni penali accessorie nei limiti stabiliti dal codice penale. Al medesimo fine è prevista la confisca obbligatoria delle cose che servirono o furono destinate a commettere l'illecito amministrativo o il reato previsti dai medesimi decreti legislativi, nel rispetto dei limiti stabiliti dall'articolo 240, terzo e quarto comma, del codice penale e dall'articolo 20 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni. Entro i limiti di pena indicati nella presente lettera sono previste sanzioni anche accessorie identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per violazioni omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi.

Nelle materie di cui all'articolo 117, quarto comma, della Costituzione, le sanzioni amministrative sono determinate dalle regioni;»

Al di là di come Governo e Parlamento intenderanno le disposizioni volte a regolare in generale il meccanismo di delega, devono essere rilevati alcuni profili di criticità strutturale³³⁴:

- la L. 234/12 manifesta una predilezione per le fattispecie contravvenzionali, che risulta in controtendenza con le istanze di depenalizzazione da lungo tempo presenti nel nostro ordinamento;

- la stessa scelta di determinare in via generale dei criteri direttivi per la scelta delle sanzioni, oltre al positivo carico simbolico che inevitabilmente possiede, lascia perplessi per l'eccessiva difficoltà di cristallizzare una volta per tutte uno specifico modello concettuale, opzione che rischia di porsi come un inutile farraginoso limite al legislatore;

- fa da *pendant* alla precedente critica il rilievo per cui tanto più generali debbono essere dei criteri di massima per la scelta delle sanzioni tanto più ampia appare la discrezionalità del Governo nell'attuazione delle deleghe che gli saranno conferite, a meno che la prassi dei criteri di delega non acquisisca un tasso di determinatezza che da lungo tempo non gli è proprio;

- la stessa scelta di mantenere in vita lo strumento della delega aggrava l'impressione di una sostanziale "resa" del Parlamento rispetto alle opzioni di meritevolezza di pena³³⁵.

Quale sarà la ragione di queste critiche sarà possibile verificarlo solo mediante un'indagine più approfondita circa la concreta attuazione delle previsioni delle L. 234/12 che da (soli) due anni regola la fase discendente dell'attuazione delle politiche europee nel nostro ordinamento.

Ritornando invece alla *fase ascendente*, agli istituti previsti dalla L. Buttiglione la recente riforma sostituisce «tre direttrici fondamentali: *l'incremento degli obblighi informativi ...; il rafforzamento di poteri di indirizzo ... nella fase di elaborazione delle fonti UE; la definizione degli ambiti di intervento (diretto) delle Camere all'interno di svariate procedure decisionali disciplinate dai Trattati*»³³⁶.

Sotto il primo profilo, aumenta il novero di atti oggetto degli obblighi di informazione e comunicazione, venendo significativamente inclusi anche atti endoprocedimentali assai più idonei

³³⁴ Per i rilievi che seguono cfr. CUPELLI, *La nuova legge*, cit., *passim*, e GRANDI, *Processo*, cit., pp. 69 ss..

³³⁵ Se si considera la particolare stringenza degli obblighi di penalizzazione contenuti negli atti più recenti (cfr. *infra*, cap. 3.2), il timore è quello di una progressiva esautorazione del ruolo parlamentare da un lato in favore del legislatore europeo e dall'altro di quello delegato, con il concreto rischio di un cortocircuito costituzionale dovuto al fatto che in tal modo il Governo finisce per dettare, in qualità di componente del legislatore europeo, i principi e i limiti di esercizio della delega legislativa.

³³⁶ GRANDI, *Processo*, cit., p. 56, dal quale si è mutuata anche la struttura della sintetica analisi che segue.

a fornire una conoscenza tempestiva e “di prima mano” circa lo stato dei negoziati rivolti alla formazione del consenso per l’adozione di un atto normativo europeo. Per evitare rischi di disallineamento involontario tra le posizioni dell’esecutivo e quelle dell’assemblea in sede sovranazionale, è prevista la reciproca trasmissione di ogni posizione o parere reso rispetto ai progetti di atti normativi. Vengono poi meglio specificati i termini di adempimento di alcuni obblighi informativi, e viene previsto un duplice obbligo annuale di referto, programmatico e consuntivo, sul complessivo stato dei rapporti con l’Unione.

Sul presupposto di una migliore e più tempestiva informazione del Parlamento, sono previsti specifici poteri di indirizzo nei confronti del Governo, nonché il rafforzamento di poteri già presenti: è ad esempio esteso il termine di sospensione derivante dall’esercizio della già descritta “riserva”, che passa da venti a trenta giorni, e viene previsto per il Governo l’obbligo di riferire in aula ogni volta che, nel corso dei negoziati, non abbia potuto attenersi alle indicazioni ricevute dall’assemblea³³⁷.

Terzo *corno* dell’implementazione del ruolo del Parlamento nella fase ascendente è infine costituito da disposizioni che regolano *la diretta partecipazione del Parlamento italiano a processi decisionali europei*, fra cui il già nominato *early warning*, la procedura di modifica dei Trattati ex art. 48, parr. 6 e 7, TUE, l’esercizio del freno d’emergenza previsto agli artt. 82 e 83 TFUE. In proposito, rinviando a più ampi commenti, basti rilevare come tale partecipazione, oltre alle facoltà già direttamente previste dai Trattati³³⁸, consiste in scansioni procedurali destinate, ancora una volta, a consentire la produzione di atti di indirizzo diretti al Governo per vincolarne, politicamente³³⁹, la posizione in Consiglio.

Alla luce del complessivo quadro sinteticamente richiamato, può affermarsi che se i Protocolli n. 1 e n. 2 annessi al Trattato di Lisbona hanno inteso potenziare il ruolo dei Parlamenti nazionali nel ruolo di interlocutori autonomi delle istituzioni europee, la L. 234/12 si è concentrata, né diversamente avrebbe potuto fare, sui meccanismi di raccordo tra l’organo assembleare e l’esecutivo. Se poi il Parlamento italiano, così come ciascuno degli altri ventisette Parlamenti nazionali europei, saprà cogliere e in quale modo le occasioni fornitegli, oppure se si vedrà

³³⁷ Con possibile, benché francamente improbabile, venir meno della fiducia parlamentare.

³³⁸ E per le quali la L. 234/12 non possiede reale portata precettiva.

³³⁹ Per quanto riguarda il freno d’emergenza, pare desumere dal primo comma dell’art. 12, L. 234/12, che in caso di deliberazione concorde delle due Camere, il Governo sia *tenuto*, giuridicamente, ad opporre il suddetto freno. Così GRANDI, *Processo*, cit., p. 62.

concretizzato il rischio di un ruolo meramente «cosmetico»³⁴⁰ delle assemblee legislative, è tema che attiene più alla volontà politica che al sostrato giuridico che le viene messo a disposizione, e che tuttora troppo presto per poter analizzare.

³⁴⁰ MORVIDUCCI, *Il ruolo*, cit., p. 93. Auspica che «an unduly formal reading of the scope of the new monitoring procedures will not contaminate the possibility of mutually beneficially dialogue» WEATHERILL, *Better*, cit., p. 34.

1.2.3 La Procura europea e la tutela degli interessi finanziari dell'Unione: una competenza penale diretta?

In questo paragrafo si intende fare cenno, sempre limitatamente agli scopi del presente lavoro, a delle forme più penetranti della competenza penale dell'Unione, che hanno dato adito – lo si è già anticipato nel titolo – a dubbi circa il fatto che essi rappresentino già ora, e non solo in potenza, una forma di competenza penale *diretta* dell'Unione, esercitabile cioè nelle forme di atti *self-executing* e pertanto senza la necessaria mediazione dei legislatori nazionali.

Le norme che vengono in rilievo sono l'attuale art. 325 TFUE (ex art. 280 TCE) e l'art. 86 TFUE. Molto di quanto si dirà si riconnette con loro interpretazioni più o meno fondate sul dato letterale, e pertanto appare utile riportarle integralmente.

L'art. 325 TFUE, nel testo vigente, così recita:

- «1. L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.
2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari.
3. Fatte salve altre disposizioni dei trattati, gli Stati membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione contro la frode. A tale fine essi organizzano, assieme alla Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti.
4. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.
5. La Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, presenta ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sulle misure adottate ai fini dell'attuazione del presente articolo.»

L'art. 86 TFUE, introdotto anche nel suo dispositivo con il Trattato di Lisbona, prevede che:

«1. Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust. Il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo.

In mancanza di unanimità, un gruppo di almeno nove Stati membri può chiedere che il Consiglio europeo sia investito del progetto di regolamento. In tal caso la procedura in sede di Consiglio è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio per adozione.

Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di regolamento in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata.

2. La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. Essa esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri.

3. I regolamenti di cui al paragrafo 1 stabiliscono lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni.

4. Il Consiglio europeo può adottare, contemporaneamente o successivamente, una decisione che modifica il paragrafo 1 allo scopo di estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la

criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale, e che modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri e i loro complici. Il Consiglio europeo delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione.»

Entrambe le norme richiamate si occupano della tutela degli interessi finanziari dell'Unione, anche se alla Procura europea potranno³⁴¹ essere demandate anche competenze riferite «alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale», con un chiaro parallelo con l'art. 83, par. 1, TFUE. Ma giova escludere dall'analisi questa eventualità, non foriera di particolari problemi.

Come detto, la formulazione dell'art. 325 TFUE risulta «ampiamente ripresa dal precedente normativo dell'art. 280 TCE»³⁴², norma sulla quale insisteva un dibattito di un certo rilievo circa l'esatta portata delle norme che la Comunità avrebbe potuto adottare su tale base giuridica.

L'art. 280 TCE, nella versione di Amsterdam, sostituiva il precedente, collocato sotto l'articolo 209 A, che prevedeva l'obbligo per gli Stati di *assimilare* la tutela degli interessi finanziari della Comunità a quella dei corrispondenti interessi finanziari interni, secondo la collaudata tecnica della parificazione *ex lege (comunitaria)* di un bene sovranazionale ad un altro, preesistente, nazionale: questo strumento di penalizzazione, legittimo in quanto contenuto in un atto di diritto primario ratificato dall'ordinamento interno, aveva però mostrato i propri limiti nella carenza di parametri ulteriori rispetto a quelli strettamente legati all'assimilazione stessa, parametri ad esempio che precisassero meglio i caratteri delle norme che gli Stati dovevano predisporre in difesa degli interessi finanziari comunitari (ossia quei criteri di efficacia, proporzione e dissuasività enucleati dalla sentenza *mais greco* della Corte di giustizia).

Il Trattato di Amsterdam, modificandone, come detto, il testo, ha colmato questa "lacuna", inserendo all'art. 280, par. 1, quei criteri di dissuasività e di efficacia che si ritrovano anche nell'attuale testo dell'art. 325 TFUE: tale previsione ha spostato «il *baricentro* del sistema di protezione delle finanze comunitarie dal modello dell'assimilazione [...] al modello

³⁴¹ «Una tale possibilità appare, allo stato attuale del dibattito, alquanto ipotetica e comunque scartata quale opzione che avrebbe potuto connotare la Procura europea sin dalle origini», così SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale 'armonizzato'? Le questioni in gioco*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 dicembre 2013. Attualmente (febbraio 2015) l'iter di adozione del regolamento istitutivo (procedimento legislativo speciale 2013/0255/APP, fondato sulla proposta di regolamento COM (2013) 534 def., del 17 luglio 2013, recante l'istituzione della Procura europea) è fermo presso il Consiglio dopo il parere favorevole del Parlamento europeo del 12 marzo 2014.

³⁴² SICURELLA, *Questioni di metodo*, cit., p. 2601.

dell'armonizzazione dei sistemi nazionali, il solo che possa garantire il carattere *dissuasivo, efficace e equivalente in tutti gli Stati membri* della protezione così accordata alle finanze comunitarie»³⁴³.

La disposizione tuttora consta di cinque commi: il primo prevede i requisiti di dissuasività e efficacia; il secondo riprende la tecnica dell'assimilazione della quale ora si è detto; il terzo promuove la cooperazione tra gli Stati; il quarto si occupa della procedura con cui adottare gli atti; il quinto prevede un'obbligatoria relazione annuale della Commissione sullo stato della legislazione nel settore.

Il particolare interesse che tale norma riveste ai nostri fini sta nelle *profonde divergenze di opinione circa l'ampiezza dei limiti che esso pone all'intervento sovranazionale in un settore tanto cruciale*³⁴⁴: esso «rappresenta una manifestazione senza dubbio significativa della possibile incidenza diretta del diritto comunitario sul diritto penale nazionale»³⁴⁵, poiché secondo la dottrina maggioritaria esso costituiva, già nella sua precedente versione, una base giuridica sufficiente e specifica per interventi normativi penetranti in relazione ai sistemi sanzionatori nazionali «ivi compresi i sistemi penali»³⁴⁶.

Nel vigore del TCE la diatriba vedeva i suoi riferimenti normativi da un lato nella potestà attribuita al Consiglio (nell'ambito della procedura di codecisione al tempo applicabile) di «adotta[re] le misure necessarie» (art. 280, 4) in riguardo ai settori interessati, mentre dall'altro nel limite posto dal medesimo paragrafo 4, per il quale «tali misure non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri», inciso che è stato significativamente soppresso nella trasposizione operata a Lisbona.

Da questi parametri normativi discendevano le differenti posizioni, da chi³⁴⁷ negava *in nuce* la possibilità per la Comunità di incidere in alcun modo sul diritto penale degli Stati membri³⁴⁸, a chi³⁴⁹ all'opposto riteneva che la norma facoltizzasse il legislatore comunitario ad emanare norme

³⁴³ GRASSO, *Introduzione*, cit., in GRASSO, SICURELLA, *Lezioni*, cit., p. 77, corsivi dell'Autore.

³⁴⁴ Considerato «settore d'avanguardia nella definizione delle competenze comunitarie» di armonizzazione sanzionatoria degli interessi della costruzione europea (così SICURELLA, *La tutela*, cit., in GRASSO, SICURELLA, *Lezioni*, cit., p. 320).

³⁴⁵ SICURELLA, *La tutela*, cit., in GRASSO, SICURELLA, *Lezioni*, cit., p. 319.

³⁴⁶ SICURELLA, *La tutela*, cit., in GRASSO, SICURELLA, *Lezioni*, cit., p. 320.

³⁴⁷ Van Gerven (richiamato da SICURELLA, *La tutela*, cit., in GRASSO, SICURELLA, *Lezioni*, cit., p. 322).

³⁴⁸ Tale opinione si fondava sulla particolare valorizzazione dell'inciso del paragrafo 4 («tali misure non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri»), unita alla diffusa considerazione del diritto penale come di un baluardo della piena sovranità statale.

³⁴⁹ Bacigalupo, Picotti, Tiedemann.

penali dotate di efficacia diretta (regolamenti)³⁵⁰, a chi³⁵¹ infine sposava un'interpretazione intermedia, ritenendo che la Comunità potesse adottare sul fondamento dell'art. 280 TCE norme penali ma non *self-executing*³⁵².

Quest'ultima prospettazione prevaleva, confermata da differenziati rilievi: anzitutto si inseriva con un elevato grado di coerenza nell'evoluzione del sistema, evoluzione ben rappresentata dal cammino giurisprudenziale riferito agli obblighi di tutela penale (dal *mais greco* sino alla sentenza *Ambiente*), per cui non sarebbe stato azzardato sostenere che l'articolo 280 TCE rappresentasse una sorte di "positivizzazione", in una norma di rango primario, di una facoltà già attribuita in via pretoria a tutto il diritto comunitario; poi, essa pareva rispecchiare le medesime logiche proposte dalla giurisprudenza ora citata, in quanto collegava la potestà normativa penale ai medesimi indici su cui questa giurisprudenza si è fondata.

Il dibattito ora sinteticamente riferito ha trovato nuova linfa nelle "modifiche" apportate all'art. 280 TCE nella sua "trascrizione" nell'art. 325 TFUE, modifiche consistenti nell'eliminazione dell'«equivoca e problematica esclusione ... dell'«applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia»»³⁵³. La formula attuale consente quindi certamente l'adozione di direttive penali che perseguano il ravvicinamento delle disposizioni al fine di ottenere una protezione efficace ed equivalente degli interessi finanziari dell'Unione in tutti gli Stati membri. Ciò se non altro perché nel "più" dovrebbe stare il "meno", e quindi se all'Unione è consentito definire norme penali minime nei settori oggetto di armonizzazione tanto più dovrà esserlo con riferimento al bene giuridico per eccellenza, rispetto al quale l'Unione «gode della massima legittimazione ad intervenire»³⁵⁴.

Anzi. Tale norma prefigura «ambiti di intervento significativamente più incisivi ed estesi rispetto a quanto previsto in generale all'art. 83 TFUE»³⁵⁵: innanzitutto perché non è previsto il limite delle "norme minime" già visto, essendo "sostituito" dalla più forte espressione «misure

³⁵⁰ Questa opinione si fondava pressoché esclusivamente su dati letterali (uno fra tutti l'asserita genericità del termine "misure"). Cfr., anche in chiave critica, GRASSO, *Introduzione*, cit., in GRASSO, SICURELLA, *Lezioni*, cit., p. 78.

³⁵¹ Per la quale, Grasso, Sicurella, Tobler.

³⁵² Tale opinione, tenendo conto degli importanti profili di incertezza inerenti la concezione di norme *self-executing* in materia penale e al contempo valorizzando il particolare rilievo del settore interessato, riteneva che l'art. 280 TCE potesse costituire base giuridica sufficiente per operare «un diretto intervento armonizzatore dei sistemi penali nazionali, interessante non solo il piano di descrizione delle norme di condotta, ma, eventualmente, anche quello [...] delle norme di sanzione» (SICURELLA, *La tutela*, cit., in GRASSO, SICURELLA, *Lezioni*, cit., p. 322).

³⁵³ SICURELLA, *Questioni di metodo*, cit., p. 2602.

³⁵⁴ SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1159. Vd. anche SICURELLA, *Questioni di metodo*, cit., p. 2604.

³⁵⁵ SICURELLA, *Questioni di metodo*, cit., p. 2602.

necessarie ... al fine di offrire una protezione efficace ed equivalente»³⁵⁶; inoltre, perché non sembra essere previsto alcun freno d'emergenza³⁵⁷, probabilmente perché la materia coinvolge la stessa esistenza dell'ente sovranazionale e non possa quindi essere tollerata alcuna ingerenza da parte dei Parlamenti nazionali.

In ogni caso, come il suo previgente omologo, anche l'art. 325 TFUE ha dato adito³⁵⁸ alle *medesime interpretazioni già registrate*: si è infatti affermato che esso darebbe vita a una competenza penale diretta dell'Unione, realizzabile mediante atti *self-executing*, oppure a una competenza penale indiretta ma che possa prevedere, tramite regolamenti, le sole norme di condotta punibile ma non le sanzioni. L'opinione prevalente, tuttavia, pur conscia del parziale venir meno dei fondamenti alle pregresse argomentazioni, rimane ferma nel negare competenza penale diretta e nel ribadire che, oggi come allora, l'art. 325 TFUE consenta la sola emanazione di direttive penali, con le differenze che si sono già segnalate rispetto all'art. 83 TFUE.

A rendere più complesso il quadro ermeneutico entro il quale le citate opinioni si muovono è intervenuto, come già detto, l'art. 86 TFUE, il quale *ex novo* pone le basi per la costituzione di una Procura europea a partire da Eurojust. Tale norma pone diverse e articolate questioni che attengono tuttavia per lo più aspetti di carattere istituzionale, processuale e procedimentale, quali l'esercizio dell'azione penale, la ricerca della prova, il coordinamento con le autorità inquirenti nazionali, le relazioni con le autorità giurisdizionali, fino al concetto stesso di «lesione degli interessi finanziari» e alle prospettive di intervento sulla parte generale³⁵⁹. Di rilievo per il tema che occupa queste pagine è l'infelice espressione contenuta al par. 2 e per la quale i «reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione» sarebbero «*definiti dal regolamento* previsto nel paragrafo 1» (corsivi aggiunti). Le due opzioni ermeneutiche possibili sul piano letterale sono intendere “definizione” come “riferimento”, e leggere quindi “reati indicati nel regolamento”,

³⁵⁶ È peraltro apprezzabile che il parametro finalistico della “necessità” sia espressamente la “protezione (del bene giuridico)”.

³⁵⁷ Invero, parte della dottrina, per ragioni di prudente ricostruzione sistematica, ritiene che all'art. 325 TFUE sia applicabile la *procedura* prevista dall'art. 83, par. 2, TFUE, e con essa anche il freno d'emergenza di cui al terzo paragrafo. In tal senso, BÖSE, *La sentenza*, cit., p. 294 s., e dottrina (tedesca) ivi citata.

³⁵⁸ Verrebbe da dire: *a fortiori*.

³⁵⁹ In proposito, diversi sono i contributi che cercano di fare chiarezza sul punto. Tra tutti leggansi, SICURELLA, *Il diritto penale applicabile*, cit.; PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 novembre 2013; RECCHIONE, *European Public Prosecutor Office: anche gli entusiasti diventano scettici?*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2014; VENEGONI, *Considerazioni sulla normativa applicabile alle misure investigative intraprese dal pubblico ministero europeo nella proposta di regolamento COM (2013) 534*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 novembre 2013; e, con spunti più specificamente processuali, ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione*, in *penalecontemporaneo.it*, 31 ottobre 2013.

oppure intendere più strettamente il termine e ritenere che tale regolamento possa “fornire una definizione” di tali reati e quindi prevedere integralmente la condotta punibile e la sanzione (o, al più, la prima e non la seconda).

L'intersezione tra le opzioni ermeneutiche concernenti l'art. 325 TFUE e quelle originate dall'art. 86 TFUE danno origine a *una pluralità di orientamenti circa l'effettivo contenuto del regolamento previsto all'art. 86, par. 3, TFUE*, nonché alla base giuridica e all'estensione della competenza volta ad adottare le misure necessarie per combattere le lesioni degli interessi finanziari dell'Unione.

Vediamo di delinearne sinteticamente i tratti³⁶⁰.

Da un lato si attesta la posizione di chi³⁶¹ ritiene che il regolamento istitutivo della Procura europea non potrebbe che “indicare”, elencandoli o richiamandoli, i reati di competenza della Procura stessa, e non già dettarne il contenuto precettivo e gli elementi costitutivi. Importante argomento sistematico a favore di tale opzione è il rilievo che l'intero contenuto del regolamento possiede natura istituzionale e procedimentale, e una diversa interpretazione avrebbe pertanto l'effetto di aggiungere un contenuto anomalo, che avrebbe forse avuto bisogno di una precisazione più espressa.

Ulteriore argomento di chi tende a rifiutare qualsivoglia forma di competenza penale ulteriore rispetto a quella prevista ex art. 83 TFUE, ha carattere più sistematico, e si fonda da un lato sulla considerazione per la quale una così forte forma di competenza penale avrebbe richiesto un'affermazione più inequivocabile, e che desumere tale competenza per sola via ermeneutica e senza un serio approccio letterale comporterebbe un'inaccettabile forzatura del Trattato, mentre dall'altro viene richiamata la storia negoziale della norma e dei suoi precedenti, con particolare riguardo al progetto di una Costituzione per l'Europa, ove poteva leggersi (è il caso dell'art. 280 *bis* TCE, proposto dalla Conferenza Intergovernativa di Nizza³⁶² e mai adottato) che il regolamento era deputato a fissare “gli elementi costitutivi delle fattispecie e delle pene”. Se gli estensori dei

³⁶⁰ Con l'aiuto della dottrina già citata *supra*, in particolare in nt. 359, cui per comodità si rinvia globalmente sin d'ora, rinunciando a ricostruire puntualmente la paternità di questo o di quel rilievo.

³⁶¹ Ad es. Giovanni Grasso.

³⁶² Contributo complementare della Commissione alla conferenza intergovernativa sulle riforme istituzionali, *La tutela penale degli interessi finanziari comunitari: un procuratore europeo*, COM(2000) 608 def., del 29 settembre 2000.

Trattati hanno rifiutato una simile formulazione, ciò dovrebbe quindi legittimare l'interpretazione più restrittiva che neghi per l'appunto le competenze allora immaginate³⁶³.

Lo stesso argomento del venir meno della clausola di riserva del diritto penale nazionale nel passaggio tra l'art. 280 TCE e l'art. 325 TFUE potrebbe non essere di per sé significativo: l'eliminazione potrebbe infatti essere semplicemente rivolta a evitare una ulteriore e diversa lettura la quale, in contraddizione con l'art. 83 TFUE, addirittura escluda, per specialità rispetto a tale ultima norma, ogni competenza penale dell'Unione in merito agli interessi finanziari.

Infine, neppure l'art. 325 TFUE nel suo complesso potrebbe fondare esiti diversi, in quanto la collocazione della norma³⁶⁴ e la sua non inequivocità testuale dovrebbero condurre a un'interpretazione prudente, in linea con quanto accade per altre disposizioni che potrebbe considerarsi analoghe: vi sarebbero altri esempi nei Trattati (e segnatamente la tratta di persone, prevista tanto nell'art. 83 TFUE quanto nell'art. 79 del medesimo Trattato) idonei a dimostrare che la natura tassativa della previsione dell'art. 83 TFUE non è scalfita dalla constatazione che materie da esso considerate siano più genericamente rese oggetto di "misure" da altre disposizioni, e quindi ad escludere che l'art. 325 TFUE sia rivolto ad estendere la competenza penale dell'Unione al di là di quanto previsto dall'art. 83 TFUE³⁶⁵.

Tale opinione, pertanto, conclude per l'unicità della base giuridica idonea a legittimare l'introduzione di norme penali nel settore degli interessi finanziari come in qualunque altro settore, individuando tale base nell'art. 83 TFUE.

Altra dottrina³⁶⁶, invece, pur escludendo che l'Unione possa determinare per regolamento le sanzioni, ammette che possa dettare i precetti relativi ai reati lesivi degli interessi finanziari. Tale opinione si fonda innanzitutto su un dato testuale: l'art. 86 TFUE consente, come visto, la "determinazione dei reati" e il medesimo termine "definizione" risulta impiegato, stavolta con l'indiscusso significato di "individuazione del precetto" nell'art. 82 TFUE³⁶⁷. Per contro, è l'oggetto

³⁶³ Ad acuire il problema della scarsa chiarezza (e a invitare a coerente prudenza) si pone poi l'indagine effettuata da Munoz del Morales Romero (e citata in SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1163): la comparazione tra le versioni linguistiche rivela, tra le diverse traduzioni dell'art. 86 TFUE, la sussistenza di discrepanze letterali tanto gravi da mostrare la sussistenza di disposizioni (prima ancora che norme) dal contenuto incompatibile l'una con l'altra.

³⁶⁴ Non nel titolo V della parte III, dedicato alla cooperazione giudiziaria nello SLSG ma nel titolo II della parte VI, dedicato alle disposizioni finanziarie (e nel quale, ad esempio, è contenuta tutta la procedura di approvazione del bilancio).

³⁶⁵ Per questi ultimi rilievi cfr. particolarmente, BÖSE, *La sentenza*, cit., pp. 293 ss.

³⁶⁶ Ad es. Carlo Sotis.

³⁶⁷ SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1162, aggiunge l'ulteriore esempio dell'art. 5 dello Statuto della Corte penale internazionale, utile a suffragare il rilievo ora riferito.

della definizione a mutare: se proprio nell'art. 82 si parla di "definizione dei reati e delle sanzioni", nell'art. 86 manca del tutto il riferimento alle sanzioni. Sarebbero allora queste coordinate letterali a far concludere per la possibilità di determinare con atto *self-executing* i precetti ma non le sanzioni.

Il rilievo letterale è poi suffragato da considerazioni sistematiche, peraltro generalmente condivise: la previsione unificatrice delle fattispecie di reato oggetto dell'attività di indagine della Procura europea gioverebbe sicuramente alla funzionalità e all'efficienza di quest'ultima, e per contro l'astensione del legislatore europeo in ordine alle sanzioni consentirebbe ai sistemi nazionali di preservare coerenza e al contempo di evitare situazioni di unificazione imperfetta cagionate dalle già segnalate differenze sussistenti tra gli Stati membri in ordine all'*applicazione*³⁶⁸ della pena.

Su di un'altra prospettiva si pone infine chi³⁶⁹ afferma chiaramente che le "misure" previste nell'art. 325 TFUE possano avere anche natura penale. Tale norma, infatti, si porrebbe in un rapporto di specialità con il sistema delineato dagli artt. 82 ss. TFUE, sulla base di alcuni concorrenti rilievi: anzitutto, il bene giuridico interessato, pacificamente il più rilevante per l'ente sovranazionale; l'utilizzo poi del modo indicativo³⁷⁰, che indicherebbe una minore discrezionalità politica rispetto alle "possibilità" di penalizzazione offerte al legislatore europeo dallo SLSG; la specialità della procedura, priva di freno d'emergenza ma caratterizzata dall'unanimità; l'assenza dei reati di frode nel catalogo dell'art. 83, par. 1, TFUE, fattispecie che pure l'art. 325 TFUE pacificamente intende contrastare; il rifiuto di considerare la materia degli interessi finanziari come l'attuazione di una *politica* europea quanto piuttosto come l'*oggetto* delle norme che ne reprimono la violazione.

L'apprezzamento congiunto di tali indicatori consentirebbe quindi di costruire l'art. 325 TFUE come «base giuridica certa e *specificata*»³⁷¹ per ogni misura di contrasto ai reati che ledano gli interessi finanziari europei. La posizione di maggiore legittimazione sostanziale dell'Unione rispetto a tali fattispecie legittimerebbe altresì l'attrazione nell'alveo dell'art. 325 TFUE di ogni fattispecie (corruzione, riciclaggio, *cybercrime*) già considerata nell'art. 83 TFUE per la sua tipica

³⁶⁸ E, a monte, sulle funzioni.

³⁶⁹ Ad es. Lorenzo Picotti, ad es. in PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000, Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, in PICOTTI (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004.

³⁷⁰ Gli Stati «combattono», «adottano», «coordinano».

³⁷¹ PICOTTI, *Le basi giuridiche*, cit., p. 21.

dimensione transnazionale ma occasionalmente connessa con la (più importante) tutela degli interessi finanziari.

Rispetto poi all'art. 325 TFUE, l'art. 86 del medesimo Trattato si porrebbe come «uno “strumento” speciale e privilegiato, ma non “necessario” né esclusivo»³⁷² per l'adempimento dei doveri di protezione degli interessi finanziari: la Procura³⁷³ sarebbe pertanto uno degli strumenti possibili con cui l'Unione e gli Stati membri potrebbero raggiungere il fine di garantire l'elevato livello di tutela richiesto dall'art. 325 TFUE.

Per tali ragioni, infine, la citata opinione ritiene che l'art. 325 e l'art. 86 TFUE costituiscano, in “combinato disposto” tra loro, una base giuridica composta per garantire la migliore tutela possibile al suddetto bene esistenziale: se infatti l'art. 325 TFUE è agnostico circa lo strumento, l'art. 86 prevedrebbe espressamente l'adozione di un regolamento, posto che ogni diversa lettura, rivolta, come affermato dalle precedenti opinioni, a riferire il termine “definizione” a concetti diversi rispetto al precetto e alla sanzione dei reati lesivi degli interessi finanziari, condurrebbe all'esito assurdo di richiedere che sia lo strumento istitutivo della Procura europea a definire quali siano gli interessi finanziari dell'Unione, ciò che è da decenni pacifico oggetto di tutt'altri atti normativi.

*La prassi*³⁷⁴ *si è per ora attestata su un approccio prudente*: la Commissione ha infatti redatto due proposte di atti (un regolamento per l'istituzione della Procura e una direttiva per l'individuazione delle fattispecie di reato a tutela degli interessi finanziari), rinunciando quindi, almeno per ora, a far determinare con regolamento le fattispecie di reato applicate dalla Procura; per contro, la proposta di direttiva è fondata sull'art. 325 TFUE, mentre gli Stati appaiono più orientati a trasferire la base giuridica sull'art. 83 TFUE, e il punto non è (come visto) di poco momento rispetto all'interpretazione dell'art. 325 TFUE come base autonoma in grado di legittimare la competenza penale dell'Unione in materia di protezione degli interessi finanziari.

Non può quindi ancora concludersi univocamente per la sussistenza o meno, nel testo dei Trattati e nella legislazione dell'Unione, di una competenza penale europea diretta. Quel che si può e si deve fare è domandarsi se la sussistenza di una tale competenza possa o meno dirsi

³⁷² PICOTTI, *Le basi giuridiche*, cit., p. 24.

³⁷³ Potenzialmente competente, peraltro, anche per altri reati, come già osservato, e pertanto certamente non unicamente servente il fine di protezione degli interessi finanziari.

³⁷⁴ E soprattutto la volontà politica, la quale, a fronte di testi così controversi e scarsamente chiari, non potrà che giocare un ruolo determinante (per questo rilievo cfr. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile*, cit., in diversi passi del testo, ad es. p. 11 e p. 15; PICOTTI, *Le basi giuridiche*, cit., p. 17, parla di un «preponderante “fattore politico”»).

compatibile, e in quale misura, con il rispetto dei principi fondamentali in materia penale, provando ad immaginare un quadro concettuale entro il quale interpretare e sistematizzare questa e le altre cruciali innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona.

2 GLI STRUMENTI ISTITUZIONALI E NORMATIVI.

SOMMARIO. 2.1 Il sistema delle fonti. – 2.1.1 I principi del diritto dell’Unione. - 2.1.2 I diritti fondamentali e la Convenzione E.D.U. - 2.1.3 Le tipologie di atti di diritto derivato. - 2.2 I procedimenti decisionali. - 2.3 L’interpretazione conforme. - 2.4 Il sistema giurisdizionale.

In questa terza e ultima parte del presente capitolo si intende fornire alcune coordinate circa gli atti, le procedure decisionali e gli strumenti giurisdizionali propri dell’ordinamento sovranazionale e utili all’indagine che si sta compiendo.

L’approccio sarà inevitabilmente sintetico, talora apodittico. La complessità del sistema è tuttavia tale da consigliare di ripercorrere, le caratteristiche giuridiche del contesto ordinamentale nel quale necessariamente si muoveranno le osservazioni svolte nei successivi capitoli. Nella selezione saranno anche evidenziate le peculiarità, proprie dell’ex terzo pilastro, che l’attuale costruzione dello SLSG ha mantenuto.

2.1 Il sistema delle fonti.

Il sistema delle fonti dell'Unione europea ha subito nel tempo diverse modificazioni, in conseguenza di alcuni fondamentali arresti della Corte di giustizia e soprattutto per effetto di modifiche apportate ai Trattati istitutivi. Anche il Trattato di Lisbona ha contribuito a questo processo evolutivo, in particolar modo mediante l'abrogazione della struttura a pilastri e il conseguente venir meno delle fonti che caratterizzavano il secondo e il terzo pilastro¹.

Il sistema delle fonti si caratterizza, sin dalle origini, per una pluralità di livelli gerarchicamente ordinati:

- una prima categoria è costituita dai Trattati istitutivi e dalle loro successive modificazioni, dai principi generali del diritto e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che costituiscono nel loro insieme il c.d. "*diritto primario*" dell'Unione;

- una seconda categoria è rappresentata dalle norme di diritto internazionale generale e dagli accordi di diritto internazionale pattizio conclusi dall'Unione con Stati terzi, i quali «vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri» a mente dell'art. 216, par. 2, TFUE; tali fonti sono talora definite come "*fonti intermedie*";

- in una terza e ultima categoria confluiscono tutte le fonti adottate dalle istituzioni sulla base di disposizioni dei Trattati in settori di competenza dell'Unione, complessivamente denominati "*diritto derivato*" o "*diritto secondario*" dell'Unione.

Senza addentrarsi in ulteriori concettualizzazioni, basti dire che tra gli atti di diritto derivato possono individuarsi atti di base, atti di attuazione e atti di esecuzione, e che pertanto, all'interno di tale categoria, sarebbe possibile operare ulteriori distinzioni impiegando sempre un criterio ordinatorio di tipo gerarchico.

Più rilevante è invece la distinzione tra atti legislativi e atti non legislativi, distinzione fondata esclusivamente sulla procedura decisionale mediante la quale sono adottati: «gli atti giuridici adottati mediante procedura legislativa sono atti legislativi» (così l'art. 289, par. 3, TFUE).

La qualificazione di un atto come legislativo importa rilevanti conseguenze circa le modalità di coinvolgimento delle varie istituzioni, sia quelle aventi funzioni legislative sia quelle con compiti

¹ Per il secondo pilastro, la Politica estera e di sicurezza comune (PESC), questa affermazione è solo parzialmente vera, in quanto la sua "comunitarizzazione" ha fatto salva in gran parte la precedente struttura, come testimoniato dall'attuale articolazione del Trattato sull'Unione europea, dove è tuttora collocato un titolo V («Disposizioni generali sull'azione esterna dell'unione e disposizioni specifiche sulla politica estera e di sicurezza comune») che impegna trentasei (dal 21 al 46) dei complessivi cinquantacinque articoli che compongono il TUE. Le peculiarità di tale settore non posseggono tuttavia alcuna rilevanza sul presente lavoro, e ci si può pertanto limitare a segnalare tale peculiarità per meri fini di completezza

giudiziari, e possiede influenza anche sul ruolo dei Parlamenti nazionali nel controllo di sussidiarietà, riservato ai soli atti legislativi.

Ulteriore distinzione, sempre riferibile al diritto secondario, è quella tra atti tipici e atti atipici; tra gli atti tipici si distingue ulteriormente tra atti vincolanti e atti non vincolanti.

Tra gli atti di diritto derivato, tipici e vincolanti si annoverano i regolamenti, le direttive e le decisioni². Gli atti tipici ma non vincolanti sono invece raccomandazioni e pareri.

Il rapporto tra le diverse tipologie di atti di diritto derivato non è regolato sulla base di un criterio gerarchico: essi sono collocati su un piano di assoluta parità, e la decisione in ordine a quale di essi adottare è riservata alle istituzioni di volta in volta coinvolte, le quali devono orientare la propria scelta in primo luogo avendo a mente la base giuridica predisposta per la singola competenza considerata, e secondariamente in base al principio di proporzionalità³, poiché – come si vedrà subito – le diverse tipologie di atti, benché equipollenti nella dignità, rivelano gradi di interferenza ben diversi sul diritto nazionale.

Gli atti legislativi sono soggetti a regole di produzione, pubblicazione e vigore definite dagli artt. 296 e 297 TFUE: fra queste, meritano segnalazione l'obbligo di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea e l'entrata in vigore, se non diversamente previsto, il ventesimo giorno dalla pubblicazione.

Ha particolare rilievo l'obbligo di motivazione, la quale deve fare riferimento «alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati» (art. 296, cpv, TFUE), ovvero sia la «specificazione degli elementi di fatto e di diritto sui quali l'istituzione si è fondata»⁴. L'obbligo è finalizzato ad esternare l'iter logico seguito nell'elaborazione e nell'approvazione dell'atto ma serve soprattutto a costituire parametro del controllo giurisdizionale di legittimità esercitato dalla Corte di giustizia, poiché tanto il difetto quanto la carenza di motivazione sono vizi che si traducono nella violazione delle forme sostanziali e che quindi possono essere fatte valere nelle forme processuali che si vedranno al successivo par. 2.4. L'indagine sulla congruità della motivazione va comunque operata «in funzione della natura e del contenuto dell'atto, nonché del contesto giuridico in cui esso si colloca»⁵.

² Che pressoché nulla hanno a che vedere con le più volte richiamate “decisioni quadro”.

³ Tale procedimento logico è espressamente previsto dall'art. 296 TFUE ed è pertanto vincolante.

⁴ TESAURO, *Diritto*, cit., p. 150.

⁵ *Op. loc. ult. cit.*

Nella motivazione deve essere altresì fatto riferimento a eventuali pareri, obbligatori o facoltativi, che si siano richiesti e/o ottenuti, e più in generale all'iter procedimentale seguito.

Particolare rilievo assume infine l'indicazione, nella motivazione, della base giuridica sulla quale l'istituzione abbia ritenuto di fondare la competenza dell'Unione a operare. Come si vedrà subito *infra*, infatti, principio di valenza "costituzionale" dell'Unione è quello delle competenze di attribuzione, che si fonda sull'espressa attribuzione da parte dei Trattati di una specifica competenza all'ente sovranazionale, in assenza della quale attribuzione esso è sprovvisto di legittimazione a operare. La necessità di scegliere e indicare una base giuridica rileva poi sotto due ulteriori aspetti: innanzitutto per verificare il rispetto delle attribuzioni di ciascuna istituzione nei rispetti della sfera di competenza delle altre⁶; e secondariamente per verificare che il singolo atto considerato dovesse e potesse essere emanato da un'istituzione e non da un'altra.

La base giuridica, pertanto, risulta il mezzo con il quale vengono regolati i rapporti tra Unione e Stati membri, tra istituzioni e cittadini e tra le singole istituzioni, ed è per tali ragioni che la sua indicazione in motivazione è necessaria e dev'essere giustificata.

È opportuno ora soffermarsi su alcune delle fonti considerate, e in particolare sui principi del diritto dell'Unione e su alcuni degli atti di diritto derivato.

⁶ Esempio lampante della potenzialità di tale vizio è offerta dalla sentenza del 13 settembre 2005 della Corte di giustizia, la quale ha censurato la decisione quadro impugnata proprio sotto il profilo dell'erronea scelta della base giuridica (e del principio, che ormai ha perso rilevanza, per il quale in caso di conflitto tra più basi giuridiche appartenenti a pilastri diversi, prevalenza dovesse essere accordata alla competenza comunitaria).

2.1.1 I principi del diritto dell'Unione.

Con l'espressione "principi del diritto dell'Unione" ci si riferisce a una categoria composta, e comunemente suddivisa in due sottocategorie: i principi propri del diritto dell'Unione e i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri. La distinzione tuttavia assume rilievo pressoché solo a fini sistematici e in particolare per comprendere l'origine del singolo principio; viceversa, non influenza i rapporti reciproci tra i diversi principi né le loro caratteristiche proprie, trattandosi sempre di «principi propri del diritto dell'Unione, a tutti gli effetti e a titolo originario»⁷.

Basti qui ricordare che i principi propri dell'ordinamento giuridico dell'Unione sono desumibili dalle norme dei Trattati⁸ e, benché comunemente definiti "generali", possono essere in realtà più o meno circoscritti a specifici ambiti materiali⁹. I principi di diritto comuni agli (ordinamenti degli) Stati membri sono invece principi "di seconda mano", desunti, solitamente dalla Corte di giustizia, da un esame comparativo degli ordinamenti nazionali volto a desumere le prevalenti tendenze ivi presenti¹⁰.

Limitando l'indagine alle finalità del presente lavoro, appare quindi utile, piuttosto, enumerare quelli tra detti principi che più hanno parte nell'articolazione delle dinamiche dell'integrazione penale europea, senza pretesa di completezza¹¹.

1) In primo luogo viene in rilievo un fondamentale principio regolatore del funzionamento istituzionale dell'Unione: il c.d. "*principio delle competenze di attribuzione*", previsto oggi dall'art. 5, par. 1, TUE, ma da sempre pacifico nel diritto dell'Unione e, prima, delle Comunità europee. Tale principio si pone come conseguenza diretta del fatto che l'Unione non è un ente originario di diritto internazionale ma deriva la sua esistenza da accordi interstatuali (i Trattati) che ne determinano altresì le competenze. Essa pertanto non ha pacificamente competenza generale ma

⁷ TESAURO, *Diritto*, cit., p. 105.

⁸ E pertanto sono interpretati e impiegati "di prima mano" dalle istituzioni.

⁹ È il caso del principio di sussidiarietà, che non è applicabile alle aree di competenza esclusiva dell'Unione, nelle quali – non essendo in radice possibile alcun intervento statale se non in delega o attuazione – non ha alcun significato verificare se un obiettivo possa essere meglio raggiunto a un livello inferiore, livello che per l'appunto non esiste.

¹⁰ Fonte di tale operazione ermeneutica è l'attuale art. 340 TFUE, che rinvia ai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri» per determinare i modi del risarcimento del danno cagionato dall'Unione per mezzo delle proprie istituzioni o dei propri funzionari. Dalla responsabilità extracontrattuale tale figura si è evoluta fino ad essere considerata dalla Corte quale espressione di un principio generale comune a qualunque settore del diritto dell'Unione (cfr., *ex plurimis*, CGCE, C-46 e C-48/93, 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, punto 41).

¹¹ Per maggiori dettagli, e salvo quanto si dirà al successivo capitolo quarto, sia consentito rinviare alla manualistica di settore (TESAURO, *Diritto*, cit., pp. 104 ss.; POCAR, *Diritto dell'Unione*, cit., pp. 93 ss.) e alla bibliografia ivi richiamata.

finalistica, «nel senso che alle istituzioni europee è riconosciuto il potere di adottare i provvedimenti, necessari od utili, in relazione agli obiettivi dei trattati»¹²; l'art. 5, par. 2, TUE, ribadisce poi che tali obiettivi sono determinati dagli Stati membri e che ad essi appartiene «qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati».

In particolare si distinguono: le competenze esclusive dell'Unione, elencate tassativamente all'art. 3 TFUE; le competenze c.d. del terzo tipo (o «di sostegno, coordinamento e completamento»), definite all'art. 5, par. 2, ed elencate all'art. 6 TFUE; le competenze concorrenti, enumerate all'art. 4 TFUE ma in via del tutto esemplificativa, dovendosi considerare concorrenti tutte le competenze dell'Unione che non siano esclusive o «del terzo tipo»¹³.

A fondare tuttavia l'impressione che tale principio «tends to be obscured by an open-handed reading of the matter in practice» stanno due caratteristiche, altrettanto storicamente attestate nella realtà dell'integrazione europea: «the ambiguity of relevant Treaty provisions and prevailing institutional incestuousness within the EU»¹⁴. Al di là dei profili potenzialmente patologici di tale incertezza, vengono in rilievo due istituti, uno ermeneutico e l'altro procedimentale, che consentono legittimamente alle istituzioni di «allargare» le proprie competenze: il primo tra essi è rappresentato dalla c.d. dottrina dei poteri impliciti, per cui la Comunità possiede tutti i poteri che le sono necessari per realizzare i suoi scopi legittimi¹⁵; il secondo, dal procedimento previsto dall'art. 352 TFUE, detto significativamente «clausola di flessibilità», il quale «prefigura una formale procedura per l'ampliamento dei poteri»¹⁶, che seppur non espressamente attribuiti, sono tuttavia necessari per la realizzazione dei fini assegnati all'organizzazione dai ... trattati»¹⁷, «in

¹² TESAURO, *Diritto*, cit., p. 95.

¹³ Peraltro, le nozione di «competenza concorrente» non corrisponde, *mutatis mutandis*, a quella derivante dall'art. 117, co. 3, Cost.: in sede europea, infatti, il confine tra la competenza statale non è delimitato dalla coppia oppositiva «principio-regola» ma dal semplice fatto che il legislatore europeo abbia discrezionalmente inteso utilizzare la propria competenza in maniera più o meno ampia: la «concorrenza» della competenza sta quindi non in un confine tutto sommato preordinato o prevedibile ma nell'estemporaneo mutare della valutazione del titolare di una delle due sfere di competenza.

¹⁴ WEATHERILL, *Better*, cit., p. 23 s.

¹⁵ Cfr. la dottrina citata *supra*, capitolo primo, nt. 22.

¹⁶ La procedura coinvolge diversi attori istituzionali: la deliberazione è infatti assunta dal Consiglio all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo e su proposta della Commissione, cui deve poi seguire il controllo di sussidiarietà da parte dei Parlamenti nazionali (così TESAURO, *Diritto*, cit. p.95; diversamente il BVerG, nella sentenza *Lissabon-Urteil*, p. 327, pare ritenere che il cenno ai Parlamenti nazionali si riduca a una mera informativa). Nel merito, poi, «le misure fondate sul presente articolo non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui i trattati la escludono» e inoltre «Il presente articolo non può servire di base per il conseguimento di obiettivi riguardanti la politica estera e di sicurezza comune» (così art. 352, parr. 3 e 4, TFUE).

¹⁷ TESAURO, *Diritto*, cit., p. 95.

perfetto accordo con l'ispirazione funzionalista del processo di integrazione, ... giungendo al punto di fondare tu tale disposizione la creazione di nuovi organismi dotati di personalità giuridica e non previsti dai Trattati»¹⁸. Sulla scorta di tali istituti, altre sono le modalità previste dai Trattati per conseguire di fatto un risultato analogo: tra tutte si pensi alle c.d. "clausole passerella" di cui all'art. 48, par. 7, TUE, già citate in precedenza, oppure a quella, introdotta all'art. 83, par., secondo cpv, TFUE, che consente l'estensione del catalogo degli ambiti di criminalità grave transnazionale su cui si esercita la competenza penale europea autonoma¹⁹.

Non è quindi un caso se la presenza di tali figure, tanto quelle generali²⁰ quanto quelle speciali²¹, ha sollecitato l'approfondita analisi del Tribunale costituzionale tedesco al fine di verificare se la loro nuova configurazione potesse «condurre ad una autonomizzazione così ampia delle procedure decisionali europee, da non risultare più coperte dal livello di legittimazione democratica sul piano europeo, [...] in particolare per l'ambito sensibile della cooperazione penale»²². In proposito, la soluzione del *Bundesverfassungsgericht* è stata quella di richiedere che il voto del rappresentante tedesco in Consiglio sia subordinato a un'espressa assunzione di "responsabilità per l'integrazione" da parte del Parlamento mediante apposita legge.

Il principio è quindi chiave di volta della regolazione dei rapporti tra l'Unione e gli Stati che l'hanno costituita, e ne rappresenta un momento di tensione strutturale da non trascurare.

2) Attengono anch'essi al momento di definizione dei confini di legittimità dell'operato delle istituzioni europee i *principi di sussidiarietà e proporzione*. In particolare, mentre l'operatività del primo è esclusa nelle materie di competenza esclusiva, il secondo costituisce un parametro generale dell'intera attività dell'Unione.

Il principio di sussidiarietà è definito dall'art. 5, par. 3, TFUE, nel modo che segue: «nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione».

¹⁸ Il riferimento è al Fondo europeo di cooperazione monetaria, istituito con Regolamento 907/73. Per la citazione, da cui l'esempio è tratto, si veda CALVANO, *I poteri impliciti*, cit., p. 97 s..

¹⁹ Cfr. *supra*, par. 1.2.1.

²⁰ Art. 325 TFUE, art. 48, par. 6 e par. 7, TUE.

²¹ Per un elenco dettagliato cfr. punti 316 ss. della citata sentenza BVerG sul Trattato di Lisbona.

²² BÖSE, *La sentenza*, cit., p. 270. Vedasi anche, nel testo della sentenza, i punti 317 e soprattutto 319. Per quanto riguarda in particolare l'art. 352 TFUE, cfr. anche, nella stessa sentenza, i punti 325 ss..

La verifica del rispetto di tale principio è dunque bipartita, dovendo essere soddisfatte congiuntamente due condizioni: la prima, che sia impossibile per gli Stati membri realizzare un intervento normativo idoneo a raggiungere un dato obiettivo in misura sufficiente («gli obiettivi ... non possono essere conseguiti»), la seconda, che tale misura possa invece essere raggiunta dall'Unione nel suo complesso («gli obiettivi ... possono ... essere conseguiti meglio a livello di Unione»).

Il raffronto tra le due condizioni, in uno con la lettura dell'art. 10, par. 3, TUE, recante il c.d. principio di prossimità²³, mostra una netta preferenza per l'azione degli Stati rispetto a quella dell'Unione: per la prima infatti è richiesta la mera *idoneità* a raggiungere lo scopo, mentre la seconda deve garantire il conseguimento di un risultato *migliore*.

Tra i frequenti richiami al principio di sussidiarietà operati nei Trattati²⁴ si segnala la Dichiarazione n. 18 annessa al Trattato di Lisbona, la quale, pur non possedendo valore equiparato a quello dei Trattati, fornisce una prospettiva sulla sussidiarietà che potrebbe definirsi insolita, specie se letta alla luce dei caratteri del principio funzionalista: in essa si prevede infatti l'ipotesi dell'abrogazione di atti legislativi «per assicurare meglio il rispetto costante dei principi di sussidiarietà e proporzionalità» e ci si «compiace che la Commissione dichiari che presterà particolare attenzione [alle] richieste» del Consiglio rivolte a conseguire tale abrogazione. Il controllo di sussidiarietà persiste anche dopo l'adozione di un atto e nel corso della sua vigenza²⁵.

Nonostante i plurimi riferimenti, l'effettivo rispetto del principio di sussidiarietà è un *punctum dolens* dell'intera prassi legislativa dell'Unione. Limitando le osservazioni all'area dell'integrazione penale, si vedrà nel successivo capitolo terzo come i riferimenti alla sussidiarietà si limitino a formulazioni tratte e prive, nella grande maggioranza dei casi, di specifici riferimenti qualificanti. Anche poi quando questi riferimenti esistono, sono rari i casi nei quali assumano dimensioni sintatticamente idonee ad arricchire seriamente il bagaglio informativo dell'interprete. Tra i migliori esempi figurano casi nei quali il rispetto del principio di sussidiarietà è ancorato a pregresse esperienze, anche internazionali, o a studi specificamente svolti per conto delle istituzioni: anche in questi casi, l'interprete è «however left without any evaluation of the

²³ «Le decisioni sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini».

²⁴ Fra gli altri: art. 12, par. 1, TUE; art. 69 TFUE; art. 352 TFUE.

²⁵ Ovviamente trattasi di un controllo *politico*, ben diverso da quello giurisdizionale di legittimità che invece non può che focalizzarsi sull'atto e sulla sua adozione.

outcome of this assessment. Thus, clearly it would be interesting to know the exact details of this inquiry taking into consideration the different opinions that dominate the debate»²⁶.

Stante poi il rilievo politico dell'applicazione di tale principio, che si intreccia con il tema della ripartizione delle competenze e in definitiva con una più avanzata o prudente integrazione, anche la Corte di giustizia mostra un approccio prudente nel censurare di legittimità gli atti legislativi per violazione del principio in discorso²⁷.

Come detto, il principio di proporzionalità²⁸ inerisce tutta l'attività dell'Unione nel suo complesso. L'art. 5, par. 4, TUE, così in proposito statuisce: «In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione²⁹ si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati».

Tale principio impone un giudizio trifasico sulle modalità di esercizio di una competenza: innanzitutto deve verificarsi l'utilità e la pertinenza del mezzo rispetto al fine prescelto; poi dovrà accertarsi che quel mezzo sia indispensabile al raggiungimento del fine, accertando che non vi siano mezzi meno lesivi di altri interessi e parimenti utili per il fine individuato; da ultimo dovrà accertarsi l'effettività del nesso causale con l'obiettivo desiderato³⁰.

La proporzionalità, come visto, incide tanto sulla forma degli atti quanto sul loro contenuto: il cenno alla forma, reiterato all'art. 296, par. 1, TFUE³¹, è reso evidente dal diverso impatto che le singole tipologie di atti di diritto derivato hanno sui loro destinatari, come si vedrà, per quanto concerne gli atti legislativi, nel successivo par. 2.1.3.

Anche con riguardo alla proporzionalità devono segnalarsi le medesime doglianze sopra esposte per quanto concerne la sussidiarietà: il livello di approfondimento del supporto motivazionale è, come si apprezzerà *infra*, cap. 3, persino più scarso e insoddisfacente, nella quasi totalità dei casi pressoché tautologico, e la Corte di giustizia mantiene anche qui un approccio

²⁶ HERLIN-KARNELL, *Subsidiarity*, cit., p. 360.

²⁷ Per una breve rassegna giurisprudenziale a supporto di tale assunto, cfr. TESAURO, *Diritto*, cit., p. 101, nt. 29. Un articolato esame in punto di proporzione e sussidiarietà è effettuato, nella giurisprudenza più recente, in CGUE, 8 giugno 2010, C-58/08, *Vodafone*, in particolare punti 51-71 (proporzionalità) e punti 72-79 (sussidiarietà).

²⁸ Sul quale cfr. *amplius* par. 4.3.

²⁹ Azione che deve *già* essere legittima in virtù del principio di sussidiarietà, che costituisce pertanto un antecedente logico rispetto alla proporzionalità. La sussidiarietà determina l'*an*, la proporzionalità il *quomodo*.

³⁰ Per la descrizione dei termini di questa tripartizione, cfr. TESAURO, *Diritto*, cit., p. 100.

³¹ «Qualora i trattati non prevedano il tipo di atto da adottare, le istituzioni lo decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità».

assai prudente³², focalizzato sulla protezione del margine di discrezionalità politica proprio del legislatore europeo.

3) Attengono infine alla regolamentazione dei rapporti tra fonti i ben noti principi di *leale cooperazione*, di *primazia* e dell'*effetto utile*.

Quest'ultimo, posto alla base della giurisprudenza che ha attribuito effetti diretti alle direttive³³, «impone un'applicazione o anche una interpretazione delle [norme comunitarie] che sia funzionale al raggiungimento delle loro finalità»³⁴. Il secondo, invece, predica la prevalenza (*primauté*) della norma giuridica dell'Unione sulla norma interna che con essa contrasti, imponendone la disapplicazione, *rectius* inapplicazione³⁵. Il primo, infine, proclamato all'art. 4, par. 3, TUE, si articola in tre aspetti distinti: innanzitutto nell'obbligo per gli Stati membri di agevolare l'attività delle istituzioni europee nello svolgimento dei loro compiti, ad esempio provvedendo all'attuazione tempestiva delle direttive, alla rimozione di norme in contrasto con regolamenti e alla trasmissione delle informazioni che siano ritualmente richieste; secondariamente, nel supporto all'Unione nel perseguimento dei propri scopi anche al di là e prima del dovere di attuazione di specifiche disposizioni di diritto europeo all'uopo adottate; in terzo luogo, nel dovere degli Stati membri di garantire la piena attuazione delle norme europee che attribuiscono diritti ai singoli, risarcendo eventuali danni causati dall'omessa esecuzione di tali obblighi, ovvero imponendo ai medesimi singoli l'osservanza degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione.

Questi tre principi³⁶ costituiscono il nucleo fondante dell'identità europea per quanto concerne il rapporto tra il diritto dell'Unione e gli ordinamenti degli Stati membri ma altresì per quanto riguarda le modalità di penetrazione dello stesso e la sua influenza sulle posizioni soggettive dei singoli.

4) Tra i *principi mutuati dall'attività ermeneutica della Corte di giustizia* a partire dall'indagine sugli ordinamenti nazionali si possono annoverare capisaldi della tradizione giuridica

³² Cfr. giurisprudenza richiamata *supra*, in questo capitolo, nt. 27.

³³ Cfr. *infra*, par. 2.1.3.

³⁴ TESAURO, *Diritto*, cit., p. 109.

³⁵ Il termine più familiare è certamente il primo, ma esso evoca altresì un profilo di "illegittimità" del tutto assente nell'affermazione di primazia: la norma interna non è in via di principio né valida né invalida, semplicemente non è applicabile al caso concreto regolato dalla norma europea prevalente. In seguito, consapevoli di tale distinguo, si impiegherà comunque il più familiare lessico di "disapplicazione".

³⁶ Circa i quali non può che rinviarsi alla letteratura di settore per quanto riguarda gli innumerevoli ulteriori profili di interesse che esulano dai fini del presente lavoro.

moderna quali la legalità, la certezza del diritto, il legittimo affidamento, nonché alcune coordinate di diritto processuale quali il diritto di azione, il contraddittorio, l'effettività della tutela giurisdizionale. In punto sia tuttavia consentito rinviare oltre, in questo lavoro, al capitolo quarto, appositamente dedicato ai principi fondamentali in materia penale, che rientrano certamente, almeno in grande parte, nella categoria qui menzionata.

Già si è detto che la maggior parte di questi principi è elaborata in sede giudiziaria dalla Corte di giustizia³⁷ nella sua attività volta ad assicurare «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'attuazione dei trattati» (art. 19 TUE): la Corte elabora questi principi o per "abduzione"³⁸, ricavandoli cioè come norma generale dall'accostamento di più norme appartenenti al sistema, o per comparazione tra le diverse normative nazionali che presentino caratteri comuni³⁹. Un problema centrale in tema di principi è, perlomeno per gli ordinamenti di tradizione continentale usi a una compiuta codificazione normativa, quello di collocarli in modo corretto e soddisfacente nel quadro complessivo delle fonti.

L'uso che dei principi fa la Corte di giustizia è molto esteso, poiché essa non si limita a effettuare una mera ricognizione di principi comunitari ma arriva a enucleare, in una certa misura ex novo, vere e proprie regole di giudizio con cui «ritenere la compatibilità della norma interna col diritto comunitario»⁴⁰, tutto questo a partire sia dall'ordinamento dell'Unione che da quelli degli Stati membri: essa ha inaugurato dunque un vero e proprio "diritto giurisprudenziale"⁴¹, che ha posto immediatamente, e pone tuttora, un problema di compatibilità con l'elaborazione che dei medesimi principi fanno le Corti Supreme degli Stati membri⁴².

³⁷ Mentre l'idea di elaborarne un vero e proprio catalogo è stata presto abbandonata per il suo intrinseco rischio di sclerosi: ogni catalogo infatti, accanto al pregio della chiarezza, porta con sé inevitabilmente il difetto della staticità, certo inadatta a un ordinamento così dinamico come quello europeo. In proposito già RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984, p. 458 ss.

³⁸ Così, con precisione, EPIDENDIO, *Diritto*, cit., p. 56.

³⁹ Si nota per inciso che la scelta di impiegare questo tipo di tecnica interpretativa/integrativa non è neutra sul piano della teoria del diritto: essa, comunemente definita *analogia juris* (su cui vd. qualsiasi manuale di interpretazione del diritto, ad es. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 350 ss.), è stata strumento di quella ricerca dei "principi di diritto naturale", dei "principi di diritto comuni alle nazioni" ovvero dei "principi di diritto positivo" che hanno via via caratterizzato giusnaturalismo, liberalismo giuridico e varie altre scuole giuridiche storiche improntate a precisi canoni dogmatici. Tale tecnica è d'altro canto criticata da autori che la intendono come strumento per dissimulare scelte di natura meramente politica.

⁴⁰ Così, EPIDENDIO, *Diritto*, cit., p. 58.

⁴¹ In senso molto più dimesso POCAR, *Diritto dell'Unione*, cit., p. 182.

⁴² Curiosa è in proposito l'origine di tali interventi della Corte: essa infatti in origine si atteneva esclusivamente ai principi codificati nei Trattati e nel diritto derivato, e il mutamento di indirizzo a favore di un intervento più ampio e coraggioso è stato provocato dalla spinta proprio delle Corti Costituzionali nazionali, preoccupate che in ambito comunitario non fossero rispettati i diritti umani e le libertà fondamentali.

La dottrina ha individuato alcuni criteri che la Corte seguirebbe nell'elaborare i principi, criteri che si sono affinati e meglio delineati nel corso del tempo e che sono così definiti:

- criterio del *maximum standard*: il principio per essere impiegato dalla Corte a livello europeo dev'essere diffuso tra gli Stati in maniera pressoché assoluta e uniforme, in una logica "da minimo comune multiplo";

- criterio dell'"orientamento prevalente": il principio deve stavolta essere diffuso nella maggioranza degli Stati membri;

- criterio della *better law*: un criterio non più quantitativo ma qualitativo, per il quale la Corte sceglie non il principio più diffuso ma quello che ritiene migliore, spesso in funzione propulsiva degli ordinamenti che non lo adottano.

Si è rilevato⁴³, tuttavia, come in realtà la concettualizzazione di questi criteri si riveli intrinsecamente forzata: la Corte infatti varia il loro utilizzo in funzione di ulteriori "sovra-criteri" che a loro volta si rifanno al "grado di legittimazione" che la stessa Corte possiede in relazione al singolo caso. In particolare Sotis⁴⁴ individua una casistica tripartita che dà ragione di tale differente attitudine della Corte:

- quando essa è chiamata a valutare la legittimità di una norma comunitaria gode di legittimazione massima e impiega il criterio della *better law* (certamente il meno rassicurante e il più innovativo);

- quando deve giudicare una norma nazionale posta in adempimento di un obbligo comunitario deve sostanzialmente porre un limite alla potestà normativa nazionale, e il "grado di legittimazione" diminuisce, per cui essa cerca di fondare la propria decisione su principi il più possibile condivisi⁴⁵;

- quando, infine, deve valutare la legittimità di una norma nazionale posta in conformità con un principio nazionale ma contrastante con una norma comunitaria la Corte si trova in una situazione di contrasto massimo con l'ordinamento nazionale e dovrebbe a rigore optare per la

⁴³ In particolare Sotis, Grasso e Bernardi.

⁴⁴ SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 18 ss., dove l'Autore prende come paradigma di analisi il principio di colpevolezza applicato alle disposizioni sanzionatorie dei vari ordinamenti.

⁴⁵ Usando pertanto i criteri del *maximum standard* e dell'"orientamento prevalente": anche a tal riguardo BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 693, rileva come il primo criterio non svolga di fatto alcun ruolo. E ciò non stupisce se si considera, pragmaticamente, che la Corte è investita di questioni che devono essere rilevanti per la causa a quo, perciò il principio di cui si invoca l'applicazione non deve essere già presente nell'ordinamento di provenienza, per cui se il principio è già presente in tutti gli Stati membri non si vede come sia possibile incardinare una causa presso la Corte.

declaratoria di “illegittimità comunitaria” della norma in oggetto: è proprio qui invece che la Corte recupera percorsi alternativi e trova davanti a sé due strade, ossia, da un lato, affermare che il principio nazionale è anche un principio comunitario⁴⁶, oppure, dall’altro, riconoscere che pur in presenza di contrasto il diritto nazionale prevale perché è posto a tutela di interessi superiori a quelli della norma comunitaria⁴⁷; è di evidenza in entrambi i casi come il giudizio sia positivo per la norma nazionale, indice di un elevato grado di prudenza da parte della Corte.

È infine importante evidenziare le modalità con cui i due luoghi di codificazione dei principi – ossia le Corti Supreme degli Stati membri da un lato e la Corte di giustizia dall’altro – si rapportano: in particolare, in seguito a una sentenza della Corte Costituzionale italiana⁴⁸ è stata elaborata infatti *la cd. teoria dei “controlimiti”*, per la quale, posta la generale insindacabilità costituzionale delle norme provenienti dalle istituzioni comunitarie, «qualora dovesse mai darsi all’art. 189 [TCE, numerazione originaria] una sì aberrante interpretazione [consistente cioè nell’attribuire agli “organi legislativi europei” il «potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana»], in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali»⁴⁹.

5) Da ultimo, nella categoria dei principi del diritto dell’Unione rientrano *i diritti fondamentali*, la cui rilevanza merita una trattazione specifica, rivolta anche a chiarire gli attuali rapporti intercorrenti con la Convenzione EDU e la sua giurisprudenza.

⁴⁶ Ad es. Corte di giustizia 1 luglio 1984, causa 63/83, *Regina c. Kirk*.

⁴⁷ Ad es. Corte di giustizia 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*, particolarmente istruttiva sul piano giuridico quanto la causa *Kirk* lo è sul piano politico. È d’obbligo notare come tale descrizione del comportamento della Corte europea alteri l’idea che spesso si ha della cd. teoria dei controlimiti, che sono considerati uno sbocco inevitabile di ogni situazione di contrasto tra principi comunitari e nazionali ma che in realtà rappresentano nulla più che una sorta di “uscita di sicurezza”, *ultima ratio* di un ben più elastico e composito sistema di relazioni tra le Corti; questo diverso atteggiarsi del medesimo principio in diversi Stati pone piuttosto problemi di coerenza dell’ordinamento comunitario, su cui mi limito a rinviare a SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 28, nota 83 e alle opere ivi citate.

⁴⁸ C. Cost. 27 dicembre 1973, *Frontini*.

⁴⁹ C. Cost. 27 dicembre 1973, *Frontini*, punto 9 del *considerato in diritto*, *passim*.

2.1.2 I diritti fondamentali e la Convenzione E.D.U.

Come osservato, i diritti fondamentali, sia in quanto previsti dalla CDFUE sia in quanto desunti dall'esame dei principi comuni agli ordinamenti nazionali, *posseggono valore di diritto primario dell'Unione e come tale fungono da parametro per l'interpretazione e la validità delle norme di diritto interno e altresì per quelle di diritto intermedio e di diritto derivato proprie dell'ordinamento europeo.*

I rapporti tra i diritti fondamentali enumerati nella Carta UE, quelli previsti in ambito EDU e applicati dalla Corte di Strasburgo e quelli presenti nelle tradizioni costituzionali di ciascun Stato membro non sono tuttavia agevolmente delineabili. Il quadro è poi completato dall'adesione dell'Unione alla Convenzione EDU, prevista dall'art. 6 TUE e oggetto di negoziati tuttora in corso.

In questa sede è impossibile approfondire tutte queste tematiche. Giova piuttosto, nella prospettiva che accomuna l'intero paragrafo 2.1 del presente lavoro, fornire alcune coordinate desumibili dalla più recente giurisprudenza.

Storicamente, il tema dei diritti fondamentali nasce nella giurisprudenza dei primissimi anni settanta⁵⁰: parallelamente all'espansione degli ambiti di competenza delle Comunità era cresciuta la preoccupazione nelle Corti costituzionali nazionali circa il rispetto, da parte della normativa comunitaria, dei diritti fondamentali e circa il modo con cui tale rispetto potesse essere verificato; per evitare il progressivo rivendicare di spazi di controllo giurisdizionale su tali profili, la Corte di giustizia ne ha avocato il controllo, includendo i diritti fondamentali in quei principi fondamentali comuni agli ordinamenti degli Stati membri che già costituivano fonte primaria dell'Unione. Tale controllo ha per oggetto tutti gli atti, comunitari e nazionali, che siano in relazione con il diritto dell'Unione, con esclusione quindi del diritto nazionale privo di qualsiasi legame con quest'ultimo. Il catalogo di diritti e l'interpretazione di questi è assunta anche attraverso la giurisprudenza di Strasburgo e la sua evoluzione.

A partire dal Trattato di Maastricht tale approccio ha fatto timidamente ingresso nel diritto positivo nei medesimi termini ora tratteggiati. Vedasi in particolare l'art. 6 TUE-Maastricht, in base al quale l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU e quali risultano dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri in quanto principi generali del diritto dell'Unione.

⁵⁰ CGCE, 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*; CGCE, 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*; CGCE, 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold*.

I rapporti con la CEDU sono poi successivamente definiti nella nota sentenza *Bosphorus*⁵¹ con la quale la Corte EDU ha introdotto una sorta di “presunzione di conformità” del sistema di protezione dei diritti fondamentali approntato nell’UE rispetto agli standard richiesti dalla Convenzione.

Nella medesima temperie culturale si colloca la stesura e la solenne proclamazione della *Carta di Nizza*, benché sprovvista di indicazioni circa l’effettivo valore giuridico, che pare limitato a una più modesta funzione di maggiore visibilità dei diritti medesimi.

È con il Trattato di Lisbona che la Carta, ai sensi dell’art. 6, par. 1, TUE, assume «lo stesso valore giuridico dei Trattati», anche se, al capoverso della medesima norma, si precisa che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati»: in altre parole, i diritti contenuti nella CDFUE si applicano alle politiche europee come definite dai Trattati, ma all’Unione non viene attribuito di per ciò stesso una generale competenza a promuovere la protezione dei diritti fondamentali né di censurarne la violazione. I diritti fondamentali rappresentano quindi il *modo* di azione dell’Unione e non un suo *oggetto*⁵².

Un'altra norma di particolare importanza è l’art. 52 della Carta stessa, i cui paragrafi 3 e 4 regolano i rapporti con la CEDU e con i diritti fondamentali derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

Quanto alla prima, si afferma che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa»: nello spazio UE si rivendica quindi un livello di protezione dei diritti fondamentali che è almeno pari a quello attestato nell’ambito CEDU ma che può essere innalzato verso forme di protezione più elevate.

⁵¹ Corte EDU, 30 giugno 2005, ric. n. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, sulla quale, per una ricostruzione sintetica benché risalente, cfr. REPETTO, *La Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al solange non c’è mai fine?*, in *associazione de icostituzionalisti.it*, ora disponibile all’indirizzo http://archivio.rivistaaic.it/cronache/giurisprudenza_comunitaria/solange/index.html (url consultato il 10 febbraio 2015).

⁵² Il concetto viene ribadito, in maniera piuttosto ridondante, dall’art. 51, par. 2, CDFUE: «La presente Carta non estende l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione al di là delle competenze dell’Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l’Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati». Allo stesso modo, l’art. 52, par. 5, ribadisce che «Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell’Unione e da atti di Stati membri *allorché essi danno attuazione al diritto dell’Unione*, nell’esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice *solo ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità di detti atti*» (corsivi aggiunti).

Il paragrafo 4, invece, richiede che i diritti previsti dalla CDFUE siano interpretati «in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri».

I rapporti con la CEDU sono poi oggetto, sul piano stavolta istituzionale e non contenutistico, del già richiamato art. 6, par. 2, TUE, che autorizza espressamente l'adesione dell'Unione alla Convenzione («L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»)⁵³.

L'adesione, i cui negoziati sono ancora in corso, solleva complesse problematiche di rilevanza “costituzionale”, in special modo nei riguardi del sistema giurisdizionale di controllo: in caso di adesione, infatti, l'Unione verrebbe sottoposta, «al pari di qualsiasi altra Parte contraente, ad un controllo esterno avente ad oggetto il rispetto dei diritti e delle libertà previsti dalla CEDU. L'Unione e le sue istituzioni sarebbero dunque assoggettate ai meccanismi di controllo previsti da tale convenzione e, in particolare, alle decisioni e alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo»⁵⁴.

Inoltre, sul piano giurisdizionale si pone il delicato problema del rapporto tra le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, con particolare riferimento al Protocollo n. 16 annesso alla CEDU, il quale prevede che ogni giurisdizione superiore di ogni Stato membro possa rivolgere alla Corte EDU richieste di pareri preventivi, a carattere quindi consultivo, in merito a questioni di interpretazione o applicazione dei diritti garantiti dalla Convenzione. Con riferimento a ciò, la Corte di giustizia, nel suo citato parere, ha paventato «il meccanismo istituito dal protocollo potrebbe pregiudicare l'autonomia e l'efficacia della procedura di rinvio pregiudiziale prevista dal Trattato FUE, segnatamente quando i diritti garantiti dalla Carta corrispondano ai diritti riconosciuti dalla CEDU. Infatti, non è escluso che una domanda di parere consultivo proposta ai sensi del Protocollo n. 16 da un giudice nazionale possa dare avvio alla procedura cosiddetta di «previo coinvolgimento» della Corte, creando così un rischio di elusione della procedura di rinvio pregiudiziale». È insomma forte nella CGUE il timore di perdere quel ruolo di monopolio dell'interpretazione del diritto dell'Unione che da sempre ne caratterizza l'operato; ciò vale anche per il ruolo di “giurisdizione arbitrare” conferitole dall'art. 344 TFUE, e, più in generale, circa la

⁵³ Pur affrettandosi a precisare, ancora una volta, che «Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati». Sempre a proposito dell'adesione, è poi il Protocollo n. 8 a ribadire nuovamente che essa dovrà avvenire in modo da non incidere sulle attribuzioni dell'Unione.

⁵⁴ Così il comunicato stampa della CGUE che ha accompagnato il deposito del parere 2/2013, reso il 18 dicembre 2014 sulla proposta di adesione del 5 aprile 2013, disponibile sul sito web della Corte.

possibilità per la Corte EDU di essere chiamata ad interpretare la giurisprudenza della CGUE imponendo la propria lettura sull'Unione e sugli Stati membri.

Come già precisato, i negoziati per l'adesione sono tuttora in corso, e, dopo la pesante battuta di arresto cagionata dal parere negativo reso ex art. 218, par. 11, TFUE, dalla Corte di giustizia il 18 dicembre 2014 (e già citato), dovranno riprendere al fine di risolvere i profili di contrasto evidenziati.

Il quadro attuale resta pertanto immutato e altrettanto immutati restano quindi i termini dell'intricata questione del rapporto tra una pluralità di fonti inerenti i diritti fondamentali che ha fatto prefigurare il rischio di una stagione di "diritti *à la carte*"⁵⁵: tale rischio è paventato in relazione al fatto che alla «moltiplicazione delle carte dei diritti fondamentali, con effetti di convergenza territoriale e divergenza contenutistica» non corrisponde un «assetto gerarchico delle fonti da cui esse promanano ... per il policentrismo normativo di cui sono portatrici», e pertanto «la poliedricità degli standard normativi di riferimento, combinata con la moltiplicazione delle istanze giurisdizionali chiamate a darvi applicazione, rischia di sfociare nell'incertezza applicativa»⁵⁶.

Non si può, nei limiti di questa preliminare ricostruzione, ripercorrere il dibattito, che investe *in primis* la dottrina costituzionalistica ma che in definitiva vede coinvolti Autori di ogni formazione - proprio in ragione della universalità dei temi trattati -, circa la «tutela multilivello dei diritti fondamentali [la quale] assume – perlomeno, e comunque in un'ottica di massima semplificazione – una valenza triadica ..., destinata a ruotare intorno alle articolate relazione che la norma penale intrattiene con la Costituzione, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e oggi la Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea]»⁵⁷.

È però utile *tentare di tratteggiare alcuni problemi-cardine*, anche alla luce della più recente giurisprudenza, anche al fine di trattare più approfonditamente il tema nei successivi parr. 4.1 e 4.5.

Sul piano dei *rapporti tra Carta EDU e diritto interno* è nota e attestata la posizione della Corte costituzionale, riaffermata anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: è la stessa

⁵⁵ L'espressione è mutuata da MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2013, pp. 242 ss.

⁵⁶ MANACORDA, *Dalle Carte*, cit, p. 242.

⁵⁷ MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in MANES, ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 153.

Corte a ricostruire lo stato della propria giurisprudenza, quando, nella sentenza n. 80/2011, ricorda come, «a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza costituzionale sia costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) – integrino, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali» (sentenze n. 317 e n. 311 del 2009, n. 39 del 2008)». Pertanto, la Carta EDU costituisce parametro interposto di validità e di interpretazione delle norme interne, cui sono vincolati sul piano ermeneutico i giudici di merito prima di sollevare eventuale questione di costituzionalità: «nessuno spazio residuerebbe, dunque, per l'eventuale applicazione diretta della CEDU, pure ventilata in dottrina e praticata da qualche giudice "ribelle"»⁵⁸. Al contempo, l'interpretazione della Carta EDU che deve fornire concretizzazione al parametro interposto è esclusivamente quella fornita dalla Corte di Strasburgo, nei cui *dicta* vive e si realizza la natura precettiva della Carta stessa.

Il giudice *a quo*, pertanto, è tenuto a uno sforzo di interpretazione conforme al sistema Convenzionale, al cui fallimento non può che seguire la rimessione della questione alla Corte costituzionale.

Per quanto riguarda il secondo lato dell'immaginario triangolo, quello che collega *CEDU* e *CDFUE*, si è già visto che la Carta non ha condotto alla comunitarizzazione della Convenzione e che anzi il punto è foriero delle gravi complicazioni interordinamentali e interistituzionali già segnalate. Tale prospettiva è stata ribadita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Fransson*⁵⁹, ove la Corte ricorda che «il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale»⁶⁰. Tuttavia, come visto, l'art. 52 CDFUE crea un legame non già tra le fonti ma tra i rispettivi contenuti: è sempre nella *Fransson* che si stabilisce che «l'articolo 52, paragrafo 3, della

⁵⁸ RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 23 marzo 2011, p. 3.

⁵⁹ CGUE, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, sulla quale, fra gli altri, VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2013, pp. 294 ss.

⁶⁰ Punto 44, ove la Corte rinvia ad ulteriore precedente conforme, la sentenza 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*, punto 62.

Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU *lo stesso significato e la stessa portata* di quelli loro conferiti dalla suddetta convenzione»⁶¹.

Passando infine al terzo lato del succitato triangolo, quello che vede coinvolti *i rapporti tra la CDFUE e il diritto interno*, premesso che non vi sono dubbi sulla collocazione gerarchica della Carta, persistono invece incertezze circa l'estensione della portata applicativa della stessa: ci si riferisce al concetto di «attuazione del diritto dell'Unione», formulazione con la quale l'art. 51 CDFUE tenta di delimitare l'oggetto dell'influenza della Carta. Attorno all'idea di "attuazione"⁶² possono essere ricostruiti diversi, e legittimi, modelli concettuali: si può ad esempio, in linea con quanto proposto dall'Avv. Gen. Villalón, nelle sue *Conclusioni* nella causa *Fransson*, distinguere «tra la *causa* più o meno prossima e la mera *occasione*»⁶³, intendendosi per "causa" un rapporto di derivazione diretta tra il diritto dell'Unione e la disposizione nazionale tacciata di non conformità alla Carta; oppure, si può viceversa richiedere la mera sussistenza di un nesso diretto non già con la norma ma con le politiche europee nell'ambito delle quali essa è stata adottata, operando un «sottile scivolamento terminologico»⁶⁴ dalla chiara portata espansiva⁶⁵.

Sempre in punto di rapporti tra la CDFUE e gli ordinamenti nazionali, un ulteriore problema è quello della reale *intensità* della portata applicativa della Carta: un conto è infatti collocarla gerarchicamente tra le fonti primarie, altra questione è verificare se essa sia provvista di effetti diretti e se possa condurre alla disapplicazione della norma interna contrastante. Il profilo non è di poco momento: è infatti ovvio che, *formalmente*, la fonte primaria è direttamente applicabile (come accade per i Trattati)⁶⁶; meno ovvio è verificare se il tenore contenutistico della *fonte* direttamente applicabile consenta l'immediata diretta applicazione delle *norme* in essa contenute; da ultimo, deflagranti rischiano di essere gli effetti della potenzialità disapplicativa delle norme

⁶¹ CGUE, 26 febbraio 2013, cit., punto 44, corsivo aggiunto.

⁶² Che, come rileva MANACORDA, *Dalle Carte*, cit., p. 248, succedeva al più restrittivo riferimento all'«esecuzione delle discipline comunitarie» elaborato in CGUE, 13 aprile 2000, C-292/97, punto 37.

⁶³ Avv. Gen. P. C. Villalón, *Conclusioni*, C-617/10, cit., 12 giugno 2012, punto 61.

⁶⁴ MANACORDA, *Dalle Carte*, cit., p. 248.

⁶⁵ Quanto sia ancora incerto il reale limite "territoriale" dell'applicazione della Carta è reso esplicito dalla giurisprudenza successiva. Senza pretesa di completezza, e senza poter approfondire oltre in questa sede, cfr. CGUE, Grande Sezione, 11 novembre 2014, C-333/13, *Dano*; CGUE, 10 luglio 2014, C-198/13, *Hernández e al.*; CGUE, 8 maggio 2014, C-483/12, *Pelckmans Turnhout NV*; CGUE, 6 marzo 2014, C-206/13, *Siragusa*.

⁶⁶ La natura direttamente applicabile ai principi fondamentali, con conseguente obbligo per il giudice di disapplicare le disposizioni nazionali contrastanti, è stata affermata con particolare chiarezza nella sentenza *Mangold* (CGUE, 22 novembre 2005, C-144/04): «è compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, e ciò perfino qualora il termine di recepimento della detta direttiva non sia ancora scaduto» (ivi, punto 78)

della CDFUE nei confronti del diritto interno, che potrebbe «dar luogo ad un controllo diffuso di conformità destinato a erodere, con riferimento alla Carta, il monopolio che la Corte Costituzionale sinora si è correttamente riservata rispetto al controllo di conformità delle leggi alla CEDU e agli altri atti convenzionali»⁶⁷.

Il problema, evocato nel suo complesso, *richiama la distinzione concettuale tra regole e principi*, che a sua volta appare – benché con altro lessico⁶⁸ – proposta dall'art. 51 CDFUE. Peraltro, come osservato in dottrina, le *Spiegazioni* alla Carta⁶⁹ precisano proprio che i “principi”, per assumere rilevanza per il giudice, devono prima essere attuati in atti legislativi o esecutivi adottati dall'Unione: «essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri»⁷⁰. È significativo, peraltro che tale approccio sia considerato in linea sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia «sia con l'approccio ai «principi» negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale».

In altri termini, i (meri) “principi” non possono fondare pretese autonome, ma possono solo influenzare l'interpretazione e la legittimità di atti rivolti a dare concretezza a queste pretese⁷¹.

Terzo e ultimo profilo⁷² dei rapporti tra CDFUE e diritto nazionale è di tipo qualitativo: esso è rappresentato dalla *possibile divergenza tra i livelli di protezione* accordati dal diritto dell'Unione e

⁶⁷ MANACORDA, *Dalle Carte*, cit., p. 249.

⁶⁸ «Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i *diritti*, osservano i *principi* e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati» (corsivi aggiunti).

⁶⁹ «Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali», 2007/C 303/02, in GUUE C 303 del 14 dicembre 2007.

⁷⁰ Ivi, punto 2 della *Spiegazione* relativa all'art. 52.

⁷¹ Il principio della diretta applicazione dei principi fondamentali da parte del giudice nazionale è comunque fermamente ribadito dalla Corte. Da ultimo, tra le altre, CGUE, 3 luglio 2014, C-129/13 e C-130/13, *Kamino e Datema*, in particolare punti 27-35. Tuttavia, «la nozione chiave per risolvere il problema resta quella di effetto diretto... L'attività di bilanciamento di principî non è conciliabile con le caratteristiche dell'effetto diretto [e pertanto] l'applicazione immediata di un diritto fondamentale ... è consentita al giudice comune nei limiti in cui non discenda da un previo bilanciamento di principî ... ma direttamente dalla disposizione sovranazionale, strutturata in modo tale da consentire una sufficiente disciplina della fattispecie» (SCODITTI, *Il giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sovranazionale*, in *Foro it.*, 5/2010, p. 43 s.). E infatti è la stessa Corte di giustizia a confermare tale approccio in altre sentenze, ad esempio in CGUE, Grande Sezione, 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*. In quest'ultima, fra l'altro, vertente in materia sindacale, viene affermato che poiché «risulta ... chiaramente dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta che tale articolo, per produrre pienamente i suoi effetti, *deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale*» (punto 45, corsivo aggiunto), per tali ragioni «l'articolo 27 della Carta non può, in quanto tale, essere invocato in una controversia, come quella oggetto del procedimento principale, al fine di concludere che la norma nazionale non conforme alla direttiva 2002/14 deve essere disapplicata» (punto 48).

dal diritto costituzionale nazionale al medesimo diritto fondamentale. Il caso è quello della notissima sentenza *Melloni*⁷³, originato da un rinvio operato dal Tribunale costituzionale spagnolo in sede di ricorso “de amparo” formulato in relazione all’esecuzione di un mandato d’arresto europeo: tra le questioni pregiudiziali sollevate, vi era proprio quella della sorte di possibili divergenze nel livello di protezione dei diritti fondamentali tra Unione e Stato membro, particolarmente – come ovvio – quando sia lo Stato a fornire il livello di protezione più alto. A fronte di una lettura, operata dal giudice rimettente che «autorizzerebbe in maniera generale uno Stato membro ad applicare lo standard di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando questo è più elevato di quello derivante dalla Carta e *ad opposito, se del caso, all’applicazione di disposizioni di diritto dell’Unione*»⁷⁴, la Corte rifiuta recisamente la possibilità che l’art. 53 CDFUE possa essere letto nel senso di «ostacolare l’applicazione di atti di diritto dell’Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato»⁷⁵: il «diritto nazionale, quand’anche di rango costituzionale, non può sminuire l’efficacia del diritto dell’Unione»⁷⁶ e mettere in pericolo le esigenze di armonizzazione sottese alla decisione quadro MAE⁷⁷, perché diversamente «si correrebbe il rischio di rimettere in discussione l’uniformità dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali definito grazie a quella decisione quadro, arrecando un *vulnus* ai principi di fiducia e

⁷² Ne è in verità presente un quarto, a carattere procedimentale, ma esso appare pacifico. Con la sentenza CGUE, 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, confermata dalla più recente CGUE, 11 settembre 2014, C-112/13, *A. c. B. et al.*, la Corte ha riaffermato che il giudice nazionale deve sempre essere libero, a prescindere da ogni eventuale procedura di controllo di costituzionalità, di adire la Corte stessa per far accertare l’interpretazione o la validità della norma interna. In particolare, «l’art. 267 TFUE non osta a [una] normativa nazionale [che instaura un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale delle leggi nazionali], purché gli altri organi giurisdizionali nazionali restino liberi: – di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria, – di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione, e – di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell’Unione» (*Melki*, punto 57). La sentenza *A c. B. et al.* ha confermato, anche alla luce della pronuncia *Fransson*, che ciò vale *anche* per i diritti fondamentali e *anche* qualora il livello di tutela apprestato dallo Stato membro al medesimo diritto coincida con quello previsto dalla CDFUE.

⁷³ CGUE, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, sulla quale, fra gli altri, DE AMICIS, *All’incrocio tra diritti fondamentali, mandato d’arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di giustizia e il “caso Melloni”*, in *penalecontemporaneo.it*, 7 giugno 2013.

⁷⁴ Punto 56, corsivo aggiunto.

⁷⁵ Punto 58.

⁷⁶ Punto 59.

⁷⁷ L’atto di riferimento è in particolare la decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, «che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell’interessato al processo», in GUUE L 81 del 27 marzo 2009.

riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per la stessa effettività di quello strumento normativo»⁷⁸.

L'iter argomentativo della sentenza *Melloni* è stato da più parti criticato⁷⁹, per l'impostazione monista ed efficientista, per la "brutalità" dell'esito argomentativo, per l'omessa analisi di taluni profili, uno fra tutti la possibilità di bilanciare entro certi limiti la *primauté* nella prospettiva di un sistema realmente "intercostituzionale"⁸⁰. L'affermazione della Corte è tuttavia chiara⁸¹: la tutela dei diritti fondamentali approntata da fonti che non siano la CDFUE non può pregiudicare l'attuazione del diritto dell'Unione.

⁷⁸ DE AMICIS, *All'incrocio*, cit., p. 12. La sentenza si limita a frapporre all'applicazione del livello di tutela costituzionale del diritto fondamentale la sola esigenza efficientista, senza motivare oltre. In dottrina, poi, e nella *Relazione annuale 2013* della Corte di giustizia (1 gennaio 2014), si è completato il ragionamento, osservando che «permettere ad uno Stato membro di valersi dell'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali per subordinare la consegna di una persona ad una condizione non prevista dalla decisione quadro, comporterebbe, *rimettendo in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito da quest'ultima*, una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per la sua effettività» (così la citata *Relazione*, p. 17 s., corsivo aggiunto). L'effettività della decisione quadro non sarebbe quindi un bene in sé ma mirerebbe a garantire un determinato assetto di diritti fondamentali, tramutando il ragionamento oppositivo della Corte in un'operazione di bilanciamento tra modelli di tutela dei diritti fondamentali.

⁷⁹ Per tutti cfr. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in *diritticomparati.it*, 2 aprile 2013; ma anche lo stesso DE AMICIS, *All'incrocio*, cit., pp. 21 ss..

⁸⁰ L'espressione è di RUGGERI, *op. ult. cit.*. Per critiche più radicali, secondo le quali «the ECJ turned the wording and rationale of article 53 CFR completely on its head», cfr. MORIJN, *Akerberg and Melloni: what the ECJ said, did and may have left open*, in *eutopialaw.com*, 14 marzo 2013. Per una nota "replica giurisprudenziale" vedasi BVerG, 24 aprile 2013, n. 1215/07, nella quale, rispetto alla portata dell'art. 51, par. 1, CDFUE, «the BvG specified [that it] cannot operate when the domestic measure relates to the 'purely abstract scope of EU law' nor when it has a 'merely de facto' impact on it» (FONTANELLI, *Anti-terror Database, the German Constitutional Court reaction to Åkerberg Fransson – From the spring/summer 2013 Solange collection: reverse consistent interpretation*, in *diritticomparati.it*, 3 maggio 2013). Per l'atteggiamento, assai più morbido, del Tribunal Constitucional spagnolo nella sentenza che decide nel diritto interno la vicenda Melloni, cfr. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014.

⁸¹ «Più chiari di così si muore, potremmo dire», commenta VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento*, cit., par. 3.

2.1.3 Le tipologie di atti di diritto derivato.

Nei limiti di quanto necessario al presente lavoro è opportuno enumerare ora le caratteristiche degli atti di diritto derivato che si sono a suo tempo definiti come tipici, legislativi e vincolanti.

Vengono in particolare rilievo i regolamenti e le direttive, entrambi previsti e regolati dall'art. 288 TFUE. I primi sono atti aventi portata generale, obbligatori in tutti i loro elementi e direttamente applicabili in tutti gli Stati membri. Le seconde, viceversa, vincolano gli Stati membri destinatari⁸² quanto al risultato da raggiungere lasciando libere le autorità nazionali quanto alla scelta delle forme e dei mezzi, e sono del pari obbligatorie in tutti i loro elementi.

L'obbligatorietà altro non è se non la cogenza dell'atto rispetto ai suoi destinatari, con il risultato che gli Stati (per quanto riguarda le direttive) e gli individui (per entrambe le tipologie di atti) sono giuridicamente tenuti ad ottemperarvi e non possono sottrarsi alla loro attuazione ed esecuzione.

Più complesso è illustrare *il requisito della diretta applicabilità* e distinguerlo, se possibile⁸³, dalla *diretta efficacia*.

La coppia oppositiva "diretto-indiretto"⁸⁴ riferita agli effetti di un atto o di una norma indica la necessità o meno della mediazione⁸⁵ di una ulteriore norma (interna) affinché la norma originaria raggiunga i suoi fini: relazionare tale necessità di mediazione ad uno scopo è fondamentale nell'operare distinzioni tra i diversi regimi giuridici applicabili a una medesima fonte in relazione però a differenti sue finalità e/o a differenti suoi destinatari.

È così che si possono delineare le due nozioni sopra ricordate:

- la *diretta applicabilità* è nozione relativa all'*atto*, con la quale si evidenzia il fatto che esso entri in vigore nell'ordinamento interno per il solo fatto di essere entrato in vigore in un altro

⁸² Le direttive possono essere rivolte anche solo a uno o ad alcuni Stati membri, ma in tal caso non posseggono carattere legislativo e non vengono pertanto in rilievo ai nostri fini.

⁸³ TESAURO, *Diritto*, cit., p. 166, avverte infatti come «la distinzione non trova un reale riscontro nella giurisprudenza, che spesso utilizza indifferentemente le due espressioni» e che in definitiva «si tratta di intendersi sulla sostanza, ... sì che diventa secondario identificare [la posizione di soggezione dell'individuo rispetto alla norma comunitaria] con questa o quella denominazione della norma: *self-executing*, direttamente applicabile, autoapplicativa, direttamente efficace o provvista di effetto diretto[, essendo] più rilevante ... individuare le conseguenze che ciascun ordinamento giuridico trae dalla caratteristica in questione». Con questo *caveat* in mente, quanto segue intende far luce sui concetti e non imporre questa o quella denominazione agli stessi.

⁸⁴ Un lessico alternativo è impiegato in BRUNELLI, «*Che fare?*» *Il giudice ordinario di fronte alle antinomie tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Studium Iuris*, 2004, p. 185 ss.

⁸⁵ Sull'uso di questo termine vedi anche EPIDENDIO, *Diritto*, cit., p. 75, nota 44.

ordinamento, quello appunto europeo, senza necessità che sia un'ulteriore disposizione a stabilirne, appunto, il vigore; tale carattere dell'atto discende dalla qualificazione che di esso è fatta dalle fonti superiori (i Trattati);

- la *diretta efficacia* è invece una nozione relativa alla *norma* contenuta nell'atto, per cui solo in questo caso i soggetti dell'ordinamento interno possono azionare le situazioni giuridiche attive o passive che ne derivano; tale eventualità è determinata dalla struttura intrinseca della norma, che dev'essere sufficientemente precisa, chiara e incondizionata.

Risulta pertanto evidente che le due nozioni di diretta efficacia e di diretta applicabilità non siano né alternative né sovrapponibili, ma che si possano liberamente intersecare, avendosi ad esempio atti direttamente applicabili ma non direttamente efficaci (i c.d. regolamenti quadro) oppure viceversa atti non direttamente applicabili ma direttamente efficaci (le direttive c.d. particolareggiate).

Importante notare una conseguenza di questo discorso: la diretta applicabilità impedisce l'adozione di un atto interno di recepimento o di adattamento, poiché esso verrebbe ad essere "duplicativo" e "inutile", ma soprattutto poiché tenderebbe a sottrarre l'atto alla competenza della Corte di giustizia, risultando in realtà addirittura abnorme.

Si distingue poi un'efficacia diretta verticale o orizzontale, a seconda che la norma sia azionabile (sinonimo di "direttamente efficace") dal singolo nei suoi rapporti verso lo Stato⁸⁶ o viceversa *anche* nei rapporti tra privati (e quindi di riflesso anche dallo Stato nei confronti del singolo). Una particolare situazione, inerente alla nostra materia, è quella delle direttive aventi ad oggetto norme penali, direttive che per quanto precise non possono «avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una legge emanata per la [loro] attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale»⁸⁷ dei singoli, avendosi in tal caso un mero effetto verticale "ascendente".

Alla luce di quanto sopra, pertanto:

- i regolamenti hanno ovviamente diretta efficacia (salvo il caso dei cd. regolamenti quadro, già cennato *supra*) e diretta applicabilità, quest'ultima comportante tra l'altro il divieto di riproduzione in atti interni (anche qui si rimanda a *supra*);

⁸⁶ Più precisamente tra singolo e ente dotato di supremazia su di esso, in particolare di una supremazia a base non volontaria ma coatta (non quindi le associazioni nei confronti degli associati, ma sicuramente le Regioni e gli altri enti territoriali).

⁸⁷ CGCE, 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, in massima. Da ultimo, in un cospicuo filone pretorio, la nota e discussa sentenza CGUE, Grande Sezione, 3 maggio 2005, C-387/02 e riunite, *Berlusconi*, sulla cui vicenda cfr. *amplius* i contributi raccolti nel volume BIN, BRUNELLI, PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005.

- le direttive hanno generali effetti diretti verticali, dalla scadenza del termine per l'adempimento, nei casi (già citati in precedenza) in cui abbiano ad oggetto obblighi di *non facere*, siano meramente riproduttive di obblighi posti dai Trattati o siano chiare, precise e incondizionate; la Corte di giustizia non riconosce invece alcun effetto orizzontale, mentre ha statuito che le direttive fondano obblighi di interpretazione conforme anche in senso "orizzontale" (cioè tra privati) a patto di non creare autonomamente obblighi in capo a questi.

Più specificamente, *la circostanza per quale, più in generale, una direttiva posseda o non posseda effetto diretto* è legata, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, al contenuto precettivo del principio di leale collaborazione letto in uno con la dottrina dell'effetto utile: ogni qual volta a un obbligo gravante sullo Stato membro (e.g. l'obbligo di cui all'art. 288 TFUE di dare piena e integrale esecuzione agli obblighi, di risultato, contenuti in una direttiva entro il suo termine di attuazione) corrisponde un diritto del singolo, se questo diritto è determinato in maniera chiara, precisa e incondizionata, «la portata dell'obbligazione imposta allo Stato [di attuarlo] sarebbe ridotta se i singoli non potessero far valere l'efficacia e i giudici nazionali non potessero prenderla in considerazione»⁸⁸. Lo Stato membro non può dunque "trincerarsi" dietro il proprio inadempimento per precludere al singolo l'esercizio di un diritto che gli è attribuito come contropartita di un obbligo statale.

Da tale considerazione nasce la giurisprudenza sull'effetto diretto delle direttive, sia per i casi in cui esso è affermato⁸⁹ sia in quelli in cui è negato perché al diritto del singolo non corrisponde (solo) l'obbligo per lo Stato di dare attuazione ma (anche) un correlativo obbligo per un altro singolo: è il caso delle note pronunce *Faccini Dori*⁹⁰ e *Francovich*⁹¹, nelle quali la Corte ha rifiutato l'idea che la teoria dell'effetto diretto possa condurre a mutare la natura delle norme contenute in una direttiva attribuendogli surrettiziamente diretta applicazione, e ha affermato l'obbligo risarcitorio dello Stato inadempiente verso il singolo che, a causa dell'inadempimento, abbia subito un danno.

È evidente pertanto che una direttiva penale non potrà *mai* avere effetto diretto nella misura in cui prevede *sempre* un obbligo in capo al singolo, l'obbligo di astenersi dal tenere il comportamento penalmente sanzionato.

⁸⁸ TESAURO, *Diritto*, cit., 173.

⁸⁹ Tra tutte, CGCE, 4 dicembre 1974, C-41/74, *Van Duyn*.

⁹⁰ CGCE, 14 luglio 1994, C-91/92.

⁹¹ CGCE, 9 novembre 1995, C-479/93.

2.2 I procedimenti decisionali.

Scopo del presente paragrafo è dare conto di quali siano e quali caratteristiche abbiano le principali procedure legislative previste nei Trattati, al fine di comprendere quale sia oggi il ruolo delle istituzioni, e in particolare dell'assemblea legislativa europea, nel processo decisionale che conduce all'assunzione delle scelte politiche e alla loro trasfusione in atti giuridici vincolanti.

Gli atti legislativi, come già osservato, sono tali perché approvati secondo procedura legislativa (art. 289, par. 3 TFUE). A sua volta la procedura legislativa può essere ordinaria o speciale (art. 289, parr. 1 e 2, TFUE).

Mentre la procedura ordinaria è dettagliatamente descritta dall'art. 294 TFUE, le procedure speciali sono molteplici e la loro articolazione è contenuta nella singole, e spesso assai più sintetiche, disposizioni che le istituiscono.

Ogni procedura, legislativa o non, individua *i soggetti titolari dell'iniziativa*. A mente dell'art. 289, par. 1, TFUE, nella procedura legislativa ordinaria il monopolio dell'iniziativa è detenuto dalla Commissione, con l'unica eccezione, prevista proprio per il settore dello SLSG dall'art. 76 TFUE, il quale così statuisce: «Gli atti di cui ai capi 4 e 5 ... sono adottati: a) su proposta della Commissione, oppure b) su iniziativa di un quarto degli Stati membri».

La procedura legislativa ordinaria è erede del precedente meccanismo di "codecisione", che ha rappresentato una conquista storica⁹² in riferimento alla piena partecipazione decisionale del Parlamento europeo seppur limitatamente ad alcuni settori. Con il Trattato di Lisbona, la procedura di codecisione diviene procedura legislativa ordinaria, ed è pertanto applicabile a tutti i casi in cui non è prevista una procedura speciale⁹³.

⁹² Il primo riferimento in proposito è costituito dalla sentenza *Maizena* (CGCE, 29 ottobre 1980, C-139/79), in particolare il punto 34: «La consultazione ..., è lo strumento che consente al Parlamento l'effettiva partecipazione al processo legislativo della Comunità. Questo potere costituisce un elemento essenziale dell'equilibrio istituzionale voluto dal Trattato. Esso riflette, sia pure limitatamente, sul piano della Comunità, un fondamentale principio della democrazia, secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa. La regolare consultazione del Parlamento nei casi previsti dal Trattato è quindi una formalità sostanziale, la cui inosservanza implica la nullità dell'atto considerato».

⁹³ Per un'elencazione degli ambiti materiali nei quali è oggi applicabile la procedura legislativa ordinaria cfr. TESAURO, *Diritto*, cit., p. 66. SIMONCINI, *Il limiti del coinvolgimento del Parlamento europeo nei processi di decisione normativa*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 5/2009, p. 1125, nt. 22, riferisce che trattasi di «circa il 95% delle materie».

La procedura legislativa ordinaria è articolata, ai sensi dell'art. 294 TFUE, in tre fasi, denominate "letture", nelle quali il Parlamento delibera normalmente a maggioranza dei voti espressi e il Consiglio a maggioranza qualificata⁹⁴

Schematizzando. La proposta della Commissione⁹⁵ viene trasmessa a Parlamento e Consiglio, il Parlamento adotta una posizione e la trasmette al Consiglio: se questo la approva, l'atto è adottato nella formulazione espressa dal Parlamento e la procedura si conclude in prima lettura.

Il Consiglio può invece non condividere la posizione del Parlamento, e deve in tal caso adottare una propria posizione, che viene trasmessa al Parlamento, il quale, entro tre mesi, può tenere tre comportamenti distinti: a) approvare la posizione del Consiglio, e l'atto viene in tali forme adottato; b) respingere senz'altro la posizione del Consiglio, cagionando l'interruzione della procedura; c) proporre emendamenti alla posizione del Consiglio, ritrasmettendogli l'atto e concludendo così la seconda lettura.

Si apre a questo punto una duplice possibilità: il Consiglio, sempre entro ulteriori tre mesi, può aderire agli emendamenti del Parlamento e adottare l'atto, oppure deve, d'intesa con il Parlamento, convocare un Comitato di conciliazione a rappresentanza paritetica. Il Comitato ha il compito, coadiuvato da rappresentanti della Commissione, di mediare tra le posizioni e giungere a un progetto comune. Il Comitato lavora con tempi contingentati: sei settimane per la sua costituzione, sei settimane per raggiungere l'accordo, in mancanza del quale la procedura si interrompe.

Se il Comitato adotta un progetto comune, lo trasmette al Parlamento e al Consiglio, i quali dispongono di ulteriori sei settimane per approvare, in terza lettura, il progetto. In mancanza della congiunta approvazione delle due istituzioni, l'iter legislativo si interrompe.

Le procedure speciali, viceversa, non sono univocamente descrivibili ma si caratterizzano, in gran parte per un ruolo marginale del Parlamento, il quale non partecipa alla stesura del testo ma né può solo recepire l'esito finale con parere vincolante (procedimento di "approvazione") o non vincolante (procedimento di "consultazione"). In tali procedure il Consiglio delibera solitamente

⁹⁴ Il tema della determinazione della maggioranza qualificata in Consiglio è assai complesso, e risente oggi della sovrapposizione di tre regimi differenti: quello in vigore ante-Lisbona, quello previsto dal Trattato e quello transitorio di cui all'art. 3 del già citato Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie: la novità di rilievo è che scompare la previsione di un sistema di ponderazione dei voti, e la soglia di maggioranza resta determinata solamente dal criterio capitaro (uno Stato – un voto) e da quello demografico (fissato in misura percentuale). Evidente è quindi la transizione verso una maggiore parità tra gli Stati membri, il cui peso si differenzia essenzialmente in base ad un criterio demografico, e quindi – deve osservarsi – pienamente democratico. Tale osservazione sarà utile in seguito (cfr. in particolare par. 4.2.1.4).

⁹⁵ O, come si è visto per i settori di cooperazione penale e di polizia, di un quarto degli Stati membri.

all'unanimità, ciò che spiega la facoltà concessa a ciascun Parlamento nazionale dall'art. 48, par. 7, TUE, di opporre veto al transito di una materia dalla procedura speciale a quella ordinaria tramite la già richiamata "clausola passerella" ivi prevista⁹⁶.

La procedura legislativa ordinaria è stata tacciata di «evidente complessità e farraginosità»⁹⁷, e discussa ne è la conformità ai principi procedurali tipici dei modelli di democrazia rappresentativa accolti come democratici tra gli Stati membri. Altri, invece, individuano il Parlamento come l'istituzione forte del processo decisionale.

Rimandando ai molteplici interventi della dottrina in materia⁹⁸, negli spazi del presente lavoro è *invece utile indicare alcuni punti fermi dell'analisi*⁹⁹, premettendo che essa deve essere suddivisa in due momenti distinti: la prima domanda cui cercare di fornire risposta è del tutto interna all'ordinamento europeo, e inerisce la reale dinamica delle procedure decisionali; la seconda questione, che può affrontarsi solo dopo aver chiarito la prima, inerisce invece il reale coefficiente di democraticità di tali procedure.

Quanto alla prima questione, in particolare, l'approccio può essere differenziato: si può muovere da considerazioni puramente normative e limitarsi ai termini con i quali i Trattati attribuiscono poteri e facoltà procedimentali alle diverse istituzioni oppure si può accettare di addentrarsi nelle dinamiche più eminentemente "costituzionali" dell'ordinamento europeo e indagarne le prassi.

Seguono alcune osservazioni in proposito:

- *il Parlamento è privo di iniziativa legislativa*, poiché per gli atti legislativi essa spetta esclusivamente alla Commissione, e, nello SLSG, a un quarto degli Stati membri. Tale potere è

⁹⁶ Tra le procedure non legislative merita menzione quella preordinata all'approvazione del bilancio (art. 314 TFUE): essa, infatti, è strutturata su un modello a fasi che può essere in prima approssimazione accostato alla procedura legislativa ordinaria, con varie differenze tra le quali è interessante ricordare che in terza lettura, dopo cioè l'intervento di un organo assimilabile al Comitato di conciliazione, il Parlamento può approvare il progetto bilancio (o le sue singole poste) nella versione proposta dal Comitato anche *contro* il parere del Consiglio, purché deliberi con la maggioranza qualificata «dei membri che lo compongono e dei tre quinti dei voti espressi» (art. 314, par. 7, lett. d)). Considerato che trattasi del bilancio, è evidente la potenziale influenza di tale potere sugli orientamenti dell'attività legislativa dell'esercizio seguente.

⁹⁷ CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2009, p.543.

⁹⁸ Si vedano per tutti le due opere di Cupelli e Simoncini citate nelle note precedenti, nonché Grandi, *Processo*, cit., e Id., *Le «qualità» della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in GRASSO, PICOTTI, SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale dei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 371 ss..

⁹⁹ La quale, investendo il tasso di democraticità delle scelte (anche) di penalizzazione, presenta evidenti ricadute sulle dinamiche del principio di legalità. Pertanto, si forniranno qui solo le coordinate del dibattito, che si approfondiranno *infra* nella sede appositamente dedicata (par. 4.2).

considerato «l'unico espressivo della capacità di ponderazione di valori ed interessi meritevoli di tutela e di regolamentazione a livello primario»¹⁰⁰. L'apporto del Parlamento in fase pre-legislativa sarebbe limitato a una considerazione poco più che fattuale, ossia che la Commissione sarebbe "costretta" a tener conto delle istanze politiche provenienti dal Parlamento per avere maggiori probabilità che le proprie proposte vengano effettivamente recepite. In realtà, tuttavia, esiste anche uno strumento istituzionale¹⁰¹, previsto all'art. 225 TFUE, che dota il Parlamento di un potere di "iniziativa dell'iniziativa": esso, infatti, «a maggioranza dei membri che lo compongono, ...può chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati. Se la Commissione non presenta una proposta, essa ne comunica le motivazioni al Parlamento europeo». La dottrina è divisa sulla lettura di questo strumento, tra chi lo ritiene un importante potere di influenza politica a chi lo taccia di inadeguatezza rispetto al modello parlamentare classico. Certo è che «il potere di promozione dell'iniziativa ... è stato ... scarsamente utilizzato dal Parlamento»¹⁰².

- in conseguenza della *compartecipazione del Consiglio nel procedimento decisionale*, il relativo potere sarebbe ancora in (gran) parte appannaggio di un soggetto sostanzialmente espressione del potere esecutivo degli Stati membri, mentre un reale approccio democratico dovrebbe escludere radicalmente dalle decisioni qualunque organo privo di legittimazione popolare. Al di là della problematica applicazione di tale intransigente prospettiva alla maggior parte dei sistemi nazionali nell'attuale temperie di accentramento decisionale nelle mani degli organi esecutivi, deve osservarsi che il ruolo del Consiglio, specialmente alla luce delle recenti modificazioni ai criteri di computo della maggioranza qualificata¹⁰³, appare a una parte della dottrina sempre più simile a un classico organo di rappresentanza delle autonomie locali nel modello di stato federale¹⁰⁴. Che Parlamento e Consiglio si concepiscano sempre più come due

¹⁰⁰ CUPELLI, *Il Parlamento europeo*, cit., p. 544.

¹⁰¹ Segnalato da SIMONCINI, *I limiti*, cit., p. 1127.

¹⁰² SIMONCINI, *I limiti*, cit., p. 1128, la quale, a nt. 37, indica in undici il numero di iniziative in tal senso da Maastricht ad oggi. Il dato, tuttavia, non è dirimente: come si vedrà, infatti, le istituzioni hanno elaborato nel tempo una fitta prassi di sedi informali di negoziato, e non stupirebbe scoprire che l'istituto in rassegna sia utilizzato solo come strumento di pressione nei casi di maggiore divergenza. Peraltro, come si vedrà subito *infra*, il Trattato di Lisbona pare configurare un rapporto di fiducia *sui generis* tra Parlamento e Commissione, la quale quindi potrebbe realmente essere chiamata a rispondere politicamente della propria inazione.

¹⁰³ Cfr. *supra*, in questo capitolo, nt. 94.

¹⁰⁴ «La maggioranza qualificata dovrebbe riflettere l'immagine del Consiglio come «both a federal organ in the UE (representing the Member States) and – besides the Parliament – an important representative of the citizens»»,

“camere” di un abbozzato sistema federale è fatto evidente dall’importante diminuzione dei contrasti istituzionali e nel contestuale attestarsi di un efficiente approccio cooperativo¹⁰⁵.

- altro profilo di critica è *l’asserita assenza di dibattito democratico* interno all’organo parlamentare, in ragione delle dinamiche prima elettorali e poi partitiche che caratterizzano il Parlamento europeo. A tale critica si connette un’altra serie di considerazioni sull’asserita assenza di una sfera pubblica dell’Unione, dove le decisioni, in specie quelle di criminalizzazione e meritevolezza di pena, siano prima maturate per poi essere elaborate nelle competenti sedi, o, ancora, sull’inesistenza di un vero e proprio “popolo europeo”. Taluno osserva però che l’assenza di dinamiche ideologicamente conflittuali tra le diverse formazioni parlamentari potrebbe invece giovare a una migliore ponderazione delle scelte assunte.

- parzialmente connesso al precedente è il rilievo concernente *l’inesistenza di una responsabilità politica* tanto del Parlamento quanto del Consiglio, il primo in ragione della segnalata assenza di un “popolo europeo” dal quale ricevere approvazione o disapprovazione nel successivo confronto elettorale¹⁰⁶, il secondo perché la sua legittimazione democratica sarebbe grandemente sminuita dalla duplice mediazione, rispetto all’elettorato di riferimento, operata dal Parlamento nazionale (che fiducia il Governo) e dal Governo (che nomina il proprio rappresentante nell’istituzione europea). Ciò condurrebbe a un rilevante rischio di irresponsabilità del legislatore, e di connessa «entropia democratica»¹⁰⁷.

- da ultimo deve essere segnalata una prassi che si è da tempo attestata tra le istituzioni, quella dei c.d. “triloghi”, «incontri informali preparatori del vero e proprio comitato di conciliazione»¹⁰⁸ che sono poi divenuti abituali per risolvere contrasti di vedute tra Parlamento e Consiglio già all’esito della prima lettura. Tali incontri, che si svolgono ovviamente a porte chiuse e senza verbalizzazione, consentono alle istituzioni di usufruire di una maggiore libertà di negoziazione e rappresentano pertanto uno strumento molto efficace per il raggiungimento del

così SIMONCINI, *I limiti*, cit., p. 1129, richiamando un passo di PETERS, *European democracy after the 2003 Convention*, in *Common market law review*, 2004, 58.

¹⁰⁵ SIMONCINI, *I limiti*, cit., p. 1130, richiama interessanti statistiche sulla conclusione dei procedimenti legislativi in prima, seconda o terza lettura dall’entrata in vigore della procedura di codecisione al 2007: sia i valori assoluti che le relative percentuali confermano un importante incremento delle definizioni in prima lettura, un raro impiego della conciliazione procedimentale e una radicale irrilevanza delle ipotesi di mancato accordo.

¹⁰⁶ La necessità di una riforma del sistema elettorale europeo è evidenziata da molte voci in dottrina. In effetti, esso si fonda su parametri elaborati diversi decenni addietro e non è ancora in grado di esprimere una “legge elettorale europea” unitaria. Quanto poi la legge elettorale influenzi il sistema partitico e la sua espressione parlamentare è conclusione pacifica nella dottrina costituzionalistica.

¹⁰⁷ CUPELLI, *Il Parlamento europeo*, cit., p. 546.

¹⁰⁸ SIMONCINI, *I limiti*, cit., p. 1131.

consenso. Quale sia il “costo democratico” di tale qualità è tuttavia evidente: il Parlamento interviene solo a posteriori, ratificando la posizione del proprio rappresentante nel trilogò senza aver avuto reali possibilità di influenzarla, perlomeno in corso di negoziato, e senza che vi sia stata una seria dialettica politica. Le istituzioni, per contro, celebrano¹⁰⁹ e difendono¹¹⁰ apertamente tale prassi. Ci si domanda pertanto se non sia il caso di istituzionalizzarla, al fine di prevedere delle forme di controllo democratico procedimentalizzate.

Ben si comprende che le osservazioni sinora svolte costituiscano terreno di contesa nel mai sopito dibattito circa la legittimazione democratica dell’Unione in campo penale. In tale dibattito, come noto, ha preso parte critica anche la Corte costituzionale tedesca nella nota sentenza *Lissabon-Urteil* del 30 giugno 2009, ponendo «alla legittimazione democratica fornita dal Parlamento europeo ... delle condizioni che neppure gli Stati federali riescono a soddisfare»¹¹¹, specialmente in quello che risulta essere l’argomento focale della pronuncia, ossia l’eguaglianza del voto¹¹², ma anche ad esempio per quanto concerne la carenza di un’opinione pubblica efficiente rispetto al processo decisionale¹¹³.

Tutti questi temi saranno più compiutamente sviluppati nel paragrafo 4.2.1.

¹⁰⁹ Cfr. le dichiarazioni pubbliche richiamate in SIMONCINI, *I limiti*, cit., p. 1133.

¹¹⁰ CGUE, 10 gennaio 2006, C-344/04, *IATA e ELFAA*, in particolare punto 58.

¹¹¹ Böse, *La sentenza*, cit., p. 285.

¹¹² BVerG, sentenza citata, particolarmente punti 284 ss..

¹¹³ BVerG, sentenza citata, punti 250 ss

2.3 L'interpretazione conforme.

Le norme di diritto dell'Unione, primario o derivato, posseggono un'influenza sui sistemi giuridici nazionali che va al di là delle questioni inerenti la loro efficacia sulle posizioni giuridiche dei singoli e coinvolge in maniera più estesa l'attività giurisdizionale che è servente alla loro attuazione: ci si riferisce al fatto che il diritto dell'Unione assurge, per le ragioni che si vedranno subito *infra*, a *parametro ermeneutico del diritto nazionale*.

Alla «crescente importanza assunta in questi ultimi anni da questa tecnica ermeneutica nel campo del diritto così come della procedura penale»¹¹⁴ sono dedicati diversi contributi¹¹⁵. L'intento di questo paragrafo è tuttavia solamente quello di tratteggiare i caratteri essenziali del fenomeno per consentire poi, nell'opportuna sede, un discorso circa i suoi limiti con speciale riguardo ai dettami del principio di legalità.

Innanzitutto, è nozione comune che per interpretazione conforme si intenda l'obbligo per il giudice di selezionare quella o quelle letture di una disposizione normativa che consentano l'estrazione dalla stessa di una o più norme che risultino compatibili con un determinato sistema cui l'attività ermeneutica è, appunto, tenuta a conformarsi. A differenza dell'interpretazione sistematica, tuttavia, il sistema rispetto al quale la compatibilità va ricercata non è quello di origine della disposizione ma uno diverso, tanto da far assurgere a criterio distintivo dell'interpretazione conforme proprio l'elemento della c.d. "intertestualità giuridica"¹¹⁶.

Presupposti per l'interpretazione conforme sono pertanto 1) che vi sia un obbligo in tal senso¹¹⁷, e 2) che tale opzione si mantenga nei confini dell'attività ermeneutica, ovvero che la

¹¹⁴ VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in CORSO, ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Milano, 2010, p. 617

¹¹⁵ Operando un'arbitraria selezione già nel campo della scienza penale si segnalano, fra gli altri e oltre ai già citati VIGANÒ, *Il giudice penale*, cit., pp. 617 ss.; e SCODITTI, *Il giudice comune*, cit., pp. 42 ss.; BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2013, pp. 230 ss.; MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 1/2012, pp. 29 ss., pubblicato anche in *penalecontemporaneo.it*, 9 luglio 2012; GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. pen.*, 1/2012, pp. 73 ss., pubblicato anche in *penalecontemporaneo.it*, 9 luglio 2012, EPIDENDIO, *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2012, pp. 26 ss.

¹¹⁶ Il raffronto deve cioè riguardare norme che appartengono a "macrotesti" diversi, intendendosi per "macrotesti" dei sistemi giuridici caratterizzati da coerenza, coesione e chiusura («insiemi di uno o più enunciati in cui la rete terminologica e concettuale e il sistema di vincoli tra i termini e i concetti medesimi non sia la stessa in ciascun insieme», così EPIDENDIO, *Riflessioni*, cit., p. 28); se invece il raffronto è tra norme che appartengono allo stesso sistema, si è allora in presenza di un'operazione di interpretazione sistematica.

¹¹⁷ BERNARDI, *Interpretazione*, cit., p. 234, nt. 33, ne afferma il «carattere marcatamente gerarchico... di chiara matrice kelseniana». EPIDENDIO, *Riflessioni*, cit., p. 30 s., richiede la sussistenza di «solo una qualche forma di subordinazione (assiologica o di altro tipo), anche locale o temporanea (valida, cioè, solo nel contesto in cui si effettua

norma conforme possa essere correttamente desunta dalla disposizione oggetto di interpretazione e che non costituisca invece un *quid novi* rispetto a quest'ultima.

Per quanto riguarda il diritto dell'Unione, l'obbligo di interpretazione conforme nasce nella giurisprudenza comunitaria¹¹⁸ sul presupposto che gli obblighi assunti dagli Stati membri nell'ambito dei Trattati abbiano come destinatarie tutte le loro articolazioni interne. L'approccio è analogo a quello che si è visto fondare l'effetto diretto delle direttive, ma l'ambito applicativo è assai più esteso, e anzi tende – nella prospettiva di politica giudiziaria sottesa al ragionamento – a colmare quanto possibile la carenza di tutela che subiscono i singoli nei casi in cui il diritto dell'Unione, non direttamente applicabile, non abbia neppure effetto diretto perché la disposizione (di diritto dell'Unione) non si palesi chiara e precisa oppure perché il rapporto dedotto in giudizio è di tipo orizzontale e non verticale¹¹⁹, realizzandosi così un «effetto orizzontale indiretto delle direttive, [i cui] risultati pratici ... non sono molto diversi da quelli che si realizzerebbero con l'affermazione pura e semplice dell'effetto diretto»¹²⁰. Tale obbligo, in corrispondenza alla generalità del principio di leale cooperazione dal quale deriva, è pertanto esteso indistintamente a tutto l'ordinamento interno. Non concerne viceversa allo stesso modo l'intero ordinamento dell'Unione ma solo quelle norme che non siano dotate di effetto diretto¹²¹ e per le quali pertanto si possa profilare un rapporto con una o più norme interne volte a regolare la medesima fattispecie concreta.

Quanto alle *modalità pratiche* con cui l'interprete debba ottemperare a tale obbligo, due sono i parametri fondamentali, oltre alla già citata avvertenza che di interpretazione si tratta e non

l'interpretazione), che consenta di stabilire come una disposizione ... controlli le operazioni di attribuzione di significato ad altre disposizioni».

¹¹⁸ Ad es., CGCE, 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing*.

¹¹⁹ Cfr. il dispositivo della già citata *Faccini Dori*.

¹²⁰ TESAURO, *Diritto*, cit., p. 184.

¹²¹ Con questo non si intende ovviamente affermare che le norme direttamente applicabili non possano essere assunte a parametro di un'operazione di interpretazione conforme, anzi! Si intende invece osservare come esse siano in grado di produrre effetti di per sé e indipendentemente da qualsiasi norma interna, mentre quelle che non lo siano si trovano strutturalmente a doversi rapportare con le relative norme nazionali. In più, l'obbligo di interpretazione conforme è prodromico alla posizione di questione di costituzionalità avente ad oggetto la norma interna contrastante con una norma non *self-executing*, mentre per le norme autoapplicative il problema non si pone nemmeno, poiché - come visto - la norme di diretta applicazione non tollera la coesistenza di norme interne nemmeno se omogenee e compatibili. Cfr. sul punto SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 241.

di creazione, e che pertanto la norma conforme che si mira a estrarre deve pur sempre derivare da una corretta analisi della disposizione di provenienza¹²².

Primo caposaldo dell'attività di interpretazione conforme è la retta considerazione della norma sovranazionale che funge da parametro: essa è e resta vigente nel proprio ordinamento di provenienza, e si interpreta quindi alla stregua dei canoni propri di tale ordinamento. Per quanto concerne l'ordinamento europeo, si è già illustrata ampiamente la rilevanza storico-sistemica del principio funzionalista, che si riverbera anche in questa sede *sub specie* di predilezione per canoni teleologici ed evolutivi rispetto ai più tradizionali vincoli testuali.

Per tali ragioni, in tale attività non può non venire in luce l'attività ermeneutica della Corte di giustizia, la quale possiede – nel sistema europeo – un ruolo non già di mera giurisdizione ma di avanzata nomofilachia¹²³, ritenendosi ormai pacifico¹²⁴ che le sue pronunce siano vincolanti non solo per il giudice della causa *a quo* o per il suo Stato di appartenenza bensì per tutti gli attori del diritto di qualunque Paese membro: le norme di diritto europeo vivono pertanto nell'interpretazione che ne faccia o ne abbia fatto la Corte.

A questo punto deve farsi cenno a *quali interferenze l'obbligo di interpretazione conforme possa condurre con taluni principi di diritto* propri degli ordinamenti nazionali, ermeneutici e costituzionali.

Quanto ai primi, la dottrina ha esplorato i rapporti tra l'obbligo di interpretazione conforme e i canoni di interpretazione letterale, sistematica, storica, teleologica. È utile richiamare le conclusioni in proposito come sintetizzate dalla dottrina poc'anzi citata¹²⁵.

Peculiare è innanzitutto il rapporto con il canone di interpretazione letterale: si è infatti già rilevato come l'interpretazione conforme sia e debba comunque restare un canone *ermeneutico*, e

¹²² L'attività di interpretazione conforme è intrinsecamente condizionata dai caratteri di tale analisi e dai presupposti sui quali essa si fonda: come evidenziato nell'illuminante lavoro di EPIDENDIO, *Riflessioni*, cit., particolarmente pp. 31 ss., essa è profondamente condizionata dalla concezione di "interpretazione" che l'interprete stesso faccia propria, conducendosi a risultati assai diversi.

¹²³ La presenza di un «interpretante istituzionale» (così EPIDENDIO, *Riflessioni*, cit., p.28) non fa che aggiungere un termine alla relazione tra soggetto interprete e disposizione interpretata, con la conseguenza che anche l'«interpretante [è] come tale a sua volta soggetto a interpretazione e, quindi, ad una attività in qualche misura decisionale e creativa» (*ivi*, p. 32).

¹²⁴ Cfr. ad es. C. cost. n. 113/85.

¹²⁵ VIGANÒ, *Il giudice penale*, cit., in particolare par. 4, *passim*, cui si riferiscono tutte le citazioni che seguono, salvo ove diversamente indicato. Cfr. anche il sintetico schema proposto da SATZGER, *International*, cit., p. 99 s.

pertanto debba muovere dal significato proprio della disposizione oggetto di analisi¹²⁶. Il canone letterale si pone pertanto come un limite all'attività di conformazione ermeneutica.

L'obbligo di interpretazione conforme, sia essa costituzionalmente o "comunitariamente" conforme, impone invece «un deciso *ridimensionamento* dell'importanza della *volontà del legislatore storico*»: l'inquadramento del ordinamento dell'Unione sotto la lente degli artt. 11 e 117 Cost. non fa che accentuare l'impossibilità per il legislatore ordinario di porsi in contrasto con i propri obblighi sovranazionali già in punto di *validità* del prodotto normativo, e pertanto, nel caso in cui si profili un possibile contrasto tra ordinamento interno e ordinamento europeo, impone al giudice di verificare (anche in funzione del successivo eventuale giudizio di costituzionalità) se tale contrasto sia risolvibile in via ermeneutica prescindendo del tutto dalla volontà del legislatore storico, il quale – al limite – poteva anche avere la specifica (ma in tale prospettiva irrilevante) intenzione di violare i propri obblighi internazionali¹²⁷.

Medesimo discorso può farsi per il canone dell'interpretazione *sistematica*: anch'esso, in relazione al fatto che il principio di *primauté* è pacificamente acquisito all'interno del sistema giuridico dell'ordinamento nazionale, dovrà considerarsi ridimensionato in favore di una lettura della disposizione che privilegi la sua conformità con l'obbligo sovranazionale. In questo caso l'interpretazione sistematica e quella conforme si pongono, più che in un rapporto di prevalenza la seconda sulla prima, in una relazione paritaria, come diverse prospettive della medesima finalità. Ovviamente l'esito è meno agevole di quanto possa apparire a prima vista, poiché l'inserimento nel sistema del principio di primazia porta con sé l'ingresso di una nuova, diversa e autonoma tavola assiologica¹²⁸, la quale quindi può condurre ad esiti ben diversi rispetto a quelli cui si sarebbe potuti giungere senza di essa¹²⁹.

¹²⁶ Questa affermazione nasconde un "retroproblema", ossia l'identificazione del testo e i suoi rapporti con il contesto: cfr., in prospettiva giuridica, EPIDENDIO, *Riflessioni*, cit., pp. 33 ss..

¹²⁷ In proposito si è parlato di "presunzione di conformità" della volontà del legislatore storico di adempiere a tali obblighi, ma più correttamente deve parlarsi di irrilevanza di tale volontà e pertanto di netta «prevalenza del canone dell'interpretazione conforme con quello della volontà del legislatore storico».

¹²⁸ L'interpretazione conforme è infatti precisamente il verificare «se esista una compatibilità o possibilità di adattamento tra le diverse "razionalità" (trovate o costruite dai diversi soggetti istituzionali competenti) nei differenti "testi" di appartenenza della disposizioni da confrontare» (EPIDENDIO, *Riflessioni*, cit., p. 29).

¹²⁹ Un esempio, richiamato nel citato lavoro di Viganò, è quello dell'audizione protetta del soggetto vulnerabile: senza entrare nel merito dei singoli casi, è evidente che l'ingresso nel sistema del principio di prevalenza delle esigenze di tutela delle vittime vulnerabili ha condotto a considerare esemplificativo quel catalogo di strumenti (predisposto dagli artt. 392 e 398 c.p.p.) che in precedenza si considerava tassativo, ribaltando i termini del rapporto regola/eccezione.

Infine, anche il canone dell'interpretazione *teleologica* subisce condizionamenti dalla presenza dell'obbligo di interpretazione "comunitariamente" conforme, non tanto per quanto concerne le norme emanate in attuazione di norme europee (e per le quali potrebbe affermarsi in via autonoma la necessità di un'interpretazione che tenga conto dell'origine sovranazionale del contenuto precettivo) ma per quanto riguarda l'intero ordinamento, e persino le norme entrate in vigore *prima* della pendenza dell'obbligo internazionale¹³⁰.

Di maggiore rilievo è il discorso sui *limiti* dell'opzione ermeneutica conformatrice: da sempre, infatti, l'attività ermeneutica del giudice è potenzialmente in grado di confliggere con l'attività creatrice del legislatore¹³¹, interferendo con le scelte di valore che di quest'ultimo sono prerogativa, anche democratica; e per contro è spesso tecnicamente difficile operare delle reali distinzioni tra ciò che è attività interpretativa e ciò che non lo è.

In primo luogo viene in rilievo il già richiamato limite *logico*, quello che confina l'interpretazione conforme all'attività ermeneutica, «otherwise the courts would cease to *apply* laws enacted by the national legislatures and *create* the applicable law by themselves instead»¹³²: al di là dell'interpretazione, conforme e in ipotesi estensiva¹³³, sta infatti l'*integrazione* analogica, operazione rivolta a colmare lacune, ossia in definitiva a creare diritto.

Il punto, focale, «pone in causa i rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione costituzionale», la prima soggetta alla legge, la seconda no. È quindi solo ed esclusivamente nei limiti del significato del testo normativo¹³⁴ che il giudice può operare attività ermeneutica, al di fuori di esso deve invece coinvolgere un soggetto giurisdizionale che sia in grado (e abbia anzi il compito) di trascendere tale limite per conformare il testo di legge ai parametri costituzionali, tra i quali quello già richiamato posto dall'art. 117, co. I, Cost. In gioco c'è pertanto il principio di legalità nella sua accezione di certezza del diritto, che nell'ambito penale assume un significato ulteriore a protezione della libertà personale dell'individuo.

¹³⁰ Per l'affermazione che la prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale è indifferente alla previa o successiva entrata in vigore delle norme interne vd. già la sentenza *Marleasing*, citata in questo capitolo, nt. 118.

¹³¹ BERNARDI, *Interpretazione conforme*, cit., p. 231, nt. 11, parla di «processi di ortopedia ermeneutica caratterizzati, financo in ambito penale, da forzature di ogni tipo».

¹³² SATZGER, *International*, cit., p. 100, corsivi aggiunti.

¹³³ È del tutto ovvio che l'esito dell'interpretazione conforme potrebbe essere anche la *riduzione* della portata applicativa della disposizione, ma ciò non comporta solitamente particolari frizioni con i principi di certezza e legalità, soprattutto in materia penale.

¹³⁴ «Ordinary meaning of the statutory wording» (SATZGER, *International*, cit., p. 101). Con tutte le precisazioni che si sono cennate prima sulla difficoltà di individuare che cosa sia il "testo".

Ulteriore limite si pone su un piano viceversa *assiologico*: si tratta sempre di un profilo di compatibilità dell'esito interpretativo, ma il parametro non è più il significato testuale della disposizione bensì i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale. Come noto, il fondamento dell'adesione dell'Italia all'Unione europea, e prima alla Comunità europee, è rinvenuto nel comune intento degli Stati membri di cedere sovranità per creare una comunità di diritto «che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni» (art. 11 Cost.), ed è soggetto alle note limitazioni poste dalla giurisprudenza costituzionale degli anni 1983-1984¹³⁵ per la quale la «la legge di esecuzione del Trattato [può] andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana», seppure tale ipotesi sia espressamente ritenuta «improbabile». Questo nucleo duro dell'ossatura costituzionale è sottratto tanto al giudice ordinario quanto al giudice delle leggi e al legislatore, ed è pertanto insuscettibile di essere intaccato dall'adesione dell'Italia all'Unione europea, la conseguente cessione di sovranità dovendosi interpretare sempre “al netto” di tale nucleo.

È noto che la teoria dei controlimiti non ha contorni chiari né ha avuto applicazioni giurisprudenziali¹³⁶, benché se ne invochi non infrequentemente l'impiego. Essa tuttavia esiste e rappresenta un limite che se vale per l'attività normativa *self-executing* del legislatore europeo vale altresì, *a fortiori*, per l'attività di conformazione in via ermeneutica allo stesso ordinamento sovranazionale.

¹³⁵ In particolare la sentenza C.cost. n. 170/1984, *Granital*.

¹³⁶ Perlomeno non nella materia che ci occupa (cfr. infatti C. cost. n. 238 del 2014, con note a prima lettura di MELONI, *La Corte costituzionale annulla gli effetti della decisione della CIG in materia di immunità giurisdizionale dello Stato estero*, in *penalecontemporaneo.it*, s.d., e di RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Giur. Cost. – Studi 2014*).

2.4 Il sistema giurisdizionale.

Da ultimo, è utile riepilogare sinteticamente i caratteri del sistema giurisdizionale dell'Unione, profilo centrale nel presente lavoro in ragione dell'evidente e nota portata dell'intervento della Corte di giustizia sul processo di integrazione europea e perché, quando si passerà a trattare dei limiti del diritto penale europeo sarà naturale domandarsi quale ne sia la giustiziabilità.

Il sistema giurisdizionale europeo *si compone oggi di una pluralità di organi*, ricompresi sovente sotto l'etichetta di "Corte di giustizia dell'Unione europea" o "sistema della Corte di giustizia". In realtà, oltre alla Corte di giustizia intesa in senso stretto, sin dall'Atto Unico Europeo era stato costituito il Tribunale di primo grado, oggi divenuto Tribunale dell'Unione per effetto del Trattato di Lisbona che ne ha coordinato la denominazione alla sopravvenuta attribuzione di funzioni di "secondo grado" rispetto a un terzo "organo" giurisdizionale, il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea, istituito con decisione 2004/752/CE, Euratom, del 2 novembre 2004¹³⁷, e che si presenta concettualmente come una sezione specializzata del Tribunale, avente per oggetto le controversie tra l'Unione e i suoi agenti.

Il funzionamento dei tre organi è regolato in parte dai Trattati¹³⁸ e in parte dal Regolamento interno di procedura: essi differiscono per competenze, struttura, composizione, regole procedurali¹³⁹.

Il contenuto di questo breve paragrafo si limiterà a individuare e descrivere le procedure decisionali che possono essere attivate di fronte alla Corte. Dalla ripartizione di competenze tra i diversi organi¹⁴⁰ emerge che, ad oggi, non essendo stata esercitata la facoltà di cui all'art. 256 TFUE, per la quale «il Tribunale è competente a conoscere delle questioni pregiudiziali, sottoposte ai sensi dell'articolo 267, in materie specifiche determinate dallo statuto», tutti i ricorsi inerenti questioni pregiudiziali di interpretazione e di validità, per i quali si veda subito *infra*, sono devoluti alla sola Corte di giustizia. Viceversa, i ricorsi in annullamento o in carenza sono ripartiti tra Corte e Tribunale in base all'identità della parte ricorrente: alla Corte sono riservati i giudizi introdotti dalle istituzioni o dagli Stati membri, al Tribunale i residui.

¹³⁷ In GUUE L 333 del 9 novembre 2004.

¹³⁸ Esattamente: art. 19 TUE, di contenuto istituzionale; artt. 251-281 TFUE, a contenuto procedimentale; Protocollo n. 3 allegato al Trattato di Lisbona, «sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione».

¹³⁹ Per approfondimenti cfr. TESAURO, *Diritto*, cit., pp. 45 ss.; POCAR, *Diritto dell'Unione*, cit., pp. 178 ss.

¹⁴⁰ Cfr. ad es. TESAURO, *Diritto*, cit., p. 50 s. e p. 222 s.

Gli strumenti processuali utilizzabili avanti alla Corte sono l'azione di annullamento (art. 263 TFUE), l'azione in carenza (art. 265 TFUE), l'azione di risarcimento del danno (art. 268 TFUE) e il ricorso per infrazione (artt. 258 e 259 TFUE). Il sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione è poi completato dal conferimento ai singoli giudici nazionali del potere/dovere di applicare il diritto dell'Unione, interpretando le norme nazionali conformemente al diritto dell'Unione, disapplicando – quando ne ricorrano i presupposti – il diritto nazionale contrastante con il diritto dell'Unione, e riconoscendo al privato il risarcimento del danno derivante dall'inattuazione del diritto dell'Unione da parte dello Stat membro. Punto di raccordo tra i due sistemi di tutela e strumento portentoso di influenza diretta della Corte di giustizia sulle decisioni dei giudici nazionali è rappresentato dal rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE), che consente al giudice nazionale di sottoporre alla Corte questioni relative all'interpretazione o alla validità delle norme europee e di esercitare per tale mezzo una vera e propria funzione nomofilattica.

I mezzi processuali di maggiore interesse per i nostri fini sono l'azione di annullamento, il procedimento per infrazione e il rinvio pregiudiziale.

L'azione di annullamento è regolata dall'art. 263 TFUE. Per quanto qui di interesse, tra gli atti impugnabili si annoverano anche gli atti legislativi nonché più in generale gli atti vincolanti delle istituzioni destinati a produrre effetti giuridici, generali o particolari, nei confronti dei terzi; tali atti sono ovviamente impugnabili solo allorché divengano definitivi secondo le procedure di approvazione specificamente previste. Soggetti legittimati all'impugnazione sono, fra gli altri, gli Stati membri, il Consiglio, la Commissione e il Parlamento europeo, cumulativamente definiti "ricorrenti privilegiati", il "privilegio" consistendo nel fatto che essi non sono tenuti a dimostrare un interesse ad agire specifico ma agiscono per garantire l'effettività e la legittimità dell'ordinamento giuridico europeo nel suo complesso; le altre istituzioni sono invece legittimate ad impugnare solo quando ritengano lesa una loro prerogativa, solitamente di carattere procedimentale (ad es. la mancata richiesta di un parere obbligatorio).

L'impugnazione, che deve essere proposta entro due mesi¹⁴¹ dalla pubblicazione dell'atto, può essere fondata su diverse categorie di vizi che ricalcano quelle tradizionalmente elaborate dalla giurisprudenza amministrativa: «incompetenza, violazione di forme sostanziali, violazione dei Trattati o di norme relative alla loro applicazione, sviamento di potere»¹⁴². Se per incompetenza

¹⁴¹ L'art. 81, par. 2, del regolamento di procedura della Corte prevede in realtà che «i termini processuali sono aumentati di un termine forfettario in ragione della distanza di dieci giorni».

¹⁴² TESAURO, *Diritto*, cit., p. 234. Al medesimo luogo e alle pagine seguenti si rimanda per una ampia trattazione dei motivi di ricorso e della giurisprudenza in materia.

può intendersi tanto l'incompetenza dell'istituzione che ha adottato l'atto (e pertanto anche con riguardo alla procedura adottata) quanto l'incompetenza dell'Unione nel suo insieme, nella violazione delle forme sostanziali è ricompreso il difetto di motivazione¹⁴³, la mancata consultazione di un'istituzione o di un organo¹⁴⁴ o l'erronea individuazione della base giuridica quando presenta delle conseguenze sulla procedura di adozione dell'atto o sulla sua portata oggettiva. Sotto l'etichetta di violazione di legge, invece, deve intendersi compresa la violazione di qualunque norma, di diritto primario, intermedio o derivato, che vincoli l'istituzione che ha emanato l'atto nell'adottarlo.

L'estensione del sindacato della Corte, che ha un evidente carattere di legittimità, non riguarda ovviamente le scelte di merito, e tale rilievo non può che condizionare la portata e l'effettività delle censure che riguardino atti di rango legislativo.

L'esito del giudizio, in caso di accoglimento, è l'annullamento dell'atto con efficacia di giudicato ed effetti *ex tunc*, come proprio della natura del mezzo. La conclusione, tuttavia, è temperata da due fattori: innanzitutto, l'annullamento può essere parziale, andando a colpire solo quelle parti dell'atto che siano autonome rispetto alla restante, legittima, parte; inoltre, alla Corte è riconosciuto¹⁴⁵ un generico potere di modulare gli effetti delle proprie pronunce, determinando la conservazione di effetti prodotti dall'atto invalido fino a prevederne, eccezionalmente, la decadenza *ex nunc*.

Strumento speculare all'azione di annullamento è l'*eccezione di invalidità* prevista all'art. 277 TFUE: in via incidentale, nel corso di una procedura avviata per altri motivi, la parte può far valere l'invalidità di un atto per le stesse ragioni e negli stessi limiti ora visti, anche qualora sia decorso il termine per l'impugnazione diretta, purché esso non sia inutilmente decorso proprio nei confronti del singolo che tenti così di ovviare alla propria decadenza. Tale profilo non concerne tuttavia gli atti normativi né l'impugnazione proposta dai ricorrenti privilegiati, e pertanto non è di interesse per la presente disamina¹⁴⁶.

La *procedura di infrazione* non ha invece ad oggetto la validità di atti ma la conformità di comportamenti: si tratta dei comportamenti degli Stati membri, con riferimento alla corretta applicazione dei Trattati e degli atti di diritto derivato ad essi applicabili.

¹⁴³ Ad es., in materia di sussidiarietà qualora, nella procedura di controllo preventivo presso i Parlamenti nazionali, sia stata raggiunta la soglia del 33% dei pareri contrari.

¹⁴⁴ Ad es., quando non sia stato consultato il Parlamento nell'ambito di una procedura legislativa speciale.

¹⁴⁵ Prima in via pretoria, oggi espressamente dall'art. 264 TFUE.

¹⁴⁶ Per approfondimenti, vedasi TESAURO, *Diritto*, cit., pp. 248 ss.

La procedura è suddivisa in due fasi, una stragiudiziale e una giudiziale, e a sua volta la fase giudiziale è seguita da un'ulteriore fase, sempre giudiziale, assimilabile a una procedura di "ottemperanza".

La fase stragiudiziale è normalmente introdotta su iniziativa della Commissione (art. 258 TFUE), ma tale iniziativa può essere "forzata" dall'istanza di un altro Stato membro (art. 259 TFUE), nel quale ultimo caso si verifica un aggravamento procedimentale consistente nella necessaria partecipazione dello Stato denunciante nel procedimento e nella fissazione di un termine di tre mesi decorso il quale tale Stato può autonomamente dare avvio alla fase giudiziale di cui all'art. 260 TFUE.

Sia in un caso che nell'altro, la fase stragiudiziale precontenziosa è gestita dalla Commissione, la quale agisce in esecuzione di una propria prerogativa discrezionale e pertanto non può essere costretta né ad avviare l'iniziativa né a compiere determinati passi procedurali, con esclusione del caso di istanza statale ora veduto, nel quale tuttavia lo Stato istante non può sollecitare l'assunzione di posizioni da parte della Commissione ma solo scegliere di adire la CGUE decorso il termine trimestrale. La Commissione, in particolare, avvia il procedimento mediante una "lettera di messa in mora" con la quale ipotizza i termini dell'infrazione e domanda informazioni e delucidazioni allo Stato membro, il quale ha la possibilità e, *sub specie* di leale collaborazione, il dovere di rispondere. In ogni caso, la Commissione può poi procedere all'invio di un parere motivato, che fissa allo Stato un termine per l'adempimento e costituisce il luogo in cui le ragioni di contestazione trovano la loro cristallizzazione pressoché definitiva: nel successivo ed eventuale giudizio avanti alla Corte di giustizia, infatti, la Commissione può far valere solo i motivi di inadempimento precisati nel parere oltre ai fatti successivi che costituiscano ulteriori manifestazioni della medesima infrazione. L'elevato grado di discrezionalità di cui gode la Commissione nello scandire i passaggi procedurali e nel decidere se e quando adire la CGUE sono assoluti, e questo consente alla Commissione, nella prassi, di modulare la procedura a proprio piacimento, prevedendo fasi ulteriori al fine di spingere lo Stato all'adempimento senza ricorrere alla fase giudiziale.

Tale ultima fase, regolata dall'art. 260 TFUE, attesta un'importante prassi di intervento cautelare della Corte di giustizia, che è giunta anche a sospendere l'applicazione di una normativa nazionale *inaudita altera parte*¹⁴⁷. Il giudizio ha carattere accertativo dell'inadempimento, che

¹⁴⁷ L'esempio, citato in TESAURO, *Diritto*, cit., p. 280 s., nt. 221, è quello di CGUE, 30 luglio 2003, C-320/03, *Commissione c. Austria*.

viene acclarato con sentenza di natura meramente dichiarativa, rispetto alla quale gli Stati membri hanno il dovere di prendere ogni provvedimento idoneo a conformarvisi.

Per l'attuazione di tale obbligo non è previsto un termine, ma si considera che esso debba essere adempiuto in tempi il più ristretti possibile. Qualora l'adempimento non segua, la Commissione può adire nuovamente la Corte, domandando la verifica della persistenza dell'inadempimento e la previsione di una sanzione pecuniaria da individuarsi in una somma forfetaria o in una penalità di mora, ai termini dell'art. 260, par. 2, TFUE. Questo procedimento, detto di "doppia condanna", è stato modificato dal Trattato di Lisbona, che ha previsto, fra l'altro, la possibilità per la Corte di determinare la sanzione già nel primo giudizio, e tuttavia tale facoltà è limitata ai soli casi in cui «lo Stato membro interessato non abbia adempiuto all'obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa».

L'inattuazione della sentenza dichiarativa della Corte non comporta tuttavia solo il rischio della seconda condanna, ma possiede altri effetti: ad esempio, la sentenza costituisce titolo esecutivo negli ordinamenti nazionali, e ad essa consegue in ogni caso il dovere per ogni autorità nazionale di non dare applicazione alla norma che sia stata dichiarata dalla Corte incompatibile con il diritto dell'Unione; ancora, in tale giudizio la Corte necessariamente interpreta la norma dell'Unione che sia posta a parametro dell'inadempimento, e tale interpretazione possiede l'efficacia "nomofilattica" della quale già si è detto, con le relative conseguenze.

Quanto da ultimo al *rinvio pregiudiziale*, esso rappresenta uno strumento decisivo del rapporto cooperativo tra Corte di giustizia e giurisdizioni nazionali, con importantissimi riflessi sull'efficienza e sull'uniformità dell'applicazione nazionale del diritto europeo.

L'art. 267 TFUE conferisce al giudice nazionale la facoltà, e se di ultima istanza gli impone il relativo obbligo nei termini che si diranno, di chiedere che la Corte di giustizia si pronunci sull'interpretazione o sulla validità di una norma dell'Unione nella misura in cui esse risulti necessaria per risolvere la controversia pendente davanti a detto giudice.

Deve subito essere precisato che questo modo di atteggiarsi del requisito della rilevanza è inteso in senso assai ampio dalla Corte, sia in situazioni nelle quali il diritto europeo è chiamato a fungere da parametro ermeneutico sia quando esso costituisce la fonte diretta della posizione giuridica controversa.

Oggetto del sindacato, tanto ermeneutico quanto di validità, è sempre la norma europea, mentre la norma nazionale costituisce elemento di fatto della valutazione, solitamente limitata ai soli profili di rilevanza o al più al fine di meglio interpretare il reale contenuto della richiesta del

giudice nazionale. Non sono tuttavia mancati casi nei quali la Corte ha di fatto fornito al giudice nazionale anche l'interpretazione del suo diritto interno, travalicando così i limiti del proprio sindacato al fine di raggiungere un più diretto ed efficace risultato nomofilattico. Questo accade più spesso quando è già il quesito del giudice nazionale ad essere formulato in termini di compatibilità della norma interna rispetto a questa o a quella interpretazione della norma sovranazionale.

Ulteriore funzione del rinvio pregiudiziale è quella di consentire alla Corte un «completamento del sistema di controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti dell'Unione... tale ipotesi va pertanto concettualmente e sistematicamente collegata alle procedure di controllo diretto previste dal TFUE»¹⁴⁸.

Oggetto del sindacato della Corte è l'intero ordinamento dell'Unione quando si tratti di rinvio di interpretazione, mentre sono ovviamente esclusi gli atti di diritto primario nell'ambito del rinvio di validità.

La giurisprudenza ha lungamente contribuito a elaborare una precisa concettualizzazione di alcuni importanti termini dell'azione in rassegna: che cosa debba intendersi per "giudice nazionale"; quando il rinvio sia "necessario" e quale sia il margine di sindacato della Corte sulla valutazione del giudice interno; quali debbano essere i requisiti minimi della motivazione dell'ordinanza di rinvio, con speciale riguardo alle indicazioni inerenti la situazione di fatto *sub iudice* e la descrizione della normativa interna pertinente; quali siano gli estremi dell'obbligatorietà del rinvio per il giudice di ultima istanza, specialmente in caso di esiti ermeneutici chiari o pacifici; la compatibilità del rinvio con singoli procedimenti o fasi di essi¹⁴⁹.

Un profilo di particolare importanza è quello degli effetti della sentenza resa dalla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE. Per quanto concerne la pronuncia interpretativa, è del tutto evidente che essa vincola il giudice *a quo*; la giurisprudenza ha tuttavia affermato che essa vincola più in generale ogni altro giudice od organo amministrativo che sia chiamato a fare applicazione delle norme interpretate¹⁵⁰ nonché gli Stati membri, i quali sono obbligati a tenerne conto

¹⁴⁸ TESAURO, *Diritto*, cit., p. 297 s.

¹⁴⁹ Tali questioni, di grande rilevanza per la delimitazione delle competenze della Corte in sede pregiudiziale, sono ampiamente esplorate dalla letteratura di settore e il loro approfondimento non riveste particolare importanza alla luce delle finalità del presente lavoro. Ci si può pertanto limitare a rinviare alla citata letteratura.

¹⁵⁰ Vd. in proposito C.cost., 113/1985.

nell'adozione delle misure idonee ad adeguare il loro ordinamento a dette norme¹⁵¹. Per quanto concerne invece la pronuncia di validità si deve distinguere tra esito positivo o negativo della censura: quando la Corte afferma la validità dell'atto dell'Unione, lo fa sempre con efficacia limitata al giudizio in corso¹⁵²; quando invece essa dichiara l'invalidità, l'effetto che si produce è essenzialmente quello di una pronuncia di annullamento (cfr. *supra*), ivi comprese le facoltà di modificare o posticipare il normale effetto *ex tunc* della sentenza senza tuttavia giungere a negare l'applicabilità della stessa alle parti del giudizio *a quo* o a coloro che avessero proposto azione giudiziale prima della pubblicazione della sentenza medesima¹⁵³.

Alla luce di quanto sin qui osservato, pertanto, *l'Unione può certamente dirsi dotata di un sistema giurisdizionale idoneo a garantire, per tramite del sistema della Corte di giustizia e dei giudici nazionali dislocati territorialmente, l'effettiva tutela del diritto dell'Unione e delle posizioni giuridiche che da esso traggono fondamento.*

Quanto alla condizione specifica delle fonti di ex terzo pilastro, già si è detto circa lo *status* giuridico delle decisioni quadro a mente dell'art. 34 TUE, e in particolare, della natura facoltativa della soggezione dei singoli Stati membri alla giurisdizione della Corte in tale ambito, e della svolta attestata con la sentenza *Pupino* nell'ambito della già descritta operazione di politica giudiziaria condotta dalla Corte di giustizia in concomitanza con la crisi della procedura di ratifica del c.d. Trattato costituzionale al fine di anticipare in parte gli effetti del sistema che si sarebbe delineato con il successivo Trattato di Lisbona.

Tale Trattato, e anche questo si è già visto, ha "comunitarizzato" il terzo pilastro, sottoponendo l'intera area dello SLSG alla giurisdizione della Corte¹⁵⁴: anche la disposizione

¹⁵¹ Ovviamente, poiché l'oggetto dell'attività ermeneutica è la norma di diritto dell'Unione, non ha significato distinguere tra lo Stato membri di appartenenza del giudice *a quo* e gli altri Stati membri, visto che le norme europee hanno ovviamente la stessa portata, anche "interpretativa", in tutto lo spazio giuridico in cui siano applicabili.

¹⁵² TESAURO, *Diritto*, cit., p. 325, annota come la formula di rito rispecchi questa "provvisorietà". Con essa, infatti, la Corte dichiara che «dall'esame delle questioni sottoposte ... non sono emersi elementi idonei ad inficiare la validità dell'atto», lasciando quindi inalterata la possibilità di rilevare altri e diversi profili di invalidità in un successivo giudizio.

¹⁵³ Per approfondimenti circa i delicati problemi che, soprattutto in chiave storica, questi profili hanno sollevato, cfr. TESAURO, *Diritto*, cit., p. 328 s..

¹⁵⁴ Per vero, l'art. 276 TFUE, prevede che, nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale e di polizia, «la Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente a esaminare la validità o la proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna». Quale sarà l'estensione e la portata applicativa di tale eccezione è presto per dirlo, non avendo la norma alcun omologo nelle versioni precedenti del Trattato. Certamente è evidente il limite oggettivo costituito dalle «operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge», che pare ragionevolmente escludere la norma dall'indagine sulla competenza penale europea in punto di diritto sostanziale.

transitoria di cui al Protocollo n. 36 è recentemente venuta meno, e dal 1° dicembre 2014 le istituzioni, e segnatamente Commissione e Corte di giustizia, hanno visto riespandersi le loro prerogative similmente a quanto accade per gli altri settori già “comunitarizzati”. È pertanto possibile, da quella data, che norme europee adottate con base giuridica prevista dai capi IV e V del titolo V della parte terza del TFUE, ovvero norme nazionali su tali settori incidenti, siano sottoposte all’azione degli strumenti processuali sopra esaminati, e particolarmente alla procedura di infrazione.

3 LE NORME ADOTTATE

SOMMARIO. 3.1 I testi adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. – 3.1.1 Convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee. - 3.1.2 Decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro. - 3.1.3 Decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti. - 3.1.4 Decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo. - 3.1.5 Decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani. - 3.1.6 Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali. - 3.1.7 Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato. - 3.1.8 Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile. - 3.1.9 Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti. - 3.1.10 Decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione. - 3.1.11 Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata. - 3.1.12 Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. - 3.1.13 Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo. – 3.1.14 Direttiva 2008/99/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente. - 3.1.15 Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. 3.2 I testi adottati dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. - 3.2.1 Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI. - 3.2.2 Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio. - 3.2.3 Direttiva 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 agosto 2013, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio. - 3.2.4 Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato. - 3.2.5 Direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione.

Dopo aver ricostruito le dinamiche storiche, politiche, istituzionali del percorso di integrazione europea, fino ai più recenti approdi derivanti dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (capitolo primo), e dopo aver esaminato le tipologie di atti normativi, le procedure legislative e le prerogative giurisdizionali che costituiscono gli strumenti per mezzo dei quali tale

integrazione si è realizzata e si realizza quotidianamente nello spazio giuridico europeo (capitolo secondo), è ora opportuno soffermarsi sui risultati concreti dell'integrazione europea in materia penale, dando conto di quali atti siano stati sinora adottati, in quali ambiti e con quali caratteristiche essi incidano e quali problemi possano sollevare a una prima lettura effettuata con gli occhi del penalista.

Per le ragioni già illustrate nel precedente capitolo è opportuno operare una suddivisione tra gli strumenti adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e quelli ad esso successivi, in ragione delle profonde differenze intercorse nella struttura istituzionale e nelle attribuzioni dell'Unione.

Quello che si intende proporre è un catalogo esemplificativo, senza alcuna pretesa di completezza. Esistono elencazioni più esaustive e complete¹, cataloghi esemplificativi sono riportati in dottrina² e a taluni di essi si farà riferimento nei successivi paragrafi.

Mentre si è scelto di non comprendere tutti gli atti adottati e neppure di considerare quelli che ad oggi si trovino ancora allo stadio di proposta, si è tenuto conto di alcuni atti che risultano ad oggi "sostituiti"³ nel c.d. processo di "lisbonizzazione"⁴: il criterio di fondo che ha animato queste scelte, che potrebbero rivelarsi dotate di un più o meno ampio coefficiente di arbitrio, è stato quello di fornire uno spettro quanto più ampio possibile di esempi delle problematiche che si sono cennate al precedente capitolo e che si affronteranno nei successivi.

Un'ultima nota, anch'essa di carattere metodologico: ciascuno dei successivi paragrafi seguirà una struttura simile, che tenderà a differenziarsi solo ove necessario, e particolarmente nella seconda parte del capitolo, quando si tratterà di testi rivolti a sostituire atti già esaminati. Si procederà quindi identificando la materia e l'oggettività giuridica di ciascun atto, passando poi a esaminarne il testo prima nei *considerando* e poi nelle norme, evidenziando successivamente i più rilevanti problemi e chiudendo con cenni circa lo stato di attuazione negli ordinamenti nazionali.

¹ Vedasi per tutti LABAYLE, FAVOREU, *Code de droit pénal de l'Union européenne*, Bruxelles, 2013. Si veda anche il materiale messo a disposizione dalla stessa Unione sul noto portale eur-lex, suddiviso per politiche e disponibile all'indirizzo <http://old.eur-lex.europa.eu/it/consleg/latest/chap193020.htm> (url consultato il 10 febbraio 2015).

² Ad es., SALAZAR, *La costruzione*, cit., p. 424; ADAM, TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 568 s..

³ Cfr. *infra*, nt. 285.

⁴ «Meaning the reform and re-enactment of the existing law in the form of directives based on the new provisions of the Treaty of Lisbon» (SATZGER, *International*, cit., p. 74).

3.1 I testi adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Gli atti esaminati in questo paragrafo sono quasi tutti decisioni quadro e trovano quasi tutti la propria base giuridica negli articoli 29 e 31 TUE-Amsterdam.

Si vedranno invece in fine paragrafo gli effetti delle già esaminate pronunce della Corte di giustizia del 2005 e del 2007 rispetto alla forma dell'atto impiegata e alla sua collocazione nel sistema a pilastri.

3.1.1 Convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.

Il primo strumento che apre la presente rassegna *non* è una decisione quadro, né *a fortiori* una direttiva, ma una convenzione, espressione – se si vuole – di un modello di cooperazione ancora più embrionale e distante dalle implicazioni connesse con l’impiego della fonte di terzo pilastro che ha invece, come già visto nel precedente capitolo, caratterizzato la maggior parte dei successivi strumenti.

La convenzione è uno dei tre strumenti che il Trattato di Maastricht aveva indicato come fonti di attuazione dei fini di cui al relativo art. K 3, accanto a posizioni comuni e azioni comuni.

Non è un caso che uno dei primi atti adottati nel (allora neonato) terzo pilastro riguardi proprio la protezione degli interessi finanziari, scopo che costituisce come più volte ricordato uno dei momenti chiave dell’intervento della Comunità a tutela della propria stessa esistenza: si parla in proposito di “beni funzionali all’esistenza”, per indicare un nucleo di interessi fondativi della sussistenza dell’ente sovranazionale e che esso sarebbe per tale ragione massimamente legittimato a tutelare.

Il documento⁵ si compone di un atto del Consiglio, scarno, con il quale l’istituzione, «considerando che, per lottare con il massimo vigore contro tali frodi, è necessario stabilire un primo testo di convenzione, da completarsi, a breve termine, con un altro strumento giuridico in modo di migliorare l’efficacia della protezione penale degli interessi finanziari delle Comunità europee» decide di adottare la Convenzione nel testo allegato, che si compone invece di poche premesse e di tredici articoli.

La scelta dello strumento di terzo pilastro per tutelare gli interessi finanziari non deve essere trascurata. La convenzione si inserisce infatti in un contesto di “sovraesposizione” degli interessi finanziari, la cui protezione, come osservato, è affidata a diverse tipologie concorrenti di strumenti, il cui eccesso quasi bulimico restituisce ancor più l’idea della loro cointeressenza con la sopravvivenza stessa dell’Unione: accanto alla convenzione qui in rassegna e ai suoi due protocolli, gli interessi finanziari dell’Unione sono infatti protetti dal già citato reg. 2988/95⁶, dall’obbligo di

⁵ In GUCE C 316 del 27 novembre 1995, d’ora in poi anche solo “Convenzione PIF” (ma è attestato anche l’acronimo “TIF”, che a “protezione” sostituisce “tutela”, usato ad esempio nelle Relazioni della Commissione).

⁶ Cfr. *supra*, par. 1.1.1.2.

assimilazione previsto dall'art. 325, par. 2, TFUE⁷ nonché dagli strumenti che l'Unione può adottare a norma del medesimo art. 325 TFUE⁸.

La scelta della convenzione non è pertanto neutra, e ciò emerge anche dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 19 settembre 1996⁹, con la quale l'assemblea, «considerando che lo stato delle procedure nazionali di ratifica non permette di prevedere una conclusione in tempi ragionevoli, [e] considerando che l'entrata in vigore della convenzione è subordinata alla soluzione preliminare del problema della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia delle Comunità europee e alla ratifica di tutti gli Stati membri» (emergono qui i già segnalati problemi strutturali della cooperazione di terzo pilastro), «*deplora l'infelice scelta della Commissione e del Consiglio di ricorrere, per la tutela degli interessi finanziari della Comunità, al quadro giuridico del terzo pilastro del trattato sull'Unione europea, la cui inconsistenza compromette l'entrata in vigore dello strumento in tempi accettabili [e] chiede alla Commissione di studiare fin d'ora uno strumento comunitario che preveda una tutela equivalente a quella della convenzione*»¹⁰.

È tuttavia un fatto che tale strumento, e i suoi due protocolli, dei quali subito si dirà, sono rimasti in vigore per lungo tempo, e solo dal 2012, anche grazie al mutato quadro istituzionale post-Lisbona, è in discussione un progetto di direttiva volto a superarli¹¹.

La Convenzione PIF muove dall'obiettivo di condurre una lotta «con il massimo vigore contro [le] frodi» e dalla constatazione che per fare ciò si debba «migliorare l'efficacia della protezione penale degli interessi finanziari»¹². Oltre all'efficacia della protezione e alla rilevanza degli interessi viene richiamato un terzo fondamento, quello della transnazionalità, «prendendo nota che la frode ai danni delle entrate e delle spese della comunità in molti casi non si limita ad un unico

⁷ Cfr. *supra*, par. 1.2.3.

⁸ Per questa quadripartizione cfr. SOTIS, *Il diritto*, cit., pp. 78 ss., ove essa è valorizzata per affermare che «il ruolo che a livello di Stato e di comunità tradizionali è giocato, rispettivamente, dai delitti contro la personalità dello Stato e dalle aggressioni endogene, a livello dell'Unione è svolto dalle offese agli interessi finanziari: queste sono considerate come delle minacce all'esistenza stessa della Unione europea e questo carattere esistenziale si traduce in una indiscussa legittimazione dell'Unione a emettere norme in questa materia» (*Op. cit.*, p. 77 s.).

⁹ Parlamento europeo, «Risoluzione sulla convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee», 19 settembre 1996, in GUCE C 320 del 28.10.1996.

¹⁰ *Ivi*, *passim*, corsivi aggiunti. La Commissione ha peraltro accolto l'invito, presentando la «proposta di direttiva relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità» del 23 maggio 2001 (COM(2001)272), dalla quale tuttavia non è scaturito alcun seguito.

¹¹ Si tratta del progetto di direttiva COM(2012)363 del 11 luglio 2012, sul quale vedasi il contributo di VENEGONI, *Prime brevi note sulla proposta di direttiva della Commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale COM(2012)363 (c.d. direttiva PIF)*, in *penalecontemporaneo.it*, 5 settembre 2012.

¹² Così nella motivazione dell'Atto del Consiglio cui è allegata la Convenzione.

paese, ma è spesso l'opera di organizzazioni criminali». Tuttavia, subito dopo si precisa che non solo le violazioni transnazionali ma «ogni condotta fraudolenta che leda tali interessi debba dar luogo ad azioni penali»¹³.

Venendo all'articolato della Convenzione, questo è aperto, come di consueto per gli atti dell'Unione, da una premessa definitoria circa il concetto di "frode", che costituisce il cuore dell'esigenza di armonizzazione evidenziata in Premesse: tale definizione «ha lo scopo di fare sì che tale concetto, con le modalità pratiche della condotta descritte nella Convenzione, diventi comune alle legislazioni nazionali degli Stati Membri»¹⁴.

All'uopo la Convenzione distingue condotte «in materia di spesa» e «in materia di entrate», equiparandole quanto a lesività. La definizione di frode è «piuttosto articolata, [e] si manifesta con condotte ben precise consistenti in sostanza nell'ottenimento di fondi europei con l'inganno consistente nella rappresentazione di una situazione in capo al beneficiario diversa dalla realtà attraverso la presentazione di documenti falsi, inesatti o incompleti», ivi incluso il silenzio se in violazione di un obbligo. Medesima tutela è approntata non più rispetto ai fondi illegittimamente ottenuti ma a quelli solo successivamente distratti dalla destinazione legittima. Da notarsi è che, mentre tutte le condotte sono correlate a un evento dannoso, l'art. 1, par. 3, della Convenzione prevede che anche la mera condotta di «redazione o [...] rilascio intenzionale di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui conseguano gli effetti di cui al paragrafo 1¹⁵ costituiscano illeciti penali qualora non siano già punibili come illecito principale ovvero a titolo di complicità, d'istigazione o di tentativo di frode quale definita al paragrafo 1».

La Convenzione, all'art. 2, prevede che tali condotte siano «siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno, nei casi di frode grave, pene privative della libertà che possono comportare l'extradizione», comprendendosi sia le fattispecie consumate che quelle tentate, nonché «la complicità e l'istigazione».

Il concetto di «frode grave» è definito nello stesso art. 2, par. 1, come «qualsiasi frode riguardante un importo minimo da determinare in ciascuno Stato membro. Tale importo minimo non può essere superiore a 50 000 ECU». È altresì prevista la facoltà per gli Stati membri di prevedere «sanzioni di natura diversa» per le «frodi di lieve entità», identificate dal valore soglia di

¹³ Così la (breve) motivazione della Convenzione, *passim*.

¹⁴ DE MATTEIS, FERRARA, LICATA, PIACENTE, VENEGONI, *Diritto penale sostanziale e processuale dell'Unione europea*, Padova, 2011, vol. I, p. 42.

¹⁵ Ossia, come già visto, «il percepimento o la ritenzione illecita di fondi».

4 000 ECU e dalla circostanza che «non presentino aspetti di particolare gravità secondo la ... legislazione» propria del singolo Stato membro.

Seguono poi norme sulla responsabilità delle persone giuridiche (art. 3), sulla competenza (art. 4), sull'esercizio dell'azione penale (art. 5) e sulla cooperazione giudiziaria¹⁶ per i casi di frode transnazionale¹⁷. Di rilievo è la previsione del *ne bis in idem* c.d. internazionale (art. 7).

L'art. 8 prevede invece uno strumento peculiare delle convenzioni, che non si ritroverà nei successivi strumenti di terzo pilastro: la clausola di risoluzione delle controversie. Infatti, a differenza delle decisioni quadro per le quali è prevista *dal Trattato* – seppure con tutti i *caveat* già segnalati nel precedente capitolo – una giurisdizione sull'interpretazione e sull'attuazione delle norme, per le Convenzioni non era al tempo stabilito alcunché in via generale, e si è pertanto dovuto prevedere un apposito strumento: qualsiasi controversia tra Stati deve pertanto essere sottoposta preventivamente al Consiglio «al fine di giungere a una soluzione» (così il par. 1), e solo successivamente, inutilmente decorsi sei mesi, «la Corte di giustizia delle Comunità europee può essere adita da una delle parti della controversia» (par. 1, cpv).

Ulteriore aspetto peculiare, sottolineato negativamente già dalla citata Risoluzione del Parlamento europeo, è costituito dall'entrata in vigore: anche in questo caso, non è lo strumento a prevedere una data assoluta di entrata in vigore ma essa dipende dalle ratifiche degli Stati membri (al tempo, lo si ricorda, quindici). Ciò è previsto all'art. 11, par. 3, della Convenzione, che indica tale termine in «novanta giorni dopo la notifica [della ratifica] da parte dello Stato membro che procede per ultimo a detta formalità», che nel caso di specie è stato l'Italia il 19 luglio 2002, con il risultato che la Convenzione, del 1995, è entrata in vigore il 17 ottobre 2002, ossia sette anni più tardi, con un'evidente incongruenza con la particolare urgenza e rilevanza della materia¹⁸.

Alla Convenzione sono seguiti tre protocolli: un primo «Protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee»¹⁹; un ulteriore «Protocollo concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia delle Comunità

¹⁶ Sulla base di tale esigenza è stato costruito, negli anni immediatamente successivi, l'Ufficio europeo per la Lotta Antifrode (OLAF). Cfr. in proposito la decisione CE/352/1999, sulla quale – per approfondimenti – vedasi DE MATTEIS, FERRARA, LICATA, PIACENTE, VENEGONI, *Diritto penale*, cit., pp. 46 ss.

¹⁷ A (ulteriore) dimostrazione del fatto che la ragione della transnazionalità non costituisce un aspetto essenziale dello strumento in questione.

¹⁸ Il caso dell'Italia non è isolato, se è vero che ben tre Paesi (oltre all'Italia, il Belgio e l'Irlanda) hanno ratificato nel 2002.

¹⁹ In GUCE C 313 del 23.10.1996, detto "primo protocollo", o "il protocollo".

europee, della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee»²⁰, e un «Secondo Protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee»²¹.

Il Primo Protocollo, sottoscritto il 27 settembre 1996, inerisce «i fatti di corruzione dei funzionari comunitari e dei funzionari di altri stati membri suscettibili di ledere gli interessi finanziari comunitari»²²: premesse le consuete definizioni (e particolarmente quelle di “funzionario” e di “corruzione”, all’art. 4 lo strumento prevede un obbligo di assimilazione dei funzionari comunitari a quelli nazionali, così da consentire l’applicazione ai primi delle fattispecie già previste per i secondi²³.

Il Secondo Protocollo, firmato il 19 giugno 1997, «prevede un obbligo per gli Stati membri di sanzionare penalmente il riciclaggio di denaro proveniente da frodi o fatti di corruzione in danno del bilancio comunitario»²⁴: in particolare il riciclaggio, per il quale si richiede che «Ciascuno Stato membro prend[a] i provvedimenti necessari affinché il riciclaggio di denaro costituisca illecito penale» (art. 2), è definito mediante richiamo alla direttiva del Consiglio 91/308/CEE, del 10 giugno 1991, «relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite»²⁵, e ne individua l’oggetto nei « proventi della frode, almeno nei casi gravi, e della corruzione attiva o passiva» (così la lettera e) dell’art. 1).

La Convenzione, risulta non solo ratificata ma altresì attuata dalla maggior parte degli Stati membri, o perlomeno così conclude la Commissione nella propria Relazione ai sensi dell’art. 10 della Convenzione: «L’esame delle disposizioni nazionali adottate negli Stati membri mette subito in evidenza un aumento del *grado di tutela penale effettiva* relativa agli interessi finanziari delle Comunità europee. Per quanto concerne la definizione dei reati, si registra un ravvicinamento dei sistemi nazionali, mentre *le sanzioni vengono solitamente fissate ad un livello sufficientemente elevato in modo da non ostacolare la reciproca assistenza*»²⁶. Anche i due Protocolli “sostanziali”

²⁰ In GUCE C 151 del 20.5.1997, detto “protocollo sulla competenza pregiudiziale della Corte di giustizia”.

²¹ In GUCE C 221 del 19.7.1997, detto “secondo protocollo”.

²² PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Milano, 2011, p. 437.

²³ Sull’istituto dell’assimilazione cfr. *supra*, par. 1.1.1.3.

²⁴ *Op. loc. ult. cit.*

²⁵ In GUCE n. L 166 del 28. 6. 1991.

²⁶ Così la prima «Relazione della Commissione sull’applicazione da parte degli Stati membri della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e dei relativi protocolli», documento COM(2004) 709 DEF del 25 ottobre 2004, corsivi aggiunti.

risultano efficacemente attuati, seppure solo nella seconda Relazione della Commissione, che fa data al febbraio 2008²⁷.

In Italia i suddetti “Strumenti PIF” sono stati attuati, fra l’altro, dalla L. 300 del 2000²⁸, che ha introdotto gli artt. 316 *ter*, 322 *bis* e 322 *ter* c.p., nonché dalla L. 135 del 2008²⁹, in materia di responsabilità delle persone giuridiche e di confisca per equivalente.

Come già ricordato, dal 2012 pende procedimento per l’adozione di una direttiva che superi la Convenzione e i suoi Protocolli anche alla luce del mutato quadro istituzionale: come rilevato, benché tale proposta «potrebbe sembrare – per usare un termine sgradevole ma molto di moda – la mera “lisbonizzazione” della Convenzione, ..., ridurre lo scopo della direttiva solo a questo non riflette in alcun modo l’intento e il significato della stessa, ... [che va invece] ricercato nel tentativo di creare un primo nucleo di autentico diritto penale europeo nel settore, intendendosi con ciò una disciplina che non solo preveda delle fattispecie di reato, ma anche un arco di sanzioni più preciso e norme, per così dire, di parte generale, in particolare con riferimento alle definizioni soggettive (...), alla previsione della punibilità del concorso di persone, del tentativo, della responsabilità degli enti nonché, assai importante, alla prescrizione. L’omogeneità di tali concetti, oltre che delle condotte dei reati, contribuirà a rendere la disciplina per la lotta a tali reati più uniforme rispetto al passato creando appunto una sorta di mini- sistema penale nel settore della tutela degli interessi finanziari della UE»³⁰. Se tale, innovativo, progetto potrà giungere ad adozione è ad oggi ancora del tutto incerto, anche alla luce di quanto già illustrato circa la delicatezza dell’interpretazione degli artt. 86 e 325 TFUE³¹.

²⁷ «Seconda relazione della Commissione sull’applicazione della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e dei relativi protocolli», documento COM(2008) 77 FIN del 14 febbraio 2008.

²⁸ Legge 29 settembre 2000, n. 300, in G. U. n. 176 del 25 ottobre 2000.

²⁹ Legge 4 agosto 2008, n.135, in G. U. n. 203 del 30 agosto 2008.

³⁰ VENEGONI, *Prime brevi note*, cit., p. 5.

³¹ Cfr. *supra*, par. 1.2.3.

3.1.2 Decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro.

La decisione quadro³² sulla tutela penale contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro è «il primo atto vincolante adottato nell'ambito del terzo pilastro all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam»³³ e specificamente inerente il diritto penale sostanziale.

L'oggetto del provvedimento è di particolare rilievo: la decisione quadro mira infatti a proteggere, mediante sanzioni penali, la moneta unica in vista della sua immissione in circolazione. Trattasi pertanto di un oggetto di tutela particolarmente importante per l'Unione, ascrivibile a quei "beni strumentali all'esistenza" o "beni propriamente istituzionali" dell'Unione, quei beni cioè che sono collocati al grado più elevato di rilevanza e rispetto alle cui violazioni la reazione dell'Unione è più pronta e particolarmente severa³⁴.

La decisione quadro riprende nei propri *considerando* la normativa comunitaria rilevante³⁵ nonché la convenzione internazionale per la repressione del falso nummario sottoscritta a Ginevra il 20 aprile 1929 nell'ambito della Società delle Nazioni, cui «gli Stati membri che non l'hanno ancora fatto si impegnano ad aderire» (art. 2).

I *considerando* n. 6 e n. 9 esprimono chiaramente la rilevanza del bene giuridico protetto, ponendo in primo piano «il particolare significato per l'Europa dell'euro» e la finalità di «difendere la necessaria credibilità³⁶ della nuova moneta ed evitare in tale modo gravi ripercussioni economiche», risultando opportuno estendere la tutela «già prima dell'immissione in circolazione delle banconote e monete metalliche».

³² Pubblicata in GUCE, L 140 del 14 giugno 2000.

³³ TRABACCHI, *I delitti contro la fede pubblica, Volume I*, Padova, 2011, p. 18. Cfr. anche *supra*, par. 1.1.2.

³⁴ Quanto ciò possa condurre a problemi in termini di coerenza sarà evidenziato *infra*, par. 4.4. Non è un caso se il *Manifesto* prende ad esempio proprio la decisione quadro 2000/383/GAI per mostrare uno dei casi più eclatanti di incoerenza verticale (cfr. *ivi*, in fine par. 6).

³⁵ E particolarmente il regolamento 974/98/CE, relativo all'introduzione dell'euro, poi integrato quanto all'apparato di tutele dal regolamento 1338/2001/CE. Se il primo si occupa dell'avvio della fase di circolazione dell'euro, limitandosi a prevedere l'obbligo di «sanzioni adeguate contro l'alterazione e la contraffazione» (art. 12), il secondo - preso atto del vigore della decisione quadro qui in commento - ne integra gli strumenti di tutela disponendo circa il ritiro dalla circolazione della valuta falsa e introducendo meccanismi di controllo accentrato. Tra questi ultimi, spicca la previsione, nei confronti degli enti creditizi deputati al controllo, di obblighi sanzionatori «di carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo» (art. 6, par. 1): questa formulazione è insolita per un regolamento, e costituisce un tipico caso di norma priva di effetto diretto contenuta in un atto direttamente applicabile.

³⁶ Identico riferimento nel quarto *considerando* del regolamento 1338/2001/CE sopra citato.

Benché non esplicito, si rinviene nella decisione quadro in rassegna il «primo esempio di giustificazione indiretta dell'azione [dell'Unione] ai sensi della sussidiarietà»³⁷: esso è da rinvenirsi nella poc'anzi necessità di difendere la moneta unica dalla falsificazione in tutto il territorio dell'Unione, con una tutela che dev'essere estesa alle altre valute in virtù del principio di non discriminazione previsto dall'art. 5 della citata Convenzione sul falso nummario³⁸.

La decisione quadro si segnala per un forte apparato definitorio. In particolare, l'art. 1 precisa il concetto di "moneta", mentre gli artt. 3, par. 1, e 4 determinano dettagliatamente le «figure di reato generali» e le «altre figure di reato» che gli Stati membri si impegnano ad adottare.

Poiché tali norme sono ritenute un esempio qualificato e soddisfacente di determinatezza³⁹, è opportuno riportare testualmente la formulazione di tali disposizioni:

3.1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per assicurare che costituiscano reato le condotte seguenti:

a) falsificazione o alterazione fraudolenta di monete, qualunque ne sia il modo;

b) immissione in circolazione fraudolenta di monete false o falsificate;

c) importazione, esportazione, trasporto, ricettazione o procacciamento di monete false o falsificate, riconosciute tali, per la loro immissione in circolazione;

d) fabbricazione fraudolenta, ricettazione, procacciamento o possesso di:

— strumenti, oggetti, programmi informatici o altri mezzi che per loro natura sono particolarmente atti alla falsificazione o alla alterazione di monete, o

— ologrammi o altri componenti della moneta che servono ad assicurare una protezione contro la falsificazione. [omissis]

4. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per garantire che le condotte di cui all'articolo 3 siano passibili di sanzioni anche per quanto

³⁷ IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Giuffrè, 2007, p. 153 s.

³⁸ «Nell'applicazione delle disposizioni penali ... non è fatta distinzione tra moneta del paese e moneta estera; questa disposizione non può essere soggetta a nessuna condizione di reciprocità legale o convenzionale». Il principio sarà tuttavia richiamato espressamente solo nella direttiva 2014/62/UE, *considerando* n. 6, per la quale cfr. *infra*, par. 3.2.5.

³⁹ Così il *Manifesto*, par. 4.

riguarda banconote o monete metalliche fabbricate usando gli strumenti o i materiali legali in violazione dei diritti o delle condizioni a cui le autorità competenti possono emettere moneta, senza l'accordo di queste ultime.

La decisione quadro impone poi la criminalizzazione «[del]la partecipazione e [del]l'istigazione», nonché del tentativo (art. 4), estendendo - tramite l'art. 5 - le tutele approntate per la moneta circolante anche alle «future banconote e monete» per fatti antecedenti al 1° gennaio 2002⁴⁰ e a «banconote e monete metalliche non ancora emesse, ma destinate ad essere immesse in circolazione».

Sul piano sanzionatorio, l'art. 6 indica agli Stati membri che le misure di attuazione devono concretizzarsi nel noto *refrain* delle «sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, comprendenti pene privative della libertà». Come evidente, resta alla discrezionalità statale deliberare quando e per quali condotte ricorrere alla pena detentiva e quando invece limitarsi a forme meno invasive di sanzione. Fa in ciò eccezione la disposizione di cui al secondo comma, la quale prevede per i reati di falsificazione o alterazione previsti alla lettera a) dell'art. 3, par. 1, un minimo di pena massima⁴¹ pari a otto anni.

La decisione quadro si conclude⁴² poi con disposizioni sulla cooperazione giudiziaria e circa la responsabilità delle persone giuridiche.

La decisione quadro 2000/383/GAI è stata recentemente sostituita dalla direttiva 2014/62/UE, il cui testo verrà esaminato più ampiamente in successivo paragrafo⁴³.

La decisione quadro in discorso ha ricevuto attuazione all'interno del d.lgs. 24 giugno 1998 n. 213, così come emendato dal d.l. 25 settembre 2001, n. 350.

In proposito si segnala un prudente utilizzo, da parte del legislatore italiano, della discrezionalità conferitagli in sede di attuazione: se ad esempio l'art. 4 della decisione quadro prevede l'incriminazione delle condotte previste all'art. 3 anche in relazione a banconote e monete fabbricate con strumenti o materiali legali ma utilizzati in violazione delle relative condizioni di utilizzo, il d.l. 350/01 non prevede alcuna norma corrispondente, poiché «tali

⁴⁰ Data prevista per l'immissione in circolazione dell'euro.

⁴¹ Sul concetto di "minimo di pena massima" cfr. *supra*, par. 1.2.1. Impiega specificamente questa norma per descriverlo, BERNARDI, *Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, in FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Giuffrè, 2006, p. 127, nt. 52.

⁴² In realtà, la successiva decisione quadro 2001/888/GAI del 6 dicembre 2001 ha introdotto un articolo *9bis* per il quale gli Stati membri devono considerare ai fini della recidiva, così come prevista nei loro ordinamenti, «le sentenze di condanna definitive pronunciate in un altro Stato membro per uno dei reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 della presente decisione quadro».

⁴³ Par. 3.2.5.

comportamenti già trovano una adeguata risposta nel c.d. statuto penale della pubblica amministrazione»⁴⁴.

⁴⁴ Così la Relazione governativa al d.l. 350/11, in un passo riportato in TRABACCHI, *I delitti*, cit., p. 52.

3.1.3 Decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti.

La decisione quadro⁴⁵ contro le frodi e le falsificazioni dei mezzi di pagamento diversi dai contanti si pone in ideale *pendant* con la decisione quadro contro la falsificazione dell'euro sopra analizzata, ma si fonda su un'esigenza di tutela affatto diversa: mentre infatti la decisione quadro 2000/383/GAI mirava a tutelare un bene istituzionale dell'Unione⁴⁶, lo strumento in discorso muove dalla considerazione per la quale «le frodi e falsificazioni dei mezzi di pagamento diversi dai contanti spesso avvengono su scala internazionale» (primo *considerando*), e che l'attività di prevenzione e repressione già svolta in altre sedi internazionali «ha bisogno di essere integrata» (secondo *considerando*) in quanto «la gravità e lo sviluppo di determinate forme di frode ... esig[on]o soluzioni globali» (terzo *considerando*).

Di rilievo è altresì il riferimento⁴⁷ ai principi di sussidiarietà e proporzione (quarto *considerando*): esso è tuttavia poco più che tautologico, poiché se il rispetto del principio di proporzione è del tutto sprovvisto di motivazione⁴⁸, l'ottemperanza al principio di sussidiarietà è fondata sull'assioma della «dimensione [internazionale] di tali fattispecie»⁴⁹, il quale tuttavia non si ricollega immediatamente con le condotte delineate dalla decisione, potenzialmente prive di tale requisito.

Importante è poi la precisazione inserita al *considerando* ottavo, per la quale «una descrizione dei vari comportamenti perseguibili ... deve coprire l'intera serie delle attività che insieme costituiscono una minaccia della criminalità organizzata in questo campo». È opportuno notare sin d'ora come il *Manifesto* segnali questa disposizione, e la sua attuazione negli artt. 2, 3 e 4 della decisione quadro, come un caso di «preoccupante anticipazione della punibilità» circa la quale «la giustificazione dell'impegno del diritto penale in una fase temporale così anticipata, ..., avrebbe richiesto quantomeno ... una motivazione più chiara e non un generico riferimento alla criminalità organizzata»⁵⁰.

⁴⁵ Pubblicata in GUCE, L 149 del 2 giugno 2001.

⁴⁶ Cfr. in proposito *supra*, par. 3.1.2, il testo in corrispondenza della nt. 34.

⁴⁷ Stavolta espresso, cfr. *supra*, nt. 37.

⁴⁸ «Secondo il principio di proporzionalità ..., la presente decisione quadro non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento [dei propri] obiettivi» (*ivi*).

⁴⁹ Quarto *considerando* letto in combinato con i precedenti.

⁵⁰ Così il *Manifesto*, par. 2, quinto trattino.

Premesse le opportune (e sufficientemente dettagliate) definizioni, la decisione quadro descrive infatti ai successivi artt. 2, 3 e 4 le condotte delle quali impone la punizione: le condotte precisamente descritte all'art. 2 hanno per oggetto gli strumenti di pagamento, e ne concernono l'impossessamento, la contraffazione, la cessione e l'utilizzazione fraudolenta; quelle previste all'art. 3 spostano l'attenzione sull'impiego dello strumento informatico per provocare spostamenti non autorizzati di valore monetario; l'art. 4, infine, richiede la sanzione di alcuni comportamenti preparatori, e segnatamente la produzione e la cessione di strumenti, informatici e non, idonei ad essere impiegati per perpetrare gli illeciti suddetti.

In particolare, l'art. 4 così recita:

Ogni Stato membro adotta le misure necessarie affinché le seguenti fattispecie intenzionali siano considerate illeciti penali:

produrre, ricevere, ottenere, vendere o cedere fraudolentemente ad altri:

- strumenti, articoli, programmi di computer e altri mezzi appositamente allestiti per la perpetrazione degli illeciti di cui all'articolo 2, lettera b),*
- programmi di computer il cui scopo sia la perpetrazione degli illeciti di cui all'articolo 3.*

L'arretramento della punibilità è evidente, ed era certamente ben chiaro anche al legislatore europeo. Al successivo art. 5, infatti, dedicato come d'uso alla criminalizzazione del concorso e del tentativo, da quest'ultimo sono espressamente escluse le condotte di cui all'art. 2, lett. c)⁵¹, e all'art. 4, ossia quelle fattispecie maggiormente arretrate e per le quali la punizione anche a titolo di tentativo si sarebbe risolta in un'ulteriore forzatura. Segno, questo, che la critica rivolta dagli estensori del *Manifesto* tocca un passaggio frutto non già di una "svista" legislativa ma di una scelta ponderata.

Quanto al profilo sanzionatorio, l'art. 6 prevede per tutte le condotte descritte «sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive comprendenti, almeno nei casi gravi, pene anche privative della libertà», lasciando agli Stati un ampio margine di apprezzamento⁵² che consente

⁵¹ «ricezione, ottenimento, trasporto, vendita o cessione ad altri o detenzione di strumento di pagamento rubato o altrimenti ottenuto mediante appropriazione indebita, oppure contraffatto o falsificato ai fini dell'utilizzazione fraudolenta»

⁵² Portato ad esempio dal *Manifesto*, sub par. 6, secondo trattino.

loro di tutelare al meglio la coerenza interna dei rispettivi sistemi repressivi e che tuttavia pone speculari problemi quanto all'effettività dell'armonizzazione⁵³.

Un altro profilo di interesse è dato dal fatto che tutte le condotte previste nella decisione quadro «presuppong[ono]no esplicitamente il dolo» nella sua forma più intensa: tanto l'art. 2 quanto i seguenti artt. 3, 4 e 5 reiterano l'attribuzione di "intenzionali" alle fattispecie da esse descritte⁵⁴.

L'Italia risulta aver attuato parzialmente la decisione in commento⁵⁵, in gran parte mediante il riferimento a disposizioni già presenti nel nostro ordinamento. Residuano non recepite alcune delle disposizioni inerenti la responsabilità delle persone giuridiche, a colmare le quali era rivolta la delega contenuta nella "legge comunitaria 2009"⁵⁶, artt. 52 e 54, tuttavia scaduta nel luglio 2011 e rimasta inattuata⁵⁷.

⁵³ La diversità delle cornici edittali adottate nei diversi Stati membri (anche escludendo in questa sede i più approfonditi rilievi che si sono accennati *supra*, par. 1.1.2, e che svolgeranno *infra*, par. 4.4) è resa evidente dalle analisi periodiche svolte dalla Commissione ai sensi dell'art. 14, comma 2, della decisione quadro ((COM)2004 346 def, del 30 aprile 2004, e (COM)2006 65 def, del 20 febbraio 2006), dalle quali emerge che «le specifiche misure di attuazione dell'articolo 6 con riguardo alle sanzioni penali sono alquanto eterogenee» ((COM)2004 346 def, p. 14), prevedendosi per la medesima fattispecie *massimi* edittali di sette anni di reclusione accanto a *minimi* edittali di otto anni.

⁵⁴ Segnalato anche dagli estensori del *Manifesto*, *sub* par. 3, secondo trattino.

⁵⁵ Per tale informazione sintetica, si veda il documento sintetico pubblicato dal Ministero della Giustizia, Dipartimento per gli Affari di Giustizia, Direzione Generale della Giustizia Penale, Ufficio I – Affari Legislativi, Internazionali e Grazie, sullo Stato di attuazione degli Strumenti dell'Unione europea, disponibile (aggiornato al 6 aprile 2013) su <http://www.cdpe.it/wordpress/quadro-giuridico-di-riferimento> (url consultato il 10 febbraio 2015).

⁵⁶ Legge 4 giugno 2010, n. 96.

⁵⁷ Medesimo rilievo a pag. 17 della relazione della Commissione, COM(2004) 346 def, già citata *supra*, nt. 53.

3.1.4 Decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo.

La decisione quadro 2002/475/GAI⁵⁸, relativa alla lotta contro il terrorismo, si inserisce in un più ampio quadro di strumenti rivolti a tale finalità, in parte derivati da azioni adottate nella sede del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite⁵⁹. Se la tematica, per il suo evidente legame con il fenomeno della globalizzazione che ne rende altrettanto ineluttabili i profili di transnazionalità, è da molto tempo fatta oggetto di interventi ai più diversi livelli, è certamente dopo i fatti dell'11 settembre 2001 che l'attenzione, non solo del legislatore europeo, vi si è appuntata in maniera preponderante. È la stessa decisione quadro a riepilogare, facendovi riferimento, diversi interventi normativi, dalle convenzioni internazionali ratificate da diversi Stati membri sino alle note Conclusioni del Consiglio del 20 settembre 2001 (*considerando* quarto) e ai diversi strumenti di terzo pilastro, in prevalenza azioni comuni⁶⁰, enumerati al *considerando* quinto.

Finalità precipua di questo apparato normativo è quella di approntare una reazione globale al fenomeno terroristico nei quattro momenti della «prevenzione, perseguimento, protezione e risposta»⁶¹: se al perseguimento sono dedicati strumenti di potenziamento dei mezzi di indagine e di informazione⁶², i quali quindi di pongono prevalentemente su un piano cooperativo, e se la protezione è assicurata tramite il rafforzamento dei controlli alle frontiere, è nel momento della prevenzione che si colloca la decisione quadro 2002/475/GAI⁶³, la quale impone agli Stati membri la definizione e la persecuzione di alcune condotte riferibili a diverse categorie di reati “terroristici”⁶⁴ oltre alla responsabilità delle persone giuridiche nel cui vantaggio sia stato commesso il reato “terroristico” nonché norme in materia di giurisdizione ed esercizio dell'azione penale.

Il primo e il secondo *considerando* illustrano le ragioni assiologiche a fondamento dell'azione repressiva: se infatti «l'Unione europea si fonda su valori universali di dignità umana, libertà,

⁵⁸ Pubblicata in GUCE, L 164 del 22 giugno 2002.

⁵⁹ Per un'efficace sintesi, cfr. DAMATO, DE PASQUALE, PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, 2011, p. 200 ss..

⁶⁰ Cfr. *supra*, par. 1.1.1.5 in fine.

⁶¹ DAMATO, DE PASQUALE, PARISI, *Argomenti*, cit., p. 203.

⁶² Uno fra tutti, la decisione quadro 2008/615/GAI, del 23 giugno 2008, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera.

⁶³ Definita dalla successiva decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, secondo *considerando*, come «la base della politica antiterrorismo dell'Unione europea».

⁶⁴ Cfr. subito *infra*.

uguaglianza e solidarietà, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» e se essa «si basa sul principio della democrazia e sul principio dello stato di diritto, principi che sono patrimonio comune degli Stati membri» (primo *considerando*), «il terrorismo costituisce una delle più gravi violazioni di detti principi ... in quanto costituisce una minaccia alla democrazia, al libero esercizio dei diritti dell'uomo e allo sviluppo economico e sociale» (secondo *considerando*).

Il *considerando* nono motiva, con formula analoga a quella già vista precedentemente⁶⁵, circa il rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità: mentre la motivazione inerente tale ultimo principio è del tutto tautologica⁶⁶, in punto di sussidiarietà un brevissimo inciso pare indicarne a fondamento una non meglio precisata «esigenza di reciprocità».

Un dato di rilievo, anche alla luce del peculiare impatto delle misure antiterrorismo, è il ripetuto riferimento alla tutela dei diritti fondamentali: essi costituiscono sia il fondamento (primo *considerando* sopra citato) sia il limite dell'intervento penale dell'Unione⁶⁷.

Con riguardo a tale ultimo profilo si segnala già il *considerando* decimo, che giova riportare integralmente:

«La presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario. L'Unione rispetta i principi riconosciuti dall'articolo 6, paragrafo 2, del trattato sull'Unione europea e rispecchiati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ed in particolare nel suo capo VI. Nella presente decisione quadro nulla può essere interpretato come una misura intesa a limitare od ostacolare diritti o libertà fondamentali quali il diritto di sciopero, le libertà di riunione, di associazione o di espressione, compreso il diritto di fondare un sindacato insieme con altre persone ovvero di affiliarsi

⁶⁵ Cfr. *sub par.* 3.1.3.

⁶⁶ «Conformemente al principio di proporzionalità la presente decisione quadro non va al di là di quanto strettamente necessario per raggiungere tali obiettivi».

⁶⁷ Il tema è già stato accennato e lo sarà ulteriormente in seguito, anche in appositi paragrafi. È opportuno precisare che proprio il quadro della lotta al terrorismo internazionale ha fornito alla giurisprudenza le più rilevanti occasioni di riflessione sui rapporti tra l'ottemperanza degli Stati membri e dell'Unione ai propri obblighi internazionali (e segnatamente a quelli derivanti dall'appartenenza alle Nazioni Unite) e il valore primario dei diritti fondamentali. Cfr. fra tutti il caso Kadi (CGUE, Grande Sezione, 3 settembre 2008, C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*; CGUE, Grande Sezione, 18 luglio 2013, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione e a. c. Yassin Abdullah Kadi*).

ad un sindacato per difendere i propri interessi, e il conseguente diritto a manifestare.»

Medesimo concetto è ribadito dall'art. 2, par. 2, della decisione quadro, ove – dopo aver definito le fattispecie di “reati terroristici” – il legislatore europeo precisa nuovamente che «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali quali sono sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificato per effetto della presente decisione quadro».

Quanto alle singole fattispecie di reato che ciascuno Stato membro è tenuto a prevedere, la decisione quadro, pur non definendo il concetto di “terrorismo”⁶⁸, individua tre categorie di condotte: i “reati terroristici” (art. 1), i “reati riconducibili a un'organizzazione terroristica” (art. 2) e i “reati connessi alle attività terroristiche” (art. 3).

I primi consistono in diversificate condotte tipicamente riferibili all'idea empirica di terrorismo⁶⁹ qualificate dal carattere intenzionale degli atti medesimi e dallo specifico «fine di — intimidire gravemente la popolazione, o — costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, o — destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un paese o un'organizzazione internazionale». È altresì punita la «minaccia di realizzare uno dei comportamenti elencati alle lettere da a) a h)» (così la lettera i) del medesimo par. 1).

⁶⁸ «Come pressoché tutti gli strumenti internazionali [uno fra tutti la Convenzione delle Nazioni Unite sulla repressione del finanziamento al terrorismo del 1999, ndr], la Decisione Quadro 2002/475/GAI non contempla una definizione di terrorismo. Questa ha però tipizzato gli atti di terrorismo» (DE MATTEIS, FERRARA, LICATA, PIACENTE, VENEGONI, *Diritto penale*, cit., p. 71). Circa la peculiare criticità della definizione di “terrorismo”, che esula dal presente lavoro pur possedendo un importante impatti da un lato sulla determinatezza e sulla coerenza dello strumento e dall'altro sull'effettività della sua attuazione, leggasi - con un particolare sguardo agli strumenti internazionali - il volume di DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, Milano, 2010, sezione I, capitolo I, in particolare pp. 59 ss..

⁶⁹ «a) attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso; b) attentati gravi all'integrità fisica di una persona; c) sequestro di persona e cattura di ostaggi; d) distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale ovvero di luoghi pubblici o di proprietà private che possono mettere a repentaglio vite umane o causare perdite economiche considerevoli; e) sequestro di aeromobili o navi o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci; f) fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto, fornitura o uso di armi da fuoco, esplosivi, armi atomiche, biologiche e chimiche, nonché, per le armi biologiche e chimiche, ricerca e sviluppo; g) diffusione di sostanze pericolose, il cagionare incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in pericolo vite umane; h) manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane»

I “reati riconducibili a un’organizzazione terroristica”⁷⁰ sono invece rappresentati dalle condotte, sempre intenzionali, di «a) direzione di un’organizzazione terroristica; b) partecipazione alle attività di un’organizzazione terroristica, anche fornendole informazioni o mezzi materiali, ovvero tramite qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose dell’organizzazione terroristica» (art. 2, par. 2).

Da ultimo, i “reati connessi alle attività terroristiche” di cui all’art. 3⁷¹ sono «a) furto aggravato commesso per realizzare uno dei comportamenti elencati all’articolo 1, paragrafo 1; b) estorsione per attuare uno dei comportamenti elencati all’articolo 1, paragrafo 1; c) formazione di documenti amministrativi falsi al fine di porre in essere uno dei comportamenti elencati nell’articolo 1, paragrafo 1, lettere da a) a h), e nell’articolo 2, paragrafo 2, lettera b)».

L’art. 4 prevede poi l’introduzione delle misure necessarie per la punizione dell’«istigazione a commettere uno dei reati [sopra descritti] o il concorso in uno di [essi]», mentre al par. 2 si occupa del tentativo: quest’ultimo riguarda i “reati terroristici” e i “reati connessi”, con esclusione di quelli “riconducibili a un’organizzazione terroristica”; sono altresì escluse dalla punibilità in forma tentata, anche qui per evitare un eccessivo arretramento della punibilità⁷², la fattispecie di detenzione di armi (art. 1, lettera f)) e la condotta di minaccia (art. 1, lettera i)).

Di particolare interesse è l’art. 5, inerente le sanzioni. Lungi dal limitarsi a prevedere “sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive”, secondo la nota formula tralatizia pure richiamata dal par. 1, i parr. 2 e 3 introducono specifiche indicazioni edittali: in particolare il par. 2 prevede che la sanzione per le varie tipologie di reati di terrorismo nonché per le correlative forme tentate o plurisoggettive debba essere più severa «di quella prevista per tali reati dal diritto nazionale in assenza della finalità specifica richiesta a norma dell’articolo 1, paragrafo 1»; il par. 3, poi, prevede i minimi di pena massima per le due fattispecie di reati enumerate dall’art. 2.

A proposito di quest’ultima disposizione si sono appuntati alcuni rilievi critici in dottrina, di tal che pare opportuno richiamarla testualmente:

«Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i reati elencati all’articolo 2 siano punibili con una reclusione di durata massima non inferiore a 15 anni per i reati di cui all’articolo 2, paragrafo 2, lettera a),

⁷⁰ Definita dal par. 1 dell’art. 2 come un’organizzazione plurale, stabile, non estemporanea ma neppure necessariamente articolata in una struttura gerarchica complessa.

⁷¹ Poi modificato in maniera rilevante dalla successiva decisione quadro 2008/919/GAI, per la quale cfr. *infra*, par. 3.1.13.

⁷² Cfr. *supra*, par. precedente.

e non inferiore a 8 anni per i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b). Qualora il reato di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), si riferisce solo alla fattispecie di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera i), la durata massima della reclusione non è inferiore a 8 anni.»

Se è infatti apprezzabile, sotto il profilo del rispetto dei principi di colpevolezza e di coerenza, che la condotta di direzione dell'organizzazione terroristica (lett. a)) sia punita più severamente di quella di semplice partecipazione (lett. b)), e se è altrettanto apprezzabile che la direzione di un'organizzazione che si limiti a condotte di minaccia sia punita meno severamente di quella di direzione di un'organizzazione che concretizzi tali minacce realizzando le condotte previste dall'art. 1, par. 1, lett. a)-h), destano serie preoccupazioni alcuni altri rilievi: innanzitutto, nel caso dell'organizzazione terroristica che si limiti alla minaccia, «incombe ... sui capi, ..., una pena massima altrettanto alta come per qualsiasi gregario»⁷³, con evidente lesione del principio di colpevolezza⁷⁴, essendosi «persa l'occasione di ridurre la pena massima minima anche per altri partecipi»; ancora, focalizzando l'attenzione al solo partecipe, è evidente un ulteriore profilo di lesione del principio di colpevolezza consistente nel fatto che il “gregario” è punito ugualmente tanto se l'organizzazione si è resa responsabile di mere condotte di minaccia quanto se ha compiuto i più efferati reati previsti all'art. 1⁷⁵.

A questo punto può inoltre già presentarsi un ulteriore rilievo a carattere “trasversale”⁷⁶, il quale muove dal rilievo per cui il minimo di pena massima pari ad otto anni, previsto per la condotta del partecipe ad organizzazione terroristica è altresì previsto, fra l'altro, dalla decisione quadro n. 2000/383/GAI⁷⁷ in materia di falsificazione di monete, e precisamente per la condotta di

⁷³ Così il *Manifesto*, sub par. 3 in fine, cui si rimanda anche per gli ulteriori rilievi qui svolti.

⁷⁴ È vero che il legislatore nazionale è in grado di modulare la sanzione introducendo un più alto massimo edittale, un differente minimo, o altri strumenti di riduzione della sanzione per il “gregario”, ma se da un lato ciò è lasciato alla discrezione e alla sensibilità di ciascuno dei ventotto legislatori nazionali e altrettanto vero che anche ipotizzando che tale soluzione sia adottata, addirittura identicamente, da tutti costoro, ciò costituirebbe un palliativo ma non certo la soluzione del problema.

⁷⁵ A ciò si aggiunga poi, ma il tema esula dal presente lavoro, la particolare ampiezza della condotta di partecipazione, che può anche limitarsi alla mera (benché consapevole) “fornitura di informazioni” fino a spingersi all'assunzione di ruoli “sub-dirigenziali” dell'organizzazione stessa. Vedasi per tutte Cass. pen., sez. II, n. 24994 del 25 maggio 2006, dep. 19 luglio 2006: «il delitto di partecipazione ad un'associazione con finalità di terrorismo ... è integrato, in presenza di una struttura organizzata sia pure in modo rudimentale, da una condotta di adesione ideologica che si sostanzia in seri proposito criminali diretti alla realizzazione delle finalità associative, senza che sia necessario, data la natura di reato di pericolo presunto, che si abbia l'inizio di materiale esecuzione del programma criminale».

⁷⁶ Per il quale, con esempi diversi ma analoghi, cfr. il *Manifesto*, sub par. 6 in fine, nonché *infra* nel presente lavoro, par. 4.4.

⁷⁷ Cfr. par. 3.1.2.

«falsificazione o alterazione fraudolenta di monete» di cui all'art. 3, par. 1, lett. 1), della citata decisione: in proposito non sfugge innanzitutto come la dannosità sociale delle due condotte si manifestamente sproporzionata, dando luogo a un'incoerenza evidente⁷⁸; d'altra parte, e richiamando in proposito le classificazioni dei "beni giuridici comunitari" già descritte⁷⁹, questo rilievo sembra costituire primario argomento delle tesi che, con maggiore o minore *verve* critica, evidenziano il particolare ed intenso grado di tutela approntato dall'Unione a protezione dei beni istituzionali/di esistenza, a prescindere dal grado di lesività sociale che tali condotte effettivamente posseggano.

In punto di attuazione, deve premettersi che la decisione quadro in discorso è stata sostituita dalla decisione quadro 2008/919/GAI del 28 novembre 2008⁸⁰: rinviandosi *infra* per un breve commento aggiornato, si può comunque sin d'ora precisare come, in linea del resto con la particolare gravità dei fatti previsti dalla decisione⁸¹, l'ordinamento italiano fosse già sostanzialmente conforme alle prescrizioni della decisione quadro per tramite degli interventi normativi di cui, fra gli altri, al D.L. 15 dicembre 1979, n. 625⁸², al D.L. 18 ottobre 2001, n. 374⁸³, al D.L. 27 luglio 2005, n. 144⁸⁴.

⁷⁸ E questo è il rilievo degli estensori del *Manifesto*, nel passo da ultimo citato.

⁷⁹ Cfr. par. 1.1.

⁸⁰ Sulla quale vedi *infra* apposito paragrafo.

⁸¹ Le relazioni periodiche della Commissione (COM(2004) 409 def., pubblicata in GUUE C 321 del 28 dicembre 2004, e COM(2007) 681 def., pubblicata in GUUE C 9 del 15 gennaio 2008) evidenziano un generalmente soddisfacente grado di attuazione dello strumento in pressoché tutti gli Stati membri.

⁸² Convertito con modificazioni in legge 6 febbraio 1980, n. 15, G.U. 7 febbraio 1980, n. 97.

⁸³ Convertito con modificazioni in legge 15 dicembre 2001, n. 438, G.U. 18 dicembre 2001, n. 293.

⁸⁴ Convertito con modificazioni in legge 31 luglio 2005, n. 155, G.U. 1° agosto 2005, n. 177.

3.1.5 Decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani.

Quello della lotta alla tratta degli esseri umani, *trafficking* - nel lessico proprio degli strumenti internazionali in materia⁸⁵, è un obiettivo che vede coinvolti diversi attori della comunità internazionale, prima fra tutte l'Organizzazione delle Nazioni Unite, e sulla quale la stessa Unione europea ha concentrato importanti sforzi sin dagli albori dello SLSG, prima mediante piani di sostegno alle organizzazioni non governative che si occupano di assistenza e prevenzione nel settore⁸⁶ e poi mediante un'azione comune⁸⁷ rivolta all'introduzione di sanzioni penali a prevenzione del fenomeno. Successivamente, è il Trattato di Amsterdam a prevedere espressamente la tratta e i reati contro i minori nell'ambito dei reati sovranazionali di cui all'art. 29 TUE-Amsterdam, mentre il Programma di Tampere⁸⁸ vi fa espresso riferimento ai punti 23 e 48⁸⁹.

Come nel caso della decisione quadro contro il terrorismo, la particolare gravità delle condotte considerate dalla decisione quadro 2002/629/GAI⁹⁰ è evidente e ripetutamente ribadita dai *considerando* della decisione quadro (in particolare, il terzo, il quinto e il settimo). Scopo dello strumento è quindi reprimere tali comportamenti in funzione della loro gravità, con un «approccio globale» (*considerando* settimo) che integri «l'importante opera portata avanti da organizzazioni internazionali, segnatamente le Nazioni Unite» (*considerando* sesto); la «severità» delle sanzioni dovrà poi essere «sufficiente a far rientrare la tratta degli esseri umani nell'ambito d'applicazione degli strumenti già adottati allo scopo di combattere la criminalità organizzata» (*considerando* ottavo), facendo emergere l'ulteriore finalità di cooperazione giudiziaria propria di tutti gli strumenti di terzo pilastro⁹¹.

Merita espressa menzione il già citato settimo *considerando*, nella parte in cui riesce a motivare in maniera più specifica di quanto non accada usualmente⁹² in punto di rispetto del

⁸⁵ Uno fra tutti, il primo Protocollo addizionale alla Convenzione ONU di Palermo del 2000 sulla criminalità organizzata transnazionale.

⁸⁶ C.d. "programma STOP", azione comune 96/700/GAI, del Consiglio, del 29 novembre 1996, in GUUE L 322 del 12 dicembre 1996.

⁸⁷ Azione comune 97/154/GAI, del Consiglio, del 24 febbraio 1997, in GUUE L 63 del 4 marzo 1997.

⁸⁸ Cfr. *supra*, par. 1.1.2.1.

⁸⁹ Cfr., *amplius*, ARMONE, CIMINI, GANDINI, IZZOLINO, NICASTRO, PIOLETTI, *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, p. 215 ss..

⁹⁰ Pubblicata in GUCE, L 203 del 1 agosto 2002.

⁹¹ Cfr. quanto affermato *supra*, in apertura del par. 1.1.2.

⁹² Ci si riferisca anche solo ai tre esempi illustrati nei paragrafi che precedono.

principio di sussidiarietà: dopo aver dato conto della partecipazione degli Stati membri a diversi documenti stesi in sedi internazionali, e dopo aver richiamato i precedenti interventi della stessa Unione in materia, la decisione in commento considera che all'azione individuale dei singoli Stati debba necessariamente affiancarsi quel già ricordato «approccio globale che comprenda, quale parte integrante, la definizione degli elementi costitutivi della legislazione penale, comuni a tutti gli Stati membri». In questo senso può dirsi raggiunto un sufficiente livello di motivazione circa l'insufficienza dell'azione dei singoli Paesi e la necessità di intervento in sede sovranazionale, termini che come è visto⁹³ costituiscono il *proprium* dell'idea stessa di sussidiarietà.

Come attentamente rilevato⁹⁴, questo costituisce solo un primo aspetto della verifica del rispetto del principio di sussidiarietà, poiché tale principio inerisce non già la materia o il tema bensì le singole disposizioni introdotte: infatti, la circostanza che taluni ambiti particolari, come il terrorismo internazionale, i delitti ambientali o la repressione della tratta di esseri umani, abbiano «un carattere tendenzialmente trascendente i confini nazionali ... la circostanza che in questi ambiti il rispetto del principio di sussidiarietà sia in linea di principio acquisito, non significa tuttavia che anche tutte le singole forme di manifestazione ... debbano necessariamente ed automaticamente essere regolati a livello internazionale»⁹⁵.

Esaurite le necessarie premesse, la decisione quadro individua all'art. 1 le fattispecie che i singoli Stati dovranno «punire come reato», mentre all'art. 2 è prevista – secondo lo schema noto – la punibilità di «istigazione, favoreggiamento, complicità e tentativo» e all'art. 3 sono indicate le sanzioni.

Sul piano della definizione delle condotte, appare apprezzabile lo sforzo «di conseguire un più alto grado di determinatezza»⁹⁶ rispetto ai correlativi testi internazionali. L'art. 1, infatti, nel definire il concetto di tratta⁹⁷, si preoccupa di caratterizzare il concetto di “abuso di potere o di posizione di vulnerabilità” richiedendo che la vittima «non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso» (art. 1, lett. c)).

⁹³ Cfr. *supra*, par. 1.2.2.1.

⁹⁴ Cfr. il *Manifesto*, *sub* par. 5.

⁹⁵ *Ivi*.

⁹⁶ Così il *Manifesto*, *sub* par. 4.

⁹⁷ «Il reclutamento, il trasporto, il trasferimento di una persona, il darle ricovero e la successiva accoglienza, compreso il passaggio o il trasferimento del potere di disporre di questa persona» operati con determinate modalità (coercizione, inganno, abuso di potere, offerta di pagamento) e a determinati fini (lo sfruttamento economico e lo sfruttamento sessuale).

Sul fronte sanzionatorio, l'art. 3, oltre alla tralattiva indicazione di efficacia, proporzione e dissuasività (par. 1), prevede che alle condotte più gravi corrisponda un minimo del massimo edittale non inferiore a otto anni di pena detentiva: si tratta di condotte caratterizzate o per una particolare lesività («il reato ha messo a repentaglio ... la vita della vittima») o «ha procurato un danno particolarmente grave») o per la categoria cui appartiene la vittima (c.d. «vittime vulnerabili», tra cui i bambini⁹⁸) o ancora per la circostanza che il reato rientri tra le attività di un'organizzazione criminale. Nessun dubbio, in proposito, sulla coerenza di tali opzioni e sul rispetto in proposito del principio di colpevolezza. Ricollegandosi piuttosto a quanto osservato in fine al precedente paragrafo, sorgono dubbi circa il rispetto del principio di coerenza sistematica, visto che il quadro sanzionatorio delineato dalla decisione pare suggerire agli Stati di punire meno severamente le condotte di tratta «meno gravi», le quali tuttavia appaiono certamente più gravi di quelle punite con minimo del massimo edittale non inferiore a otto anni secondo altre decisioni quadro⁹⁹.

Quanto infine all'attuazione dello strumento nell'ordinamento italiano, «l'attuale legislazione ... appare sostanzialmente conforme agli *standards* previsti dalla decisione quadro»¹⁰⁰, sulla base dei noti interventi legislativi che hanno riformulato le fattispecie degli art. 600 ss. c.p., anche per quanto concerne le cornici edittali¹⁰¹. Come può osservarsi *ictu oculi*, le soglie sanzionatorie individuate dalle norme ora citate sono ben superiori ai minimi di massimo edittale imposti dalla decisione quadro, e anzi per quanto riguarda le fattispecie di base il limite di otto anni rappresenta non già il massimo bensì il minimo edittale, scelta che può ipotizzarsi sia stata dettata da apprezzabili ragioni di coerenza sistematica.

Poiché lo strumento in discorso è stato recentemente sostituito, nell'ambito del segnalato fenomeno di «lisbonizzazione» dei testi di terzo pilastro, dalla direttiva 2011/36/UE¹⁰², conviene rinviare al successivo apposito paragrafo ogni ulteriore considerazione circa lo stato di attuazione delle prescrizioni sovranazionali nell'ordinamento interno.

⁹⁸ Cui è dedicato uno specifico riferimento all'art. 7, concernente la «protezione e assistenza delle vittime».

⁹⁹ Cfr. in particolare quanto osservato in fine al paragrafo precedente in punto di coerenza, con argomenti del tutto riproducibili in questa sede.

¹⁰⁰ ARMONE, CIMINI, GANDINI, LUZZOLINO, NICASTRO, PIOLETTI, *Diritto penale*, cit., p. 228, cui per più puntuali rilievi si rinvia.

¹⁰¹ L. 11 agosto 2003, n. 228, in G.U. 23 agosto 2003, n. 195, e L. 16 marzo 2006, n. 146, in Suppl. ord. n. 91 a G.U. 11 aprile 2006, n. 85.

¹⁰² Cfr. *infra*, par. 3.2.1.

3.1.6 Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

La decisione quadro 2002/946/GAI¹⁰³ costituisce, tra gli strumenti qui selezionati, il primo a manifestare quella strategia del c.d. “doppio binario” di cui già si è fatto cenno¹⁰⁴: ad esso corrisponde infatti una direttiva, la 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, «volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali», adottata - come si nota - in pari data.

Ciò emerge in maniera davvero lampante dalla lettura coordinata dei due testi¹⁰⁵.

Identica è la struttura dei *considerando* preliminari, taluni letteralmente identici in gran parte (ad es. i secondi e i quinti *considerando* di entrambi i testi). I due testi fanno riferimento l'uno all'altro e viceversa: in particolare, la direttiva «è volta a definire il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e a rendere pertanto più efficace l'applicazione della decisione quadro 2002/946/GAI al fine di reprimere tale reato» (*considerando* quarto della direttiva), mentre la decisione quadro afferma necessario «pervenire ad un ravvicinamento ... [del]le regole minime per le sanzioni previste, la responsabilità delle persone giuridiche e la competenza giurisdizionale» (*considerando* terzo della decisione quadro).

L'ultima disposizione citata rappresenta efficacemente il sistema del “doppio binario” e appare pertanto utile riprodurla testualmente:

«In tale prospettiva, è essenziale pervenire ad un ravvicinamento delle disposizioni giuridiche vigenti, in particolare, da un lato, la definizione precisa dell'illecito e delle relative circostanze esimenti oggetto della direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali e, dall'altro, le regole minime per le sanzioni previste, la responsabilità delle persone giuridiche e la competenza giurisdizionale, oggetto della presente decisione quadro». (corsivi aggiunti)

Proseguendo nell'esame del combinato disposto dei due strumenti, colpisce immediatamente il fatto che non sia presente alcun riferimento al rispetto dei principi di

¹⁰³ Pubblicata in GUCE, L 328 del 5 dicembre 2002.

¹⁰⁴ Cfr. *supra*, par.1.1.2.3.

¹⁰⁵ Cfr. quanto già osservato, proprio in relazione a questi strumenti, *supra*, par. 1.1.2.3.

sussidiarietà e di proporzione, neppure con le sintetiche e tautologiche formule viste nei casi precedenti: se è vero che anche questa materia è caratterizzata da quella “transnazionalità *in re ipsa*”¹⁰⁶ già richiamata per la lotta al terrorismo e propria anche di altre fattispecie, ad esempio i reati ambientali, è altrettanto vero che ciò non esime il legislatore europeo dall’obbligo di motivare in punto, né di vagliare il rispetto dei suddetti principi con riferimento non già alla “materia” complessivamente considerata ma alle singole condotte previste.

Tale dato stupisce anche perché, come già rilevato a proposito del fenomeno della tratta¹⁰⁷, anche per il traffico di migranti (c.d. *smuggling*) esistono diversi strumenti internazionali dei quali gli Stati membri sono parte¹⁰⁸ e sarebbe quindi stato naturale fondare il rispetto del principio di sussidiarietà e di quello di proporzione sul concorrente rilievo della necessità di potenziare l’azione di tali strumenti internazionali in uno con l’obiettivo difficoltà per il singolo Stato di incidere sulle dinamiche dei flussi migratori. Nulla tuttavia è dato rilevare in tal senso nei due testi in esame.

Il legame con il fenomeno del *trafficking* è peraltro evidente alla lettura dei secondi *considerando* di entrambi gli strumenti, ove si precisa che la lotta al favoreggiamento è funzionale alla creazione dello SLSG «*tanto se correlata all'attraversamento illegale della frontiera in senso stretto (smuggling, ndr) quanto se perpetrata allo scopo di alimentare le reti di sfruttamento di esseri umani (trafficking, ndr)*»¹⁰⁹

Le condotte descritte all’art. 1 della direttiva non presentano particolari peculiarità e corrispondono alle fattispecie di favoreggiamento dell’ingresso (lettera a) e favoreggiamento del soggiorno¹¹⁰ (lettera b) dello straniero irregolare, intendendosi per irregolare «una persona che non sia cittadino di uno Stato membro» e che soggiorni o transiti «nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all’ingresso o al transito degli stranieri».

¹⁰⁶ La Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comune in materia di immigrazione illegale (COM(2001) 672 def. del 15 novembre 2001), p. 23, osserva, a proposito dell’elemento transnazionale proprio dello *smuggling of migrants*, che “Il traffico illecito contiene ... sempre un elemento transnazionale, mentre ciò non è necessariamente vero nel caso della tratta, il cui elemento determinante è la finalità di sfruttamento. La tratta presuppone l’intenzione di sfruttare una persona, generalmente indipendentemente da come la vittima sia giunta nella località in cui avviene lo sfruttamento”.

¹⁰⁷ Cfr. par. precedente.

¹⁰⁸ Per più complete indicazioni si rinvia, anche in questo caso, a ARMONE, CIMINI, GANDINI, LUZZOLINO, NICASTRO, PIOLETTI, *Diritto penale*, cit., p. 231 ss..

¹⁰⁹ Corsivi aggiunti.

¹¹⁰ Quest’ultimo solo se perpetrato «a scopo di lucro».

L'art. 2 della direttiva, come d'uso, impone la repressione delle condotte di favoreggiamento anche nelle forme dell'istigazione, del concorso e del tentativo.

Sul piano sanzionatorio, mentre l'art. 3 indica agli Stati membri la necessità di reprimere tali condotte con «sanzioni effettive¹¹¹, proporzionate e dissuasive», la decisione quadro vi aggiunge la qualificazione di «penali» (art. 1, par. 1¹¹²) e prevede ulteriori obblighi nei paragrafi successivi: in particolare, il paragrafo 2 indica la (mera) possibilità di accompagnare, «se del caso», le sanzioni penali con altre misure accessorie (confisca del mezzo, divieto di esercizio professionale, espulsione)¹¹³, mentre il paragrafo 3 individua le fattispecie più gravi prevedendo per la repressione delle stesse un minimo di massimo edittale non inferiore a otto anni.

In proposito, mentre nessuna particolare osservazione deve essere dedicata alla selezione di tali più gravi condotte, è d'interesse quanto annotato dagli estensori del *Manifesto* circa il dibattito inerente la determinazione del minimo di pena massima poi previsto al citato paragrafo 3: in una versione preliminare della decisione quadro in commento tale soglia era stata commisurata in dodici anni, venendo poi abbassata a otto per evitare un impatto troppo rilevante sul sistema penale svedese, il quale non solo prevedeva una cornice edittale da uno a quattro anni per il delitto in questione ma indicava in dieci anni la pena detentiva temporanea più elevata. «Questo è un buon esempio di come si possa tenere conto dell'interesse degli Stati membri alla salvaguardia di un sistema penale in sé coerente»¹¹⁴.

Da ultimo, e sempre in punto di tutela della coerenza, occorre ricordare che è proprio la decisione quadro in commento ad avere previsto, all'art. 1, par. 4, quella valvola di sicurezza già

¹¹¹ “Effettive” e non “efficaci”, ma la variazione è evidentemente priva di rilievo e pare incidere, per quel che si è potuto verificare, solo sulla versione italiana.

¹¹² Poiché le definizioni delle fattispecie sono contenute nella direttiva, la decisione quadro non ha alcuna necessità di riprodurle e pertanto le sanzioni compaiono già nel primo articolo della stessa.

¹¹³ Esula dai fini del presente lavoro rilevare come manchi ogni riferimento alla confisca del lucro conseguito dai trafficanti, strumento accessorio considerato unanimemente tra i più efficaci nell'azione di contrasto. Per tale rilievo cfr., tra gli altri, ARMONE, CIMINI, GANDINI, IUZZOLINO, NICASTRO, PIOLETTI, *Diritto penale*, cit., p. 255 ss..

¹¹⁴ Così il *Manifesto*, sub par. 6. Si è già rilevato come coerenza ed esigenze di armonizzazione tendano a porsi in posizioni conflittuali ogni qual volta i sistemi di destinazione delle norme di armonizzazione presentino gravi discrepanze di partenza: questo appare uno degli esempi più lampanti, se solo si considera che l'ordinamento italiano, e segnatamente l'art. 12, comma 3, D.Lgs. 286/98, prevede per tali condotte una forbice edittale tra cinque e quindici anni di reclusione. In proposito, è la stessa Commissione, nella propria relazione sull'attuazione della decisione quadro (COM(2006) 770 def., del 6 dicembre 2006), a notare che nelle legislazioni nazionali «è prevista una notevole varietà di sanzioni, che vanno da sanzioni minime alla detenzione fino a un massimo di 15 anni come pena massima in presenza di circostanze aggravanti», salvo poi precisare (poco condivisibilmente, ad avviso di chi scrive) che «questo, tuttavia, non è contrario alla decisione quadro, che prevede solamente un'approssimazione minima».

richiamata *supra*¹¹⁵, rivolta a consentire ai Paesi membri adusi a cornici edittali più miti di «preservare la coerenza del sistema di sanzioni nazionale». Giova riportarne il testo:

«Qualora ciò sia necessario al fine di preservare la coerenza del sistema di sanzioni nazionale, le azioni di cui al paragrafo 3 sono passibili di pene privative della libertà, il cui massimo non può essere inferiore a 6 anni, a condizione che rientrino tra le pene massime più rigorose applicate a reati di gravità comparabile.»

La decisione quadro in discorso, per quanto qui di interesse, risulta attuata nell'ordinamento italiano per tramite del già citato art. 12 del T.U. immigrazione, ove sono previste diverse figure di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina che ricomprendono l'ingresso, il transito e il soggiorno, così come richiesto dal combinato disposto degli strumenti in esame.

¹¹⁵ Par. 1.1.2.2.

3.1.7 Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato.

«La lotta alla corruzione costituisce da alcuni anni una necessità ineludibile per l'Unione europea, che ha dedicato al tema un'ampia produzione di documenti programmatici e atti normativi vincolanti»¹¹⁶. All'interno di questo «quadro complesso e articolato»¹¹⁷ si inserisce la decisione quadro 2003/568/GAI¹¹⁸, momento culmine della maturazione, nel legislatore europeo, di una considerazione del fenomeno corruttivo come dotato di una lesività autonoma e non semplicemente ancillare alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione come in un primo tempo si era palesato¹¹⁹.

Ciò è reso evidente dalla lettura dei *considerando* premessi allo strumento in discorso.

Già il primo *considerando* osserva che, se la corruzione privata lede la stabilità e la sicurezza degli scambi interni, «l'aumento degli scambi transfrontalieri di merci e servizi» rende i casi di corruzione all'interno di un singolo Stato membro «non ... più soltanto un problema nazionale, ma anche un problema transnazionale, affrontato in maniera più efficace mediante un'azione comune a livello dell'Unione europea». Richiamati poi i testi e gli strumenti già adottati, e in particolare l'azione comune 98/742/GAI (abrogata dall'art. 8 della decisione quadro), e ricordato che l'azione contro la corruzione concorre al raggiungimento di un più elevato livello di sicurezza all'interno dello SLSG¹²⁰, il nono *considerando* dichiara che gli Stati membri ritengono la corruzione nei settori pubblico e privato pericolosa perché costituisce «minaccia allo stato di diritto» e genera «distorsioni di concorrenza» ostacolando «un corretto sviluppo economico».

Anche in questo caso, come già rilevato per altri strumenti esaminati, non vi è alcun espresso riferimento ai principi di sussidiarietà e proporzione: in punto sussidiarietà, in particolare, se è vero che riferimenti pertinenti potrebbero essere individuati proprio nei due *considerando* già richiamati, essi possono al più inerire l'insufficienza dell'intervento nazionale in materia ma non è dato conoscere le ragioni dell'insufficienza di ulteriori strumenti convenzionali.

Ma v'è di più. In questo caso, trattandosi di materia economica, sarebbe stato doveroso motivare anche in punto di sussidiarietà penale, ossia di rispetto del principio di *extrema ratio*: la

¹¹⁶ ARMONE, CIMINI, GANDINI, LUZZOLINO, NICASTRO, PIOLETTI, *Diritto penale*, cit., p. 265.

¹¹⁷ *Op. loc. ult. cit.*.

¹¹⁸ Pubblicata in GUUE, L 192 del 31 luglio 2003.

¹¹⁹ Cfr. la Convenzione PIF del 27 settembre 1996; per più ampi riferimenti all'evoluzione della normativa in materia vedasi ARMONE, CIMINI, GANDINI, LUZZOLINO, NICASTRO, PIOLETTI, *Diritto penale*, cit., p. 265 ss..

¹²⁰ Cfr. altresì il punto 48 delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere (*supra*, par. 1.1.2.1).

decisione quadro, infatti, «non contiene alcuna sufficiente motivazione sul fatto che, per impedire la corruzione [nel settore privato], non siano a disposizione altri mezzi più lievi» della massima forma dell'intervento punitivo. Nessun riferimento è infatti operato a istituti di carattere civilistico o a «misure-*compliance* di ampia portata (come ad esempio l'introduzione del "principio dei quattro occhi" nella assegnazione degli incarichi o il ricambio regolare del personale nei reparti ordinazioni)»¹²¹.

Medesimo discorso può essere fatto per quanto concerne l'effettività dello strumento penale in un ambito caratterizzato dalla presenza, oltre che di casi eclatanti, di un gran numero di episodi di lieve impatto individuale ma che contribuiscono certamente a ledere quell'interesse alla regolarità degli scambi richiamato in principio al primo *considerando*.

Proseguendo nell'esame del testo normativo, emerge all'art 1 un importante sforzo definitorio, fatto in linea di principio assai apprezzabile, come già rilevato altrove. A costituire oggetto di tali definizioni sono in particolare i concetti di "persona giuridica" e di "violazione di un dovere".

Tuttavia, l'esito risulta censurabile proprio sotto il profilo della determinatezza, risultando le due definizioni troppo labili e onnicomprensive, frutto certamente di un acceso e irrisolto dibattito in sede redigente¹²². Vale anche in questo caso riportare il testo delle definizioni e riferire della principali critiche appuntate loro:

Ai fini della presente decisione quadro si intende per:

— «*persona giuridica*», qualsiasi ente così definito a norma del diritto nazionale applicabile, ad eccezione degli Stati o di altre istituzioni pubbliche nell'esercizio dei pubblici poteri e delle organizzazioni internazionali pubbliche,

— «*violazione di un dovere*», ciò che è inteso come tale ai sensi del diritto nazionale. La nozione di violazione di un dovere nel diritto nazionale comune copre almeno qualsiasi comportamento sleale che costituisca una violazione di un'obbligazione legale o, se del caso, una violazione di

¹²¹ Così gli estensori del *Manifesto*, in fine al par. 2.

¹²² ARMONE, CIMINI, GANDINI, LUZZOLINO, NICASTRO, PIOLETTI, *Diritto penale*, cit., p. 277, riferisce delle «contrastanti posizioni emerse durante il negoziato, tra chi concepiva l'incriminazione della corruzione privata come strumento di generale moralizzazione della vita societaria e chi, invece, giudicava la corruzione un fenomeno meritevole di sanzione penale in quanto, e solo in quanto, fattore di distorsione della concorrenza». Le diverse visioni degli Stati membri in ordine alle ragioni di repressione della corruzione privata si riverberano su tutto il testo della decisione quadro, minandone in primo luogo proprio la determinatezza.

normative professionali o di istruzioni professionali applicabili nell'ambito dell'attività di una «persona» che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato.

Quanto al concetto di “persona giuridica”, esso è definito «attraverso un rinvio e un’eccezione»¹²³, il primo alle definizioni proprie del diritto nazionale e la seconda volta ad escludere gli enti di diritto pubblico. È tuttavia noto che tra gli Stati membri vi siano importanti differenze per quanto concerne i meccanismi di attribuzione della personalità giuridica, e se è vero che appare piuttosto evidente nel legislatore europeo l’intento di riferirsi a tutti i soggetti giuridici diversi dalle persone fisiche è altrettanto vero che la disposizione consente una (legittima) lettura più restrittiva¹²⁴. Anche l’eccezione, costruita sulla concorrente presenza di un criterio soggettivo («Stati e altre istituzioni pubbliche») e di un criterio oggettivo («nell’esercizio dei pubblici poteri»), appare foriera di incertezza applicative: «l’esperienza italiana mostra [infatti] come sia difficile, soprattutto in quelle fasi di transizione aperte dai fenomeni di privatizzazione, orientarsi nella *jungla* degli enti pubblici e stabilire con certezza il concetto di “pubblici poteri”»¹²⁵. Tale definizione, pertanto, appare del tutto inidonea ad evitare o anche solo a ridurre il potenziale ricorrere di «interminabili operazioni di regolamento di confini»¹²⁶ che si pongono in perfetta contrapposizione con le esigenze di determinatezza proprie della norma penale¹²⁷.

Quanto poi alla definizione di “violazione dei un dovere”, la quale diviene poi all’art. 2 elemento costitutivo dei fatti di corruzione ivi incriminati, essa dovrebbe essere costruita in modo tale da imporre un confine di rilevanza all’interno della «lunga serie di condotte dalla dimensione deontologica privata e disciplinare alla dimensione pubblica e penalistica»¹²⁸. Al contrario, il concetto «viene definito in termini molto ampi»¹²⁹, che ricomprendono nella risultante nozione giuridica numerosi elementi extrapenali di diversa provenienza, e persino le regole deontologiche proprie delle singole professioni e gli obblighi contrattuali stipulati dal singolo operatore. Questo

¹²³ ARMONE, CIMINI, GANDINI, IZZOLINO, NICASTRO, PIOLETTI, *Diritto penale*, cit., p. 272.

¹²⁴ Accolta peraltro dal legislatore italiano, come si vedrà *infra* in questo paragrafo.

¹²⁵ ARMONE, CIMINI, GANDINI, IZZOLINO, NICASTRO, PIOLETTI, *Diritto penale*, cit., p. 273.

¹²⁶ *Op. loc. ult. cit.*

¹²⁷ Questi rilievi, che potrebbero essere estesi ad altre decisioni quadro (la definizione di “persona giuridica” qui resa è infatti sostanzialmente tratatizia), assumono in questa sede una rilevanza maggiore, poiché fattispecie di corruzione sono ovviamente previste *in primis* nel settore pubblico e pertanto la definizione in discorso riveste l’importante ruolo discrezionale tra l’applicazione di uno o dell’altro dei modelli di tutela.

¹²⁸ *Op loc. ult. cit.*

¹²⁹ *Manifesto*, in fine al par. 4.

profilo di onnicomprensività si aggrava se visto in scala transnazionale, con la «conseguenza che il datore del vantaggio, ..., debba conoscere la cerchia generale degli obblighi della controparte, per poter prevedere il proprio rischio di punibilità [e ciò] comprende sia i rapporti giuridici (compreso il diritto giurisprudenziale!) dello Stato, nel quale vive, sia anche i singoli obblighi contrattuali di colui che accetta il vantaggio»¹³⁰.

Tanto premesso, la definizione delle condotte da criminalizzarsi per tramite dei legislatori nazionali non sarebbe invece di per sé particolarmente problematica: l'art. 2, par. 1, infatti, comprende tutte le forme classiche di corruzione, attiva e passiva, consistenti nel «promettere, offrire o concedere» ovvero nel «sollecitare o ricevere, ... oppure accettare la promessa» di un vantaggio di qualsiasi natura, per sé o per altri, in relazione al compimento, attivo o omissivo, di quella «violazione di un dovere» della quale già si è detto. L'art. 3, poi, richiede la consueta incriminazione di «istigazione e favoreggiamento».

L'apparente chiarezza di tali definizioni non fa tuttavia che scontrarsi con i rilievi di indeterminatezza definitoria già svolti.

Sul piano sanzionatorio, è l'art. 4 a prevedere, a corredo della tralatizia formula della «sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive» (par. 1), la richiesta di un massimo edittale compreso «almeno tra uno e tre anni» (par. 2). Questa formulazione, diversa da quella sin qui vista del “minimo del massimo”, sconta una (apparente) maggiore elasticità, indicando agli Stati membri non già un singolo livello edittale massimo ma una forbice entro cui collocarlo. In realtà la differenza diviene assai evanescente se solo si considera come tanto il “minimo del massimo” quanto la “forbice” costituiscono entrambi un livello *minimo* entro cui collocare il massimo edittale: l'espressione «almeno tra uno e tre anni», proprio valorizzando l'avverbio iniziale, può tranquillamente essere mutata in “non inferiore a un anno”, poiché ben sarebbe possibile agli Stati attuare la decisione quadro mediante una sanzione provvista di un massimo edittale ben superiore¹³¹ a quel limite di tre anni, che appare più che altro un suggerimento non vincolante¹³².

Apprezzabile, poi, in ragione della valorizzazione della persona del reo e del contesto fattuale della commissione del reato, è che la possibile previsione di sanzioni interdittive per

¹³⁰ *Op. loc. ult cit..*

¹³¹ La necessità per il legislatore nazionale, in sede di attuazione di un obbligo di criminalizzazione europeo, di domandarsi della possibilità/opportunità di punire *più* di quanto previsto dalla (lì direttiva, qui) decisione quadro è espressa in RUBI-CAVAGNA, *Réflexions*, cit., p. 510.

¹³² Suggerimento rivolto ad esprimere il grado di lesività sociale che il legislatore europeo appare attribuire alle violazioni considerate, e che dovrebbe (apprezzabilmente) spingere gli Stati membri a contenere la repressione penale entro limiti edittali modesti.

coloro che abbiano riportato condanne per i reati di cui all'art. 2 sia subordinata alla circostanza che «i fatti accertati [diano] motivo di ritenere che vi sia un chiaro rischio di abuso di posizione o abuso d'ufficio per corruzione attiva o passiva» (par. 3).

La decisione quadro sulla corruzione nel settore privato ha ricevuto un'attuazione particolarmente diversificata¹³³ tra gli Stati membri, e forse tale dato non stupisce se raffrontato alle incertezze ermeneutiche sopra evidenziate, segno che la carenza di determinatezza può incidere anche, come già rilevato, sull'effettività dell'intervento penale europeo.

Quanto all'Italia, la Commissione, nella relazione sull'attuazione della decisione quadro¹³⁴, ha censurato la mancata trasposizione del reato di corruzione attiva di cui all'art. 2, par. 1, lettera a), poiché «[il sistema italiano] non contempla l'offerta di un indebito vantaggio, omette gli intermediari e le persone che lavorano nel settore privato e tralascia il riferimento a qualsiasi parte terza quale destinataria dell'indebito vantaggio»¹³⁵, mentre in relazione al reato di corruzione passiva di cui all'art. 2, par. 1, lettera b), ha osservato che l'ordinamento italiano «non contempla gli intermediari, tralascia il riferimento ad un terzo quale destinatario dell'indebito vantaggio ed omette sia l'aggettivo "lavorative", sia il verbo "sollecitare" utilizzato riguardo ad un indebito vantaggio»¹³⁶.

¹³³ «L'attuazione dell'articolo 2 si è rivelata estremamente problematica per gli Stati membri» (così la Commissione nella relazione sull'attuazione della decisione quadro (COM(2011) 309 def., del 6 giugno 2011).

¹³⁴ COM(2011) 309 def., cit..

¹³⁵ COM(2011) 309 def., cit., p. 4.

¹³⁶ *Ivi*. Per più ampie riflessioni, incentrate sull'effettiva estensione dell'art. 2635 c.c. e sulla sua capacità di fornire attuazione alla decisione quadro in commento, cfr. ARMONE, CIMINI, GANDINI, LUZZOLINO, NICASTRO, PIOLETTI, *Diritto penale*, cit., p. 280 ss..

3.1.8 Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile.

La decisione quadro del 2004¹³⁷ sullo sfruttamento sessuale dei bambini è tra gli esempi più significativi di come un'opzione repressiva apparentemente pacifica in punto di selezione dell'interesse tutelato possa rivelarsi particolarmente pernicioso quanto alla dimostrazione dell'effettiva meritevolezza dei beni protetti.

È infatti «affermazione corrente e incontrovertibile che lo sfruttamento sessuale di un bambino costituisca una grave violazione del suo diritto fondamentale ad una crescita protetta, ad un'educazione adeguata e coerente e ad uno sviluppo personale armonico e sereno» e che «la pornografia e la prostituzione minorile sono forme particolarmente gravi»¹³⁸ di tale sfruttamento.

Tale considerazione costituisce uno dei presupposti cardine dell'azione dell'Unione contro tali turpi fenomeni: i *considerando* premessi alla decisione quadro in discorso li qualificano infatti come «gravi violazioni dei diritti dell'uomo e del diritto fondamentale di tutti i bambini ad una crescita, un'educazione ed uno sviluppo armoniosi» (quarto *considerando*), e notano come la pornografia infantile¹³⁹ «è in crescita e si diffonde attraverso l'uso delle nuove tecnologie e di Internet» (quinto *considerando*).

Pertanto, è necessario affrontare tali gravi reati «con un approccio globale che comprenda quali parti integranti elementi costitutivi della legislazione penale comuni a tutti gli Stati membri, tra cui sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, e una cooperazione giudiziaria più ampia possibile» (settimo *considerando*), ed è altresì necessario che tale azione si collochi nella scia dei precedenti interventi dell'Unione, enumerati nel secondo e nel tredicesimo *considerando*, il tutto nell'ambito delle finalità proprie dello SLSG così come illustrate a Tampere¹⁴⁰.

Determinato in tal modo il *focus* della tutela, la decisione quadro prende le proprie mosse con il consueto apparato definitorio, nel quale, oltre a una definizione di "bambino" quale minore di anni diciotto redatta «in conformità con le [rilevanti] disposizioni internazionali»¹⁴¹, spicca la tripartizione della categoria di "pornografia infantile", presupposto alla definizione dei reati di cui al successivo art. 3.

¹³⁷ Pubblicata in GUUE, L 13 del 20 gennaio 2004.

¹³⁸ HELFER, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile*, Padova, 2007, p. 3 s..

¹³⁹ «Una forma particolarmente grave di sfruttamento sessuale dei bambini» (*ivi*).

¹⁴⁰ Nulla i *considerando* precisano circa il rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzione. Si rimanda in punto ai rilievi critici più volte operati *supra*.

¹⁴¹ HELFER, *Sulla repressione*, cit., p. 1, nt. 1, cui si rimanda anche per l'elencazione delle principali tra esse.

Tale tripartizione rappresenta «una novità assoluta»¹⁴², e si pone in un'ideale graduazione di offensività che deve essere sin d'ora evidenziata.

La prima categoria affrontata è quella maggiormente espressiva del nucleo di lesività che la decisione quadro intende reprimere, «la c.d. pornografia reale, nella quale rientrano, ..., rappresentazioni di bambini reali implicati o coinvolti in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali e dell'area pubica»¹⁴³. Tale definizione, benché assai estesa nel suo oggetto¹⁴⁴, non pone particolari questioni né in punto di offensività né quanto alla determinatezza.

«La seconda categoria di pornografia infantile è caratterizzata dal fatto che nella condotta sessualmente esplicita non è coinvolto un bambino, bensì una persona adulta che, avendo un aspetto infantile, sembra esserlo»¹⁴⁵. Viene quindi meno uno dei requisiti della condotta prevista dall'art. 1, lett. b), i), ossia il fatto che il soggetto rappresentato sia effettivamente un minore di anni diciotto, ma resta la necessità che l'atto sia stato realmente compiuto.

«Infine, il Consiglio dell'Unione Europea, determinato a tener conto ... anche degli sviluppi delle nuove tecnologie, ha preso in considerazione pure la pornografia virtuale»¹⁴⁶, consistente nel materiale pornografico che ritrae «immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto» nella condotta sessualmente esplicita di cui alla lettera b), i)¹⁴⁷. Viene qui meno anche l'altro requisito di cui al numero i), poiché in questo caso non solo non è coinvolto alcun bambino ma non si è mai realizzato alcun atto reale.

Queste ultime due categorie, la c.d. pedopornografia apparente e la c.d. pedopornografia virtuale, pongono al contrario della prima degli importanti interrogativi quanto alla selezione dell'interesse protetto. Tali interrogativi risultano indirettamente dal prosieguo della lettura del testo normativo, laddove all'art. 3, par. 2, sono enumerate tra categorie di eccezioni, ossia di

¹⁴² HELFER, *Sulla repressione*, cit., p. 17.

¹⁴³ *Op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁴ L'«esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica» è evidentemente solo un'esemplificazione del concetto di «condotta sessualmente esplicita», che costituisce il vero oggetto della condotta. Taluno ha poi rilevato che «la scelta del predetto esempio non sia stata casuale ma al contrario sia stata diretta a chiarire, giocando d'anticipo, i parametri minimi identificativi del materiale pornografico ritraente soggetti minori» (STILO, *L'intervento dell'Unione Europea contro la pornografia infantile: un primo commento alla decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio del 22 dicembre 2003*, in *diritto.it*, disponibile all'indirizzo http://www.diritto.it/materiali/penale_informatica/dottr_06.html (url consultato il 10 febbraio 2015)).

¹⁴⁵ HELFER, *Sulla repressione*, cit., p. 18.

¹⁴⁶ HELFER, *Sulla repressione*, cit., p. 19.

¹⁴⁷ Così l'art. 1, lettera b), iii), della decisione quadro.

condotte che ciascuno Stato membro ha facoltà di escludere dalla responsabilità penale per i reati di pornografia infantile: innanzitutto, la lettera a) consente l'esclusione delle condotte di pedopornografia apparente, risultato che è invero raggiunto con una formulazione piuttosto "barocca"¹⁴⁸ i cui possibili esiti ermeneutici in punto di onere della prova sono stati sospettati di incostituzionalità e non attuati nell'ordinamento italiano¹⁴⁹; la lettera b), poi, tratta dei casi in cui il materiale pedopornografico reale o apparente veda protagonista un minore che abbia tuttavia «raggiunto l'età del consenso sessuale» purché il materiale sia prodotto e detenuto ad uso privato e con il consenso del bambino¹⁵⁰; la lettera c), infine, consente l'esclusione della punibilità per quei casi di pedopornografia virtuale nei quali il materiale, realizzato senza l'impiego di rappresentazioni pedopornografiche reali o apparenti, sia prodotto e realizzato ad uso privato e «purché l'atto non comporti rischi quanto alla diffusione del materiale».

Può ora giustificarsi l'affermazione introduttiva al presente paragrafo, con la quale si era evidenziato un apparente paradosso nell'individuazione di criticità in punto lesività all'interno di un ambito criminale particolarmente grave come quello dello sfruttamento sessuale dei minori. La decisione quadro, infatti, va molto al di là della persecuzione del nucleo di tutela avente ad oggetto i minori direttamente coinvolti in atti di sfruttamento o in rappresentazioni lascive: la criminalizzazione delle condotte di pedopornografia apparente e virtuale, infatti, non solo non vede affatto coinvolti minori i cui diritti fondamentali possano risultare lesi dall'atto criminale ma si fonda – in effetti – sulla considerazione che tali rappresentazioni e la loro circolazione creino un aumento della domanda di pedopornografia reale, presentandosi così come momenti di tutela mediata rispetto al medesimo bene giuridico¹⁵¹, circostanza «che non ad oggi stato possibile

¹⁴⁸ Dalla categoria della pedopornografia apparente (nella quale la persona implicata "sembra un bambino" ma non lo è, alias: ha diciotto anni o più) viene estrapolata la categoria dei casi «in cui la persona reale che sembra essere un bambino aveva in realtà diciotto anni o un'età superiore ai diciotto anni al momento in cui è stata ritratta», il che evidentemente è esattamente lo stesso: dal caso si estrapola un'eccezione che è tanto estesa quanto il caso medesimo. Ciò non giova certo alla chiarezza.

¹⁴⁹ HELFER, *Sulla repressione*, cit., p. 19.

¹⁵⁰ E sempre che il consenso sia rilevante, poiché la decisione quadro considera anche il fatto che il consenso, tanto al fatto di pornografia (art. 2) quanto a quello di sfruttamento (art. 3), sia ottenuto mediante superiorità o abuso.

¹⁵¹ Così ad esempio, HELFER, *Sulla repressione*, cit., p. 18: «la Decisione quadro intende reprimere, con riguardo alla categoria della pornografia apparente, innanzitutto la diffusione di materiale pedopornografico atto ad incentivare la richiesta sul mercato pedofilo e provvedere pertanto ad una tutela mediata dei minori quali potenziali vittime».

provare» e per la quale «in ogni caso sarebbe indispensabile ... che il legislatore europeo si preoccupasse di una adeguata motivazione, eventualmente sulla scorta di ricerche empiriche»¹⁵².

Peraltro, neppure nella documentazione riferibile al procedimento¹⁵³ che ha condotto all'adozione delle decisione quadro è dato rinvenire un'analisi di questo tipo, che appare quindi non solo acriticamente acquisita ma addirittura quasi sottaciuta, forse inconsapevole¹⁵⁴.

Ulteriore profilo di criticità è dato dalla definizione stessa di pedopornografia apparente, fondata sul concetto di "adulto che riveli un aspetto giovanile": tale idea, benché ne possa essere compresa la finalità e inteso lo spirito, «si sottrae a qualsiasi categoria giuridica [poiché] i passaggi fra le diverse fasce di età sono naturalmente fluidi [e] una diciottenne può apparire come diciassettenne (con tutto ciò che significa)»¹⁵⁵. Evidente pertanto il *vulnus* reso alla necessaria determinatezza della fattispecie penale, e la conseguente imprevedibilità dei risultati delle sussunzioni dei fatti concreti di volta in volta considerati.

Ciò premesso quanto alle definizioni, la decisione quadro prosegue enumerando le fattispecie di «sfruttamento sessuale dei bambini» (art. 2) e i «reati di pornografia infantile» (art. 3): tali definizioni, cui si rimanda, non presentano di per sé particolari problemi rilevanti per le finalità del presente lavoro¹⁵⁶. Lo stesso può dirsi per le forme di «istigazione, favoreggiamento, complicità e tentativo» previste al successivo art. 4, limitandosi ad annotare che la criminalizzazione del tentativo, per quanto concerne i reati di pedopornografia, è limitata alle

¹⁵² Così il *Manifesto*, sub par. 1.

¹⁵³ La risoluzione del Parlamento europeo del 30 marzo 2000 (A5-0052/2000, in GUCE C 378 del 29 dicembre 2000) muove dall'esigenza di repressione del turismo sessuale pedofilo e quando passa a considerare il ruolo della pedopornografia nella promozione di tale fenomeno lo fa con chiari cenni al materiale coinvolgimento di minori reali, senza spingersi a valutazioni ulteriori. Lo stesso può dirsi per il parere del Comitato delle Regioni (2001/C 357/11, in GUCE C 357 del 14 dicembre 2001) né addirittura per gli esiti della sessione consiliare del 14/15 ottobre 2002 nella quale è stato raggiunto l'accordo politico sulla decisione quadro (comunicato C/02/308).

¹⁵⁴ La stessa Commissione, nella relazione sull'attuazione della decisione quadro, trattando delle surriferite eccezioni previste all'art. 3, par. 2, così si esprime: «L'articolo 3, paragrafo 2) prevede poche eccezioni all'obbligo di considerare reato la pornografia infantile quando la persona che sembra un bambino ha in realtà 18 anni, oppure il materiale pornografico consiste in immagini realistiche di un bambino inesistente e si tratta di produzione e possesso unicamente a uso privato. In queste circostanze, l'esclusione della responsabilità penale si giustifica con il fatto che nessun bambino è stato coinvolto nella produzione di materiale pornografico» (COM(2007) 716 def., del 16 novembre 2007, p. 6, corsivi aggiunti). La notazione prova troppo: se infatti ciò fosse vero, allora né la pedopornografia apparente né quella virtuale dovrebbero essere punite in nessun caso. Ciò non fa che alimentare i dubbi dell'interprete circa la reale consapevolezza delle scelte operate dal legislatore europeo.

¹⁵⁵ Il *Manifesto*, sub par. 4.

¹⁵⁶ Una notazione circa l'art. 3, ove le condotte di «pornografia infantile» sono punite qualora commesse «senza autorizzazione»: tale espressione, cui non corrisponde alcuna definizione, verrà chiarita solo con la direttiva 2011/93/UE (laddove muta in «senza diritto») e appare rivolta ad escludere talune circostanze, di carattere medico-scientifico, a fini processual-penalistici o di raccolta di informazioni a fini di tutela (cfr. diciassettesimo *considerando* alla direttiva citata). Tale precisazione, se fosse stata formulata già nella decisione quadro in commento, avrebbe contribuito a fornirle maggiore chiarezza.

condotte di produzione e diffusione del materiale e non è invece richiesta per l'offerta e l'acquisto del materiale medesimo¹⁵⁷.

Quanto alle sanzioni, l'art. 5 prevede per tutte le condotte descritte ai precedenti articoli una sanzione penale detentiva il cui massimo edittale sia compreso «tra almeno 1 e 3 anni». Circa la tecnica c.d. della “forbice” valga quanto già detto nel precedente paragrafo¹⁵⁸.

Il par. 2 dell'art. 5 individua poi una forbice più elevata («tra almeno 5 e 10 anni») per i reati considerati maggiormente lesivi, individuati prevalentemente nell'alveo dello sfruttamento (art. 2), mentre per quanto concerne la pedopornografia (art. 3) occorre che il minore non abbia superato l'età del consenso sessuale e che ricorrano congiuntamente ulteriori circostanze, individuate dal par. 2, lett. b), inerenti la messa in pericolo della vita o dell'integrità fisica del bambino o la commissione per tramite di un'organizzazione criminale.

Il par. 3 prevede poi sanzioni interdittive, temporanee o permanenti, aventi ad oggetto «l'esercizio di attività professionali attinenti alla cura dei bambini».

Per quanto riguarda l'attuazione della decisione quadro, la già citata relazione della Commissione indica un generale buon livello di recepimento¹⁵⁹. L'Italia, in particolare, ha inteso adeguarsi mediante la L. 6 febbraio 2006 n. 38¹⁶⁰. Per ogni ulteriore considerazione si rinvia al

¹⁵⁷ Pur esulando dagli scopi del presente lavoro un'analisi puntuale di ogni disposizione contenuta nei testi esaminati, deve notarsi come non appaia affatto chiaro per quale ragione il legislatore abbia operato tale scelta: se infatti nel tentativo di acquisto potrebbe essere stato visto un eccessivo arretramento della punibilità, e viceversa *nulla quaestio* sulla previsione del tentativo di produzione, certamente lesivo dell'interesse protetto, non si comprende perché la decisione quadro richieda la punizione in forma tentata delle condotte di «distribuzione, diffusione e trasmissione» e non anche dell'«offerta e messa a disposizione», le quali tutte sembrano diverse modalità di manifestazione della medesima condotta di “circolazione”/“cessione” del materiale pedopornografico (che ciò possa attenere a una più o meno ampia capacità diffusiva o a una più o meno articolata organizzazione di mezzi sottostante resta pura congettura sopravvista di riscontri ermeneutici testuali). Medesimo discorso, con i medesimi dubbi, circa la decisione quadro sulla repressione del traffico di stupefacenti, descritta al successivo par. 3.1.9. Per vero, con riguardo al tema in oggetto, la successiva direttiva 2011/93/UE, che sostituisce la decisione quadro in rassegna, ha uniformato la punibilità del tentativo (e anche la cornice edittale) per tutte le segnalate tipologie di condotte di “circolazione”/“cessione”, sottraendo attualità al problema.

¹⁵⁸ Giova segnalare, peraltro, quanto riportato in proposito sul portale di sintesi della legislazione europea (http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_trafficking_in_human_beings/l3313_8_it.htm, url consultato il 10 febbraio 2015): «Le sanzioni penali previste da ciascuno Stato devono consistere in una *pena* privativa della libertà *compresa fra almeno uno e tre anni*. Per i reati con circostanze aggravanti la pena privativa della libertà deve avere una durata *minima* compresa tra cinque e dieci anni». I corsivi aggiunti intendono evidenziare le gravi (grossolane) inesattezze riportate da quello che dovrebbe intendersi come uno strumento di chiarificazione della legislazione dell'Unione, segnale ulteriore della scarsa chiarezza concettuale che abita anche le stanze di Bruxelles.

¹⁵⁹ Come si è già segnalato accadere più di sovente con normative per le quali la gravità dei fatti considerati è di maggiore evidenza.

¹⁶⁰ In G.U. 15 febbraio 2006, n. 38.

commento della direttiva 2011/93/UE del 13 dicembre 2011¹⁶¹, che ha sostituito, abrogandola, la decisione quadro in commento.

¹⁶¹ Cfr. successivo par. 3.2.2.

3.1.9 Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti.

La decisione quadro¹⁶² sul traffico illecito di stupefacenti rappresenta un punto di svolta nell'intervento dell'Unione in materia: inizialmente, infatti, «la regolamentazione comunitaria [era] finalizzata a porre dei limiti alla produzione e alla libera circolazione delle sostanze»¹⁶³, e solo in un secondo momento è venuta in rilievo la funzione di protezione sociale che la repressione del traffico di stupefacenti e precursori possiede nella sua attuale configurazione.

Non è quindi un caso se il primo *considerando* dichiara esplicitamente che «il traffico illecito di stupefacenti rappresenta una minaccia per la salute, la sicurezza e la qualità di vita dei cittadini dell'Unione europea, oltre che per l'economia legale, la stabilità e la sicurezza degli Stati membri», ponendo apprezzabilmente la salute e la sicurezza dei cittadini in posizione prioritaria rispetto alla stabilità e alla sicurezza degli Stati membri. Tale mutato orientamento si colloca pienamente nel solco dell'esigenza di costruire quello Spazio di libertà sicurezza e giustizia che caratterizza il *proprium* del terzo pilastro dell'Unione nell'impianto pre-Lisbona.

Altresì apprezzabile è il fatto che il riferimento al principio di sussidiarietà (quarto *considerando*) sia corredato di motivazione espressa. Non appare viceversa condivisibile la ragione posta a suo fondamento, e rinvenuta nel fatto che «l'azione dell'Unione europea dovrebbe vertere sulle forme più gravi di reati in materia»: non è infatti chiaro perché l'intervento dell'Unione si renda indispensabile in ragione della gravità dei reati e non già, ad esempio, del loro carattere transnazionale¹⁶⁴.

Da notare, inoltre, il quinto *considerando*, nel quale il legislatore europeo tratta¹⁶⁵ dell'entità della pena e dei criteri per determinarla. Appare opportuno riportare testualmente tale disposizione:

«Gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, comprendenti pene privative della libertà. Per stabilire l'entità della pena, si dovrebbe tener conto degli elementi di fatto quali i

¹⁶² Pubblicata in GUUE, L 335 del 11 novembre 2004.

¹⁶³ SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 91.

¹⁶⁴ Imporre l'armonizzazione delle sanzioni per i soli reati più gravi può semmai essere significativo sotto il profilo della proporzione.

¹⁶⁵ Per la prima volta in maniera così esplicita, perlomeno per quanto si è potuto appurare.

quantitativi e la natura degli stupefacenti oggetto di traffico e l'eventuale commissione del reato nell'ambito di un'organizzazione criminale»

Al di là pertanto delle «norme minime ... che consentano l'attuazione di una comune strategia» (terzo *considerando*), il Consiglio dell'Unione sembra raccomandare ai legislatori nazionali chiamati a dare attuazione alla decisione quadro un prudente impiego della loro discrezionalità edittale, fornendo altresì indicazioni circa ulteriori elementi idonei a determinare una graduazione proporzionale delle sanzioni in funzione della maggiore o minore lesività dei fatti criminalizzati.

Il nono e ultimo *considerando*, infine, richiama l'idea che il ravvicinamento delle legislazioni sia funzionale all'«efficacia dell'azione svolta per lottare contro il traffico illecito di stupefacenti».

Venendo all'esame dell'articolato testuale, evidente e apprezzabile risulta lo sforzo definitorio: esso è contenuto nell'articolo 1 ma lo si ritrova anche nella dettagliata descrizione delle fattispecie previste al successivo articolo 2 e anche in fine all'articolo 4.

Se le definizioni di “stupefacente” e “precursore”, anche in ragione del loro carattere tecnico e in funzione di una migliore coerenza, sono costruite mediante rimando a convenzioni internazionali o ad altri atti dell'Unione, particolarmente dettagliate appaiono le descrizioni delle condotte previste all'art. 2, lettera a), che giova riportare testualmente:

«la produzione, la fabbricazione, l'estrazione, la preparazione, l'offerta, la commercializzazione, la distribuzione, la vendita, la consegna a qualsiasi condizione, la mediazione, la spedizione, la spedizione in transito, il trasporto, l'importazione o l'esportazione di stupefacenti».

Al riguardo è stato osservato che «è positivo ... che il legislatore europeo tenti di definire il comportamento tipico tramite numerosi elementi di identificazione abbastanza afferrabili»¹⁶⁶: l'elencazione delle condotte non pone infatti particolari problemi di comprensione, risulta determinata, chiara e prevedibile, e pertanto è in grado di contribuire all'orientamento dei consociati con riguardo a tali comportamenti¹⁶⁷.

Per contro, vi è da dubitare sull'opportunità di indicare specificamente la punibilità della «coltura del papavero da oppio, della pianta di coca o della pianta della cannabis», quando nelle

¹⁶⁶ Il *Manifesto*, in apertura del par. 4.

¹⁶⁷ Come si vedrà meglio *infra*, par. 4.2.2, non è del tutto condiviso in dottrina se debba o addirittura possa competere alla norma penale europea una vera e propria funzione di orientamento sociale. In questa sede sia consentito un riferimento sintetico al problema, che sarà approfondito nella più opportuna sede (cfr. *infra*, par. 4.4.1).

definizioni di sostanza stupefacente si è fatto riferimento a cataloghi nei quali tali sostanze sono ricomprese.

Di particolare rilievo è la disposizione del paragrafo 2, volta a escludere dal campo di applicazione della decisione quadro le condotte «tenute dai loro autori soltanto ai fini del loro consumo personale quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali»: «in tal modo viene lasciato agli Stati membri, quantomeno in un certo ambito, un margine di decisione politico-criminale degno di essere salutato con favore, proprio per i differenti approcci della politica in materia di droga degli Stati membri e in ordine al ruolo del diritto penale degli stupefacenti»¹⁶⁸.

Imposta poi come d'uso la criminalizzazione di «istigazione, complicità e tentativo» (art. 3)¹⁶⁹, la decisione quadro passa ad illustrare le sanzioni. Il paragrafo 1 dell'articolo 4 fa seguire alla consueta formula delle pene effettive proporzionate e dissuasive l'indicazione di un massimo edittale compreso tra almeno 1 e 3 anni.

Il successivo paragrafo 2 prendono in considerazione le fattispecie più gravi per quantità di prodotto o dannosità dello stesso: per tali condotte il massimo edittale si innalza in maniera rilevante, dovendo essere compreso tra almeno 5 e 10 anni. I paragrafi 3 e 4 considerano invece il caso in cui la condotta sia commessa nell'ambito di un'organizzazione criminale, nel quale caso se i fatti riguardano gli stupefacenti¹⁷⁰ la pena detentiva deve avere una durata massima di almeno dieci anni (par. 3), mentre se riguardano i precursori il massimo edittale deve attestarsi almeno tra 5 e 10 anni (par. 4).

Il quadro di questi "aggravamenti" sanzionatori non risulta invero del tutto coerente: apprezzabile è la selezione delle condotte più gravi, ma piuttosto vago (senza un'ulteriore specificazione, che qui manca) il riferimento agli «stupefacenti più dannosi per la salute»¹⁷¹; lo

¹⁶⁸ Il *Manifesto*, sub par. 2. Già il *considerando* quarto, sopra richiamato, precisa che l'esclusione delle condotte di consumo personale «non rappresenta un orientamento del Consiglio sul modo in cui gli Stati membri dovrebbero trattare questi altri casi nella loro legislazione nazionale»: questa specificazione fa sì che l'interprete non possa attardarsi nel dubbio che la suddetta esclusione possa implicare una necessaria liceità delle condotte in questione (si rammenti che tra i limiti dell'attuazione degli obblighi di armonizzazione penale deve enumerarsi la presenza di aree di liceità imposte dalla legislazione dell'Unione, cfr. in proposito RUBI-CAVAGNA, *Réflexions*, cit., p. 510).

¹⁶⁹ Con esclusione delle condotte «di offerta o di preparazione di stupefacenti di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), nonché ... di detenzione di stupefacenti di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera c)». L'opzione solleva i medesimi dubbi, circa i criteri di selezione applicati, che si sono trattati *supra* nt. 157, passo cui integralmente si rimanda.

¹⁷⁰ Fattispecie di cui all'art. 2, par. 1, lettere da a) a c).

¹⁷¹ È vero che le convenzioni internazionali cui la decisione quadro rinvia in sede definitiva classificano le sostanze anche in funzione della loro dannosità ma 1) sarebbe stato opportuno operare tale riferimento in via espressa, e 2) in quelle sedi la dannosità è funzionale anche e soprattutto al grado di dipendenza che possono indurre,

stesso aggravamento del massimo edittale (da 1-3 anni fino a 5-10 anni) appare da un lato eccessivo e dall'altro potenzialmente indeterminato, se solo si considera che non è affatto detto che uno stesso Stato si attesti sul minimo o sul massimo delle forbici per tutte le fattispecie¹⁷²; non è infine del tutto chiaro il motivo per cui le condotte più gravi debbano essere punite con un massimo edittale non inferiore a 5-10 anni mentre quella di cui al par. 3 debba essere sanzionata con un massimo edittale non inferiore a dieci anni, ponendo anzi tale previsione dei quesiti circa il rispetto del principio di colpevolezza qualora il legislatore nazionale scelga di punire egualmente tutte le citate condotte¹⁷³.

Il medesimo art. 4, par. 5, prevede infine la confisca delle sostanze e degli strumenti ma soprattutto «dei proventi derivanti da tali reati o la confisca di beni il cui valore corrisponde a quello di detti proventi, sostanze o strumenti», disposizione che deve essere positivamente segnalata per l'effettiva potenzialità dissuasiva, soprattutto nei riguardi delle organizzazioni criminali dedite al traffico di sostanze stupefacenti¹⁷⁴.

Infine, la decisione quadro prevede la facoltà per ciascuno Stato membro di prevedere ipotesi di riduzione della pene per i rei che rinuncino all'attività e forniscano all'autorità informazioni utili per «prevenire o attenuare gli effetti del reato, individuare o consegnare alla giustizia i complici nel reato, acquisire elementi di prova, o prevenire la commissione di altri reati di cui agli articoli 2 e 3».

In punto di attuazione si deve segnalare come l'ordinamento italiano sia parzialmente compatibile con le richieste di criminalizzazione contenute nella decisione quadro, per tramite di una serie di norme contenute prevalentemente nel Testo Unico sugli Stupefacenti¹⁷⁵

mentre il riferimento alla "salute" presente nella disposizione in commento parrebbe limitato al danno in senso stretto.

¹⁷² In altre parole, uno Stato potrà ottemperare alla decisione quadro imponendo un massimo edittale di un anno alle fattispecie base e di undici anni a quelle aggravate, e allo stesso potrà ottemperarvi anche prevedendo un massimo edittale di tre anni per le fattispecie base e di cinque per quelle aggravate. Per maggiori approfondimenti cfr. *infra*, par. 4.4.

¹⁷³ Non si comprende in altri termini se la diversa formulazione rappresenti una sorta di invito al legislatore nazionale a differenziare la cornice edittale della fattispecie del par. 3 rispetto a quella previste ai parr. 2 e 4, ciò che però in definitiva viene lasciato del tutto alla discrezionalità dei legislatori nazionali, privando di significato precettivo la differenziazione segnalata.

¹⁷⁴ Cfr. quanto osservato, allora criticamente, *supra*, nt. 113.

¹⁷⁵ Esattamente, come segnalato dal documento sintetico pubblicato dal Ministero della Giustizia, già citato *supra*: «d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 "Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza" (G.U. n. 255 del 31/10/1990), come modificato dalla L. 21 febbraio 2006, n. 49 "Conversione in legge, con modificazioni del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, recante misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di

Deve essere da ultimo segnalato che pende iter legislativo per l'adozione di misura tecnica di adeguamento della decisione quadro¹⁷⁶ rivolta ad estendere la definizione della sostanza stupefacente anche a nuove sostanze psicoattive la cui produzione e commercializzazione saranno oggetto di apposito regolamento, le cui misure «dovrebbero essere sostenute da disposizioni di diritto penale»¹⁷⁷. Il profilo che deve essere segnalato è che, a differenza di quanto è accaduto e accade con il c.d. processo di "lisbonizzazione"¹⁷⁸, in questo caso la direttiva si limita a modificare la decisione quadro, senza abrogarla né sostituirla. In proposito peraltro potrebbe essere paventata una riduzione delle competenze della Commissione e della Corte di giustizia alle sole innovazioni introdotte con direttiva, in ottemperanza al sistema delineato dagli artt. 9 e 10 del Protocollo n. 36 già esaminati al precedente capitolo: all'art. 10, par. 2, tuttavia, viene precisato che è «la modifica di un atto di cui al paragrafo 1» a comportare «che, con riguardo all'atto modificato e nei confronti degli Stati membri ai quali esso si applica, le attribuzioni delle istituzioni menzionate in detto paragrafo si applichino quali previste dai trattati»; inoltre, la limitazione delle attribuzioni delle istituzioni prevista dalla disposizione transitoria del Protocollo è comunque venuta meno dal 1° dicembre 2014, e quindi il tema ha del tutto perso di attualità e rilevanza.

tossicodipendenti recidivi" (G.U. n. 48 del 27/02/2006); Art. 10 della L. 16 marzo 2006, n. 146». Per contro, nulla è dato desumere dalla relazione della Commissione sull'attuazione dello strumento in discorso (COM(2009)669 def, del 10 dicembre 2009), in quanto l'Italia non aveva trasmesso, a quella data, alcuna informazione utile, restando inadempiente all'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 9 della decisione quadro.

¹⁷⁶ Proposta di direttiva, del 17 settembre 2013, COM(2013) 618 def, «che modifica, per quanto riguarda la definizione di "stupefacenti", la decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti».

¹⁷⁷ Così il *considerando* quarto della proposta di direttiva trasmessa ai Parlamenti nazionali nell'iter di verifica del rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzione sul quale cfr. par. 2.2.

¹⁷⁸ Cfr. in apertura del presente capitolo.

3.1.10 Decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione.

La decisione quadro 2005/222/GAI¹⁷⁹ è il frutto di un dibattito avviato nei primissimi anni 2000 rivolto a quell'«esigenza ineludibile di un coordinamento ed un ravvicinamento delle legislazioni [divenuto] pressante solo con l'avvento del web e la straordinaria diffusione di internet sul finire del secolo scorso»¹⁸⁰.

Snodo centrale della materia di cui trattasi è quello di individuare correttamente l'oggetto della tutela, costituito in un primo momento, logico e cronologico, dai dati e dalle informazioni, e secondariamente dai sistemi che tali dati e informazioni custodiscono e contribuiscono a far circolare e in definitiva anche a far utilizzare.

Il tema della selezione del bene giuridico nel diritto dell'informatica possiede una complessità che è pari alla sua rilevanza: non è pertanto questa la sede nella quale affrontare specificamente tali profili, per i quali si rimanda alle ormai numerose trattazioni in materia¹⁸¹. Basti qui dire che «non esiste un unitario “bene giuridico informatico”... ma vi sono ... molteplici beni giuridici informatici ... che determinano fattispecie “informatiche” realmente dotate di autonomia»¹⁸², tutti beni che ruotano attorno alla considerazione dell'informatica come strumento funzionale al godimento dei diritti connessi con l'utilizzo e la circolazione di dati e informazioni. Passaggio focale, oltre a quello dalla tutela del dato alla tutela dello strumento che ne consente l'utilizzo, è altresì considerato quello da tutela del sistema informatico (il computer) a quello del sistema di informazione (le reti di custodia, comunicazione e scambio dei dati)¹⁸³.

La decisione quadro in commento si colloca all'interno di questo percorso, senza voler apportare rilevanti elementi di novità nelle tecniche di persecuzione del c.d. *cybercrime* e piuttosto mirando a conseguire quell'«approccio globale» necessario per fornire una «risposta efficace» ai sempre più frequenti «attacchi ai danni di sistemi di informazione [che] costituiscono una minaccia per la creazione di una società dell'informazione sicura e di uno spazio di libertà,

¹⁷⁹ Pubblicata in GUUE, L 69 del 16 marzo 2005.

¹⁸⁰ DURANTE, PAGALLO (a cura di), *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Milano, 2012, p. 223.

¹⁸¹ Tra le pubblicazioni più recenti in materia di reati informatici si segnalano, senza alcuna pretesa di completezza: DURANTE, PAGALLO (a cura di), *Manuale*, cit.; D'AIUTO, LEVITA, *I reati informatici. Disciplina sostanziale e questioni processuali*, Milano, 2012; LUPARIA, *Sistema penale e criminalità informatica*, Milano, 2009; CUOMO, RAZZANTE, *La nuova disciplina dei reati informatici*, Torino, 2009; nonché la vasta bibliografia che li corredda.

¹⁸² DURANTE, PAGALLO (a cura di), *Manuale*, cit., p. 220.

¹⁸³ DURANTE, PAGALLO (a cura di), *Manuale*, cit., p. 223.

sicurezza e giustizia» (*considerando* secondo e terzo). Tale risposta è quindi individuata pressoché esclusivamente sul piano della cooperazione giudiziaria penale, cui la richiesta di ravvicinamento delle legislazioni è esclusivamente volta: «L'obiettivo della presente decisione quadro è quello di migliorare la cooperazione tra le autorità giudiziarie e le altre autorità competenti degli Stati membri, compresi la polizia e gli altri servizi specializzati incaricati dell'applicazione della legge, mediante il ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri nel settore degli attacchi contro i sistemi di informazione», così il primo *considerando*¹⁸⁴.

Tra i *considerando*, e salvo quanto si dirà subito *infra*, è da notare un particolare sforzo nella motivazione circa il rispetto del principio di sussidiarietà: la lettura combinata dei *considerando* quinto, sesto, settimo e diciassettesimo mostra la piena consapevolezza da parte del legislatore dell'Unione circa il fatto che il suo intervento si colloca a completamento di una più ampia iniziativa internazionale sul tema e che esso si rende necessario proprio in ragione dell'inevitabile natura transnazionale del crimine informatico, che può essere compiuto da qualsiasi luogo del pianeta.

La struttura della decisione quadro è la consueta e non merita specifici commenti: basti notare, ancora una volta, lo sforzo definitorio all'art. 1, sforzo che nel settore informatico riveste come già visto un peso particolarmente delicato in ragione del fatto che il rapidissimo evolvere della tecnica e delle sue caratteristiche deve essere conciliato con il principio di legalità penale e la predeterminazione del fatto punibile, cui segue la pernicioso tentazione, segnalata dalla dottrina citata, di adottare "una volta per tutte" delle definizioni eccessivamente estese.

In ragione di ciò riveste particolare importanza l'apprezzabile contenuto del tredicesimo *considerando*:

«È necessario evitare un'eccessiva penalizzazione, specialmente per i casi di minore gravità, ed escludere la penalizzazione degli aventi diritto e delle persone autorizzate».

Nel medesimo solco si pongono poi l'art. 1, par. 2:

«Ciascuno Stato membro può decidere che i comportamenti di cui al paragrafo 1 siano punibili solo quando il reato è commesso violando una misura di sicurezza»;

¹⁸⁴ Cfr. anche i *considerando* quinto, ottavo, dodicesimo e sedicesimo.

nonché l'inciso «almeno per i casi più gravi»¹⁸⁵ che accompagna tutte le richieste di criminalizzazione contenute negli artt. 2 («Accesso illecito a sistemi di informazione»), 3 («Interferenza illecita per quanto riguarda i sistemi») e 4 («Interferenza illecita per quanto riguarda i dati»).

Apprezzabile, nella medesima linea di contenimento della punibilità¹⁸⁶, anche la (facoltativa) limitazione della punibilità per il tentativo di accesso illecito (cfr. art. 5).

Moderate anche le cornici edittali: l'art. 6, oltre alla consueta formula delle «sanzioni»¹⁸⁷ effettive, proporzionate e dissuasive», indica per il reato di cui agli artt. 3 e 4 (più gravi poiché causativi di danni ai dati) un massimo edittale attestantesi almeno tra uno e tre anni, con un «aggravamento» a una forbice di due-cinque anni per le condotte commesse nell'ambito di

¹⁸⁵ In verità non è del tutto chiaro che cosa debba intendersi per «casi gravi» né a che cosa parametrare tale gravità. Giova in proposito riportare un intero passaggio della relazione della Commissione sull'attuazione della decisione quadro (COM(2008) 448 def, del 14 luglio 2008), che mostra da un lato la diversificazione dell'interpretazione dell'inciso operata dagli Stati membri e dall'altro come la vaghezza dell'espressione abbia costretto la Commissione ad una personale operazione ermeneutica la quale, collocata in un atto non vincolante né di comune consultazione, non giova affatto alla determinatezza del precetto:

«La frase finale del primo paragrafo lascia a ciascuno Stato membro la facoltà di considerare reato solo "i casi gravi". I seguenti Stati membri si sono, più o meno esplicitamente, avvalsi di tale facoltà, descrivendo i criteri in appresso come corrispondenti a "casi gravi":

- in Austria il criterio giuridico per stabilire la responsabilità penale è che vi sia l'intento di commettere spionaggio di dati e di usare i dati raccolti a scopo di lucro o per nuocere;
- la Repubblica ceca considera reato l'accesso illecito ai sistemi d'informazione solo quando i dati raccolti vengono poi utilizzati abusivamente o vengono danneggiati;
- in Finlandia il criterio perché vi sia responsabilità penale è che i dati consultati siano «messi a rischio»;
- in Lettonia l'accesso illecito è considerato reato solo se «ne deriva un danno sostanziale».

Per poter valutare se i criteri sopra esposti sono conformi alla decisione quadro è necessaria una specifica interpretazione del concetto di «casi gravi». Tale interpretazione è necessaria per stabilire se gli Stati membri hanno formalmente integrato almeno la concezione fondamentale della decisione quadro riguardante la caratterizzazione degli atti in questione come reato. L'articolo 2 è volto a tutelare la riservatezza dei sistemi d'informazione. Di conseguenza, la Commissione ritiene che la nozione di «casi di minore gravità» debba riguardare le fattispecie in cui l'accesso illecito è di minore importanza o in cui la violazione della riservatezza del sistema d'informazione è di grado minore. Le sopra esposte disposizioni dell'Austria, della Repubblica ceca, della Finlandia e della Lettonia, però, specificano circostanze – ad esempio l'esistenza di uno specifico dolo o di rischi o pericoli particolari – che non possono essere considerate conformi all'interpretazione sopra indicata. La Commissione nutre quindi serie riserve sul fatto che le disposizioni dell'Austria, della Repubblica ceca, della Finlandia e della Lettonia siano conformi alla concezione della decisione quadro delle circostanze che caratterizzano i «casi gravi».

Più in generale, tale divergenza nell'interpretazione e nell'applicazione della facoltà di non considerare reato certi atti compromette seriamente l'obiettivo di armonizzare le norme nazionali di diritto penale nel settore degli attacchi contro i sistemi d'informazione» (così il par. 2.3, ma medesimo discorso vale per i successivi parr. 2.4 e 2.5, inerenti rispettivamente l'art. 3 e l'art. 4).

¹⁸⁶ La presente decisione quadro viene additata tra gli esempi di una «positiva tendenza» in tal senso dal *Manifesto*, in apertura al par. 2.

¹⁸⁷ Manca stavolta l'attributo «penali» ma il complesso della decisione quadro, e in particolare l'impiego del termine «reati» in fase di definizione delle condotte punibili, rende inequivocabile la conclusione.

un'organizzazione criminale (art. 7, par. 1) e, ma solo facoltativamente, per i «comportamenti che abbiano provocato gravi danni o abbiano colpito interessi essenziali» (art. 7, par. 2).

Lo strumento in commento appare quindi come un esempio positivo di come l'intervento armonizzatore dell'Unione possa porsi in armonia con i principi di colpevolezza, sussidiarietà penale e coerenza, evitando di incidere in maniera eccessivamente brutale sui sistemi penali nazionali e al contempo promuovendo un opportuno contenimento della criminalizzazione e una graduazione delle sanzioni in base a parametri di gravità e lesività¹⁸⁸, risultando comunque ben in grado di perseguire quegli obiettivi di sostegno alla cooperazione posti in tanta evidenza nei *considerando* già richiamati.

Come detto, la decisione quadro non ha avuto, né appare avesse la pretesa di avere, una portata innovativa circa le definizioni delle fattispecie o la loro estensione¹⁸⁹; inoltre, essa è stata recentemente sostituita, nel citato processo c.d. di "lisbonizzazione", dalla direttiva 2013/40/UE¹⁹⁰. Per tali ragioni non appare utile trattare in questa sede dei profili di attuazione dello strumento citato¹⁹¹, rinviandosi *infra* a più opportuna sede.

¹⁸⁸ In senso opposto a tale valutazione sembra però condurre la già citata relazione della Commissione (COM(2008) 448 def), nel passo (par. 2.7) nel quale valuta positivamente l'adeguamento di alcuni Stati membri, tra i quali l'Italia, che «non hanno fatto alcun riferimento al criterio relativo alle organizzazioni criminali, [e per i quali, tuttavia], i testi comunicati mostrano che l'obbligo di applicare sanzioni più severe per i reati commessi nell'ambito di organizzazioni criminali è già pienamente recepito – benché indirettamente – In questi Stati membri[, infatti,] le disposizioni in vigore per tutti i casi di reati in questione prevedono le pene minime più severe indicate dall'articolo 7 della decisione quadro». Appare quindi chiaro come alla Commissione interessi unicamente l'adeguamento formale, disposizione per disposizione, e che nessun peso nella valutazione abbia avuto il riconoscimento di un esito di ipercriminalizzazione rispetto alle indicazioni di segno opposto chiaramente presenti nel testo della decisione quadro.

¹⁸⁹ L'ordinamento italiano si poneva (insolitamente) come precursore di pressoché tutte le richieste di penalizzazione contenute nella decisione quadro, che risultavano attuate nel nostro ordinamento già per tramite della L. 547 del 23 dicembre 1993, in G.U. 305 del 30 dicembre 1993 (e dalle modifiche apportate, ma per adeguarsi ad altro strumento internazionale, dalla L. 48 del 18 marzo 2008, in G.U. 80 del 4 aprile 2008).

¹⁹⁰ Sulla quale cfr. *infra*, par. 3.2.3.

¹⁹¹ Volendo, per una prospettiva storica, cfr. i pertinenti paragrafi a ciò dedicati dalla manualistica citata *supra* in nt. 181.

3.1.11 Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata.

La decisione quadro 2008/841/GAI¹⁹² si inserisce nell'«intervento dell'Unione europea in materia di criminalità organizzata [tradottosi] nell'emanazione di una serie di decisioni quadro, ispirate all'esigenza di armonizzazione dei differenti sistemi nazionali ..., in un'ottica di cooperazione [finalizzata ad] evitare insidiose forme di *forum shopping*, dovute a regolamentazioni nazionali troppo diverse»¹⁹³. A tal fine «le fonti hanno utilizzato una nozione amplissima di criminalità organizzata nella quale sono stati ricondotti anche crimini economici, reati di falso, corruzione, frodi fiscali e comunitarie»¹⁹⁴.

Anche in questo caso, pertanto, come in quello precedentemente esaminato¹⁹⁵, la finalità dello strumento ha pieno carattere cooperativo, come emerge del resto sin dalla lettura del primo *considerando*: «... La pericolosità e la proliferazione delle organizzazioni criminali richiedono una risposta efficace [...] che avvenga mediante il potenziamento della cooperazione tra gli Stati membri dell'Unione europea...». Ancora, nel terzo *considerando*, si precisa che «il ravvicinamento del diritto penale sostanziale ha l'obiettivo di agevolare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale».

In punto di sussidiarietà, vengono in rilievo i *considerando* sesto e settimo: da un lato l'Unione riconosce che il proprio intervento «dovrebbe basarsi sul considerevole lavoro svolto dalle organizzazioni internazionali», mentre dall'altro afferma che i propri obiettivi «non possono essere realizzati in misura sufficiente dagli Stati membri e possono dunque, a causa delle dimensioni dell'intervento, essere realizzati meglio a livello dell'Unione».

¹⁹² Pubblicata in GUUE, L 300 del 11 novembre 2008. L'intervallo temporale che separa questo testo da quello precedentemente analizzato non deve essere ritenuto particolarmente significativo (benché in dottrina si sia parlato di «a period of relative stagnation», così MITSILEGAS, *The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?*, in *Eur. Law Rev.*, 34/2009, p. 527), innanzitutto perché la selezione dei testi commentati in questo capitolo non ha – come già ricordato più volte – alcuna pretesa di completezza, e inoltre perché neppure negli anni 2006 e 2007 mancano atti rilevanti nell'ambito del terzo pilastro anche se i principali tra essi (uno fra tutti la decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, «relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca») hanno per oggetto discipline di diritto *processuale* penale che esulano dalle finalità di questa «raccolta».

¹⁹³ MAGGIO, *La lotta alla criminalità organizzata in Europa fra strategie di contrasto e rispetto dei diritti umani*, in *Cass. pen.*, 2/2013, p. 809.

¹⁹⁴ *Ivi.*

¹⁹⁵ Cfr. *supra*, par. 3.1.10.

In realtà, a differenza di ambiti per i quali si è potuta affermare la sussistenza di una sorta di “transnazionalità *in re ipsa*”¹⁹⁶, quello della criminalità organizzata esprime certamente un carattere di particolare pericolosità ma non ha alcun immediato legame logico-giuridico con «la dimensione dell’intervento» repressivo. Al contrario, anche alla luce della particolare estensione oggettiva già preannunciata e che si illustrerà meglio subito *infra*, la maggior parte delle ipotesi che appaiono contemplate dalle fattispecie previste dalla decisione quadro in discorso non sono destinate ad avere particolari tratti di transnazionalità idonei a giustificare l’intervento europeo.

Questo rilievo è condiviso dagli estensori del *Manifesto*, che additano proprio lo strumento in discorso ad esempio della cattiva prassi di motivare il rispetto del principio di sussidiarietà mediante riferimenti del tutto generici e formali: «tanto le ragioni empiriche della incapacità degli Stati membri di raggiungere gli obiettivi della decisione quadro, quanto la concreta definizione di tali obiettivi manca completamente»¹⁹⁷.

Venendo al testo della decisione quadro, l’art. 1 è come di consueto dedicato alle definizioni, in particolare di «organizzazione criminale» e di «associazione strutturata». Quest’ultimo concetto, «ripreso testualmente dall’art. 2 della Decisione Quadro 2002/475/GAI»¹⁹⁸ e posto a base del primo, risulta assai generico e onnicomprensivo e pertanto piuttosto distante da quel modello di «criminalità particolarmente grave con dimensioni transfrontaliere»¹⁹⁹ contro la quale «i cittadini dell’Europa si aspettano che l’Unione europea ... adotti una strategia comune»²⁰⁰.

A mente del n. 2 dell’art. 1, per “associazione strutturata”:

«si intende un’associazione che non si è costituita fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata»,

e pertanto «una qualsivoglia unione che non sia assolutamente casuale, anche senza ruoli formalmente stabiliti dei vari membri, e senza una autentica struttura»²⁰¹. Una tale estensione del

¹⁹⁶ Ad esempio per la repressione della tratta di esseri umani (cfr. par. 3.1.5). In ogni caso, giova ribadire nuovamente che anche per tali ambiti è necessario motivare in punto di sussidiarietà e che la relativa valutazione deve essere rivolta non già alla materia ma alla singola disposizione considerata.

¹⁹⁷ Così il *Manifesto*, in fine al par. 5.

¹⁹⁸ DE MATTEIS, FERRARA, LICATA, PIACENTE, VENEGONI, *Diritto penale, cit.*, p. 75.

¹⁹⁹ Così il terzo *considerando*.

²⁰⁰ Così il primo *considerando*.

²⁰¹ Il *Manifesto*, *sub par.* 2.

concetto di associazione criminale «si spinge più in là di quanto pretenderebbe la vera e propria essenza socialmente dannosa della criminalità organizzata [ed] è difficilmente giustificabile sotto il punto di vista del principio di proporzione»²⁰².

Medesimo rilievo di genericità può essere mosso alle due definizioni di reato associativo tratteggiate all'art. 2, comprensibilmente rivolte a ricomprendere tanto l'approccio tipico dei sistemi di *civil law* (lett. a)) quanto il modello della *conspiracy* tipico dei Paesi di *common law* (lett. b))²⁰³.

Il rilievo, comune in dottrina²⁰⁴, è stato fatto proprio dallo stesso legislatore europeo: nella Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sulla criminalità organizzata nell'Unione europea²⁰⁵ si legge che l'assemblea legislativa europea, preso atto dell'impatto «estremamente limitato esercitato sui sistemi legislativi degli Stati membri dalla decisione quadro 2008/841/GAI sul crimine organizzato», ha richiesto alla Commissione di «presentare ... una proposta di direttiva che contenga una definizione di criminalità organizzata più concreta e che individui meglio le caratteristiche essenziali del fenomeno»²⁰⁶. È sempre nella citata Risoluzione, «priva di efficacia giuridicamente vincolante [ma che] presenta una grande rilevanza politica»²⁰⁷ che può leggersi la richiesta di superamento del «doppio approccio (che criminalizza sia la partecipazione che la cospirazione)» e dell'identificazione di «una serie di reati tipici per i quali, indipendentemente dalla pena massima prevista negli ordinamenti degli Stati membri, sia configurabile tale fattispecie penale»²⁰⁸.

²⁰² *Ivi*.

²⁰³ Precisamente, la partecipazione a un'organizzazione criminale si ha quanto ricorra uno o entrambi i seguenti comportanti: «a) il comportamento di una persona che, intenzionalmente ed essendo a conoscenza dello scopo e dell'attività generale dell'organizzazione criminale o dell'intenzione di quest'ultima di commettere i reati in questione, partecipi attivamente alle attività criminali dell'organizzazione, ivi compresi la fornitura di informazioni o mezzi materiali, il reclutamento di nuovi membri nonché qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività, essendo inoltre consapevole che la sua partecipazione contribuirà alla realizzazione delle attività criminali di tale organizzazione» e «b) il comportamento di una persona consistente in un'intesa con una o più altre persone per porre in essere un'attività che, se attuata, comporterebbe la commissione di reati di cui all'articolo 1, anche se la persona in questione non partecipa all'esecuzione materiale dell'attività».

²⁰⁴ Cfr. MAGGIO, cit., p. 810. Parlano di «definizione ampia» APRILE, SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2012, p. 13.

²⁰⁵ 2010/2309(ini), pubblicata anche su penalecontemporaneo.it, 26 gennaio 2012, con nota di BALSAMO, LUCCHINI, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*.

²⁰⁶ *Ivi*, punto 7.

²⁰⁷ BALSAMO, LUCCHINI, *La risoluzione*, cit., p. 1.

²⁰⁸ Risoluzione citata, punto 7.

L'impressione, infatti, è che il combinato disposto degli artt. 1 e 2 finisca per dilatare talmente l'oggettività materiale delle fattispecie di partecipazione da privarle di fatto di una precisa oggettività giuridica: posto che è pacifico che rientrino nelle definizioni considerate tutte le stabili associazioni mafiose storicamente attestate nel panorama italiano, medesima conclusione dev'essere assunta per impalpabili forme di partecipazione morale alla commissione plurale di fattispecie punibili con pena privativa della libertà non inferiore a quattro anni.

Manca poi ogni riferimento alla tipologia dei reati base, con l'unica precisazione che i correi devono agire per ricavare dal reato base, «direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale»²⁰⁹, precisazione di scarsissima portata selettiva e riferibile in ogni caso non tanto al tipo di reato o all'interesse da questo protetto quanto piuttosto alla motivazione che spinge il reo a commetterlo. In tale contesto, il *vulnus* alla necessità di individuazione di un legittimo scopo di tutela è evidente, e «agli Stati membri non viene così trasmessa alcuna chiara percezione di ciò che debbono punire»²¹⁰. La richiesta di specificità avanzata dal Parlamento nella citata Risoluzione, va indubbiamente anche in questa direzione.

Richiamandosi poi più approfonditi studi²¹¹ circa il livello e la qualità dell'attuazione della decisione quadro 2008/841/GAI nei diversi Paesi dell'Unione, può pertanto forse affermarsi che tale strumento costituisce un esempio di come la carenza di determinatezza e di chiarezza nella selezione di un legittimo scopo di tutela si pongano come un ostacolo tanto al buon governo dei principi fondamentali della legislazione penale quanto all'effettività dell'intervento legislativo sovranazionale, sbilanciando ulteriormente il rapporto costi-benefici dello strumento armonizzatore.

Proseguendo nell'esame della decisione quadro vengono poi in rilievo le pene previste per le fattispecie delineate all'articolo 2: l'articolo 3, omettendo la consueta formula relativa all'effettività, alla proporzionalità e alla dissuasività delle sanzioni, richiede che le condotte di cui alla lettera a) del precedente articolo siano sanzionate con «pena privativa della libertà di durata massima compresa tra due e cinque anni»²¹²; per quanto riguarda le condotte di cui alla lettera b),

²⁰⁹ Art. 1, n. 1.

²¹⁰ Il *Manifesto*, in fine al par. 1.

²¹¹ Vedansi i dati riportati da MILITELLO, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2014, p. 119 s., in particolare nt 46, il quale afferma apertamente che «la sostanziale incapacità[, propria della normativa sovranazionale in materia,] di incidere sulla realtà dei sistemi penali nazionali sarebbe dovuta [fra l'altro] alla eccessiva genericità delle soluzioni adottate per tipizzare le condotte rilevanti» (*ivi*).

²¹² Come si può notare, scompare l'avverbio "almeno", che aveva fatto concludere, negli atti in precedenza esaminati, per una scarsa significatività del passaggio dalla tecnica del "minimo del massimo" a quella della "forbice

la durata massima delle pene in questione può invece attestarsi, con una tecnica mai precedentemente impiegata, o in misura equivalente al massimo edittale di ciascun reato base ovvero nella medesima forbice tra due e cinque anni.

Anche la scelta delle cornici edittali si presta a censura. In particolare, non appare conforme al principio di colpevolezza che qualunque forma di partecipazione ad organizzazione criminale debba essere punita allo stesso modo. Inoltre, sempre rispetto alla colpevolezza, appare problematico constatare che le condotte di *conspiracy* (lettera b)) possano correre il rischio di essere punite di più di quelle di partecipazione attiva all'attività criminale ogniqualvolta il reato base preveda un massimo edittale più elevato di cinque anni.

Quanto infine all'attuazione della decisione quadro nel nostro ordinamento, non può che farsi riferimento²¹³, per la parte sostanziale qui esaminata, agli artt. 416, 416 *bis* e 418 c.p., nonché alla L. 15 luglio 2009, n. 94 (in G.U. 170 del 24 luglio 2009).

edittale", posto che in presenza di detto avverbio i legislatori nazionali potevano sempre innalzare a proprio piacimento i massimi edittali anche oltre le cornici suggerite. Se in questo caso l'omissione sia cosciente e se tale omissione sia in grado di porre agli Stati quei limiti al rialzo auspicati da parte della dottrina non lo si può affermare con certezza. Certo è che la stessa legislazione italiana, sia antecedente che successiva alla decisione quadro, prevede massimi edittali decisamente più elevati (cfr. artt. 416 e 416 *bis* c.p.).

²¹³ Conformemente a quanto indicato nel documento sintetico pubblicato dal Ministero della Giustizia, già citato *supra*.

3.1.12 Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale.

«La decisione quadro del Consiglio del 28 novembre 2008²¹⁴ sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, adottata dal Consiglio al termine di una lunga gestazione durata sette anni, rappresenta il primo strumento normativo europeo emanato nel sensibile ambito del contrasto delle discriminazioni razziali»²¹⁵. La lunga e defatigante trattativa tra gli Stati membri per raggiungere la necessaria unanimità in Consiglio dà riprova della particolare delicatezza della materia; il fatto poi che tale risultato politico sia stato raggiunto per tramite di una progressiva riduzione della portata delle disposizioni originariamente previste nella proposta avanzata dalla Commissione risulta particolarmente evidente non solo dal confronto tra questa e il risultato finale²¹⁶ ma altresì dalla semplice lettura del testo approvato²¹⁷, che presenta diverse singolari peculiarità.

I *considerando* posti in apertura del documento esprimono la finalità della decisione quadro: «il razzismo e la xenofobia costituiscono violazioni dirette dei principi di libertà, di democrazia, di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dello Stato di diritto, principi sui quali l'Unione è fondata e che sono comuni agli Stati membri» (primo *considerando*); ciò impone la «necessità di ravvicinare maggiormente le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri di superare gli ostacoli che si frappongono a un'efficace cooperazione giudiziaria, dovuti principalmente alle divergenze fra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri» (terzo *considerando*); identicamente prevedono i *considerando* quinto²¹⁸ e dodicesimo.

Tra i principali indici della difficoltà politica incontrata in sede di approvazione deve certamente enumerarsi il fatto che il consueto apparato definitivo premesso all'individuazione delle fattispecie criminose e delle sanzioni non solo sia particolarmente (e pericolosamente)

²¹⁴ Pubblicata in GUUE, L 328 del 6 dicembre 2008.

²¹⁵ MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2009, p. 645.

²¹⁶ Confronto che si opererà in maniera sintetica e parziale nei limiti funzionali a presente lavoro; per una più completa analisi si rinvia *passim* a lavoro citato nella nota precedente.

²¹⁷ Come evidenza SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio razziale*, Milano, 2009, p. 47, con riferimento ai *considerando* sesto, decimo, tredicesimo e quindicesimo.

²¹⁸ Del quale vale la pena di riportare il passaggio centrale, che dà l'idea del livello di tautologia cui sovente la prudenza spinge il legislatore europeo nella selezione delle espressioni impiegate: «È necessario definire ... un'impostazione penale che sia comune all'Unione europea, per fare in modo che gli stessi comportamenti costituiscano reati in tutti gli Stati membri».

scarno²¹⁹, essendo limitato ai concetti di “ascendenza” (*considerando* settimo), “religione” (*considerando* ottavo, sostanzialmente tautologico) e “odio” (*considerando* nono), ma soprattutto che sia collocato all’interno dei *considerando*, «parte del documento tradizionalmente priva di efficacia cogente e relativa a considerazioni generali e ad osservazioni di carattere ricognitivo o programmatico»²²⁰.

La stessa definizione delle fattispecie criminose, operata dall’art. 1 del decisione quadro, è «ben lungi dall’essere chiara ed esaustiva»²²¹, nonostante, rispetto alle precedenti versioni del documento, sia stata segnalata una più attenta «valorizzazione dei profili oggettivi dei fatti di reato (scompare, per esempio, il riferimento all'intento razzista), ed il tentativo di assicurare una migliore aderenza delle ipotesi delittuose trattate ai principi di offensività e determinatezza»²²².

Le condotte previste dal citato art. 1 si suddividono in due gruppi: le lettere a) e b) prevedono condotte di mera istigazione alla violenza o all’odio, perpetrate pubblicamente o mediante diffusione di scritti; le lettere c) e d) invece, richiamandosi a due cataloghi di crimini definiti rispettivamente dallo Statuto della Corte penale internazionale e dallo Statuto del Tribunale militare internazionale, ne incriminano l’apologia, la negazione e la minimizzazione grossolana.

Quanto alle fattispecie del primo gruppo si deve osservare²²³ come sia stato positivamente valorizzato l’elemento di pubblicità dell’istigazione, idoneo a meglio individuare la fattispecie materiale sanzionata²²⁴; per contro, viene stigmatizzata in dottrina l’assenza di quell’ulteriore sostrato materiale costituito dal compimento di specifici atti, che avrebbe potuto essere inserito, anche solo in termini di dolo specifico, per meglio preservare il principio di materialità.

Vengono invece segnalate delle perplessità in ordine alla chiarezza delle fattispecie del secondo gruppo: esse infatti domandano l’incriminazione delle condotte di difesa, diniego e

²¹⁹ «Significative, in proposito, sono anche la rinuncia della misura europea a definire espressioni complesse come "razzismo" e "xenofobia" ...», MANCUSO, *La decisione quadro*, cit., p. 651 s.

²²⁰ *Op. loc. ult. cit.*.

²²¹ SASSI, *La libertà di associazione nel “nuovo ecosistema mediatico”: spunti problematici sull’applicazione dell’art. 18 della Costituzione. Il (recente) caso dell’associazione xenofoba on-line*, in AA.VV., *Da Internet ai Social Network*, Rimini, 2013, p. 111.

²²² MANCUSO, *La decisione quadro*, cit., p. 647. Medesimo rilievo in SASSI, *op. loc. ult. cit.*.

²²³ Sempre limitando l’analisi ai profili utili alla presene indagine, e senza pertanto alcuna pretesa di completezza. Per osservazioni più estese si vedano le opere citate in questo paragrafo e la dottrina ivi richiamata.

²²⁴ Caratterizzandola per quella «comune atmosfera emozionale, nella quale gli atteggiamenti e la disponibilità all’azione dei singoli possono trovare corrispondenza e reciproco alimento, ponendo la base di possibili sviluppi criminosi più o meno immediati», così DE VERO, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, 297, citato in MANCUSO, *La decisione quadro*, cit., nt. 13.

banalizzazione dei reati succitati a condizione che «i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio», e «non si comprende allora appieno quale sia realmente la fattispecie che si vuole colpire, apparendo il disposto contorto e confuso, in quanto l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di Genocidio, se attuate in modo da istigare alla violenza e all'odio, sono di per se stese accomunabili ... ai reati fra quelli più genericamente individuati ai due commi precedenti»²²⁵.

Ulteriori profili di indeterminazione²²⁶ sono presenti nel par. 2 del medesimo articolo 1, ove sono previste talune eccezioni di cui gli Stati membri possono usufruire per limitare l'estensione delle fattispecie individuate al paragrafo precedente: è in particolare la concettualizzazione di "ordine pubblico" ad essere fatta oggetto di censure in dottrina, anche dagli estensori del *Manifesto*²²⁷, in quanto concetto assolutamente indeterminato e in grado di vanificare i pur auspicabili margini di manovra offerti agli Stati membri.

La decisione quadro prosegue poi secondo lo schema consueto, prevedendo all'art. 2 la criminalizzazione di «istigazione e complicità»²²⁸ e con la richiesta di imposizione di sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive, che prevedano un massimo edittale compreso «almeno tra uno e tre anni» (art. 3)²²⁹; si prevede poi l'introduzione per la «motivazione razzista o xenofoba» di una specifica «circostanza aggravante o, in alternativa, [che] tale motivazione possa essere presa in considerazione dal giudice all'atto della determinazione della pena» (art. 4)²³⁰.

Rilevante è poi il riferimento, operato dall'art. 7, all'obbligo di rispettare i diritti fondamentali, «tra cui la libertà di espressione e associazione» (par. 1), e al fatto che la decisione quadro non intende imporre agli Stati membri l'adozione di misure che contrastino con gli estremi

²²⁵ SCAFFARDI, cit., p. 48.

²²⁶ Le cui "giustificazioni" vengono rinvenute su un piano squisitamente politico: nel senso di «delimitare [gli] obblighi alla luce delle rispettive tradizioni costituzionali ... deve, perciò, leggersi la riserva a ciascuno Stato membro di decidere se punire tali reati «soltanto se» i comportamenti siano «atti a turbare l'ordine pubblico» - l'archetipo di questo modello ha radici in Germania – oppure se siano «minacciosi, offensivi o ingiuriosi» - chiaro modello di stampo inglese» (SASSI, cit., p. 112).

²²⁷ *Ivi*, sub par. 4.

²²⁸ Con condivisibile esclusione dell'"istigazione (privata?) di istigazione (pubblica)". Per questo rilievo cfr. anche MANCUSO, *La decisione quadro*, cit., p. 652: «Nonostante l'ammissibilità di tale figura non sollevi, da un punto di vista logico, particolari ostacoli, tuttavia, sul piano politico-criminale siffatta scelta rischia di anticipare eccessivamente la soglia dell'attività punibile, entrando in rotta di collisione con gli elementari principi di materialità e di offensività». Per analogo rilievo cfr. *supra*, in questo lavoro, sub par. 3.1.7.

²²⁹ Ritorna l'avverbio "almeno", a riprova che l'omissione già segnalata *supra*, fosse probabilmente del tutto casuale.

²³⁰ Una tale, e insolita, diversificazione di trattamento può essere foriera di un'ulteriore sensibile differenziazione tra le discipline dei singoli Stati membri in sede di attuazione.

costituzionali nazionali in materia di libertà di espressione, di stampa e di comunicazione, nonché con le relative garanzie procedurali (par. 2)²³¹.

Ultimi ma non meno importanti, devono essere segnalati due ulteriori profili, inerenti i principi di sussidiarietà e proporzione. Quanto al primo, infatti, la decisione quadro in rassegna, per il carattere stesso della materia di cui si occupa, si è prestata ad essere assunta ad esempio della c.d. “strumentalizzazione simbolica” del diritto penale operata dal legislatore europeo al fine di cementare il processo di costruzione europea. La lettura combinata dei *considerando* primo, terzo, quarto, quinto e tredicesimo mostra infatti come il rispetto del principio di sussidiarietà sia in realtà riconnesso, oltre che a un generalizzato apprezzamento circa la spregevolezza dei comportamenti censurati, alla mera esigenza di cooperazione nella repressione degli stessi. Tuttavia, «la facilitazione della collaborazione nella persecuzione penale non può ... essere uno scopo in se stesso; se si dovesse accettare questo argomento in termini generali, si svuoterebbe il principio di sussidiarietà ..., poiché naturalmente qualsiasi riduzione delle differenze negli ordinamenti penali rappresenta una agevolazione della collaborazione e delle rogatorie internazionali»²³².

Inoltre, secondo quanto precisato *in incipit* al *considerando* quarto, la scelta di ravvicinare ulteriormente le disposizioni penali sarebbe derivata fra l'altro dalla «valutazione dell'azione comune 96/443/GAI²³³»: se questa valutazione abbia fornito al legislatore elementi utili a supportare un intervento maggiormente incisivo non è dato saperlo, non essendo indicati gli estremi di alcun atto, che in ogni caso non è stato possibile reperire in alcun modo²³⁴.

Anche il principio di proporzione appare violato in questa sede in misura superiore a quanto sia stato segnalato nei casi in precedenza esaminati. Come in tali casi, anche qui manca del tutto una motivazione circa il rispetto di tale principio²³⁵, ma deve altresì registrarsi una circostanza che

²³¹ Ma si veda la dichiarazione della Commissione (1635/1/08 REV 1), allegata al verbale del Consiglio del 28 novembre 2008, nella quale emerge la preoccupazione dell'istituzione circa il potenziale *vulnus* alla preminenza del diritto dell'Unione sul diritto nazionale.

²³² Così gli estensori del *Manifesto*, *sub* par. 5.

²³³ Azione comune del 15 luglio 1996, «adottata dal Consiglio a norma dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, nell'ambito dell'azione intesa a combattere il razzismo e la xenofobia», in GUCE L 185 del 24 luglio 1996, abrogata dall'art. 17 della decisione quadro

²³⁴ Anche se lo si fosse reperito, peraltro, e anche se avesse potuto fornire informazioni utili a suffragare la scelta di maggiore intervento, sarebbe stata ugualmente censurabile una tecnica motivazionale a rinvio a catena, che dalla norma nazionale rimandi alla decisione quadro la quale rimandi a sua volta ad atti ulteriori.

²³⁵ «La presente decisione quadro si limita a quanto è necessario per conseguire [l']obiettivo ... di rendere i reati di stampo razzista e xenofobo [punibili] in tutti gli Stati membri» (*considerando* tredicesimo). Più un'affermazione di intenti che non una motivazione circa il raggiungimento degli stessi.

mostra come l'uso del diritto penale e delle sanzioni privative della libertà sia succeduto in maniera non giustificata e apparentemente casuale all'impiego di altre forme di prevenzione e coercizione: se infatti lo stesso sesto *considerando* fa riferimento alla necessità di adottare «vari tipi di misure in un quadro globale» senza limitarsi «alle questioni penali», tali misure “altre” erano ben presenti non solo nell'azione comune che la decisione quadro sostituisce ma anche nelle precedenti versioni del testo di quest'ultima, ma successivamente espunte²³⁶. Lo stesso *considerando* sesto mostra una radicale inversione nella considerazione del diritto penale quale *ultima ratio*, se è vero che in quella sede il legislatore europeo auspica il completamento delle disposizioni penali con altre misure e non viceversa.

Un ultimo rilievo: il complessivo esame delle numerose e variegate deroghe concesse agli Stati membri²³⁷ dà altresì adito a una generale considerazione di ineffettività dello strumento in commento²³⁸, indice della strutturale interconnessione tra determinatezza ed effettività, come già si è avuto occasione di rilevare.

Quanto all'attuazione dello strumento, giova solo segnalare come, in controtendenza, l'ordinamento italiano si sia trovato a possedere nel proprio armamentario repressivo degli strumenti in buona parte idonei a garantire l'adempimento degli obblighi sovranazionali ma con cornici edittali inferiori rispetto a quelle richieste, avendo i reati di istigazione carattere contravvenzionale²³⁹.

²³⁶ Come riporta MANCUSO, *La decisione quadro*, cit., p. 649.

²³⁷ E per il quale si rinvia, ancora una volta, ai più ampi commenti citati.

²³⁸ Così ad es., soffermandosi nell'analisi delle norme processuali previste agli artt. 8 e 9, MANCUSO, *La decisione quadro*, cit., p. 650: «la norma così formulata perde la carica innovativa ad essa originariamente conferita, d'altra parte essa appare meramente tautologica, limitandosi a ratificare scelte presumibilmente già operate, a livello interno, dalla maggior parte dei Paesi membri».

²³⁹ Per un quadro, tuttora valido, della situazione di attuazione cfr. la nt. 23 al documento sintetico pubblicato dal Ministero della Giustizia, già citato *supra*: «L. 25 giugno 1993, n. 205 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa” (G.U. 26/06/1993, n. 148), come modificata dall'art.13 (che modifica la legge 13 ottobre 1975, n. 654 sulla convenzione contro la discriminazione razziale del 1966) della L. 24 febbraio 2006, n. 85 “Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione” (G.U. n. 60 del 13/03/2006). Da attuare: Fattispecie c) e d) della DQ (Parzialmente coperte dalla “pubblica istigazione e apologia del delitto di genocidio” di cui all'art. 8 della L. 9 ottobre 1967, n. 962 (“Prevenzione e repressione del delitto di genocidio”) adottata in attuazione della relativa Convenzione ONU del 1948) sotto il profilo delle condotte di “negazione o minimizzazione grossolana” del crimine di genocidio e degli altri crimini internazionali di cui agli Statuti dei tribunali internazionali; Art. 6 sulla previsione di sanzioni nei confronti delle persone giuridiche; Art. 8 sulla perseguibilità d'ufficio “quantomeno nei casi più gravi” mentre In Italia appare perlopiù richiesta la querela di parte».

3.1.13 Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo.

Come evidente dal titolo dell'atto, la decisione quadro 2008/919/GAI²⁴⁰ non affronta una tematica nuova per l'armamentario di terzo pilastro, limitandosi ad ampliare la tutela ad altre fattispecie comunque connesse con la lotta contro il terrorismo.

Che medesimo sia l'oggetto della tutela è dimostrato, fra l'altro, dal primo *considerando*, che recupera pressoché testualmente il contenuto dei primi due *considerando* della decisione quadro 2002/475/GAI²⁴¹, affermando che «il terrorismo costituisce una delle più gravi violazioni dei valori universali ... [e] dei principi ... comuni agli Stati membri e sui quali è fondata l'Unione europea».

L'iniziativa per l'implementazione dello strumento precedente «è scaturita dal riconoscimento della crescita della minaccia terroristica, caratterizzata anche per un suo nuovo *modus operandi*. ... infatti ... all'azione di strutture e di gruppi gerarchicamente organizzati, si è sostituita quella di una molteplicità di cellule, spesso autonomamente operanti ... Ciò è stato reso possibile anche grazie all'ausilio di nuove tecnologie, avuto riguardo, in particolare, alle opportunità di collegamento in rete offerte da Internet[, ...] spesso usato per ispirare e mobilitare cellule c.d. silenti, oltre che servire come mezzo di addestramento, creando una sorta di campo di formazione permanente e virtuale, agevolmente accessibile»²⁴². Questo, sostanzialmente, il contenuto dei *considerando* premessi alla decisione quadro del 2008, in particolare il secondo, il terzo, il quarto e il sesto.

Quest'ultimo in particolare afferma che «Il piano d'azione del Consiglio e della Commissione sull'attuazione del programma dell'Aia inteso a rafforzare la libertà, la sicurezza e la giustizia nell'Unione europea ... afferma che occorre privilegiare i vari aspetti della prevenzione, della preparazione e dell'intervento per migliorare e, se del caso, integrare la capacità degli Stati membri di lottare contro il terrorismo, privilegiando in particolare la selezione e il finanziamento delle forze di sicurezza, l'analisi dei rischi, la protezione delle infrastrutture critiche e la gestione degli interventi in caso di crisi».

²⁴⁰ Pubblicata in GUUE, L 330 del 9 dicembre 2008.

²⁴¹ D'ora in poi anche solo "la decisione quadro del 2002".

²⁴² APRILE, SPIEZIA, *Cooperazione*, cit., p. 17.

Il *focus* dell'intervento è pertanto la fase preparatoria all'atto terroristico vero e proprio²⁴³, anche alla luce del tenore della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo²⁴⁴, la quale stabilisce l'obbligo per i Paesi aderenti di sanzionare penalmente «la pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo, il reclutamento e l'addestramento a fini terroristici, se commessi illecitamente e intenzionalmente» (nono *considerando*).

Il dodicesimo *considerando* contiene, con formule del tutto analoghe a quelle già viste in molti dei casi precedentemente esaminati, il riferimento ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità: mentre per quest'ultimo non può farsi altro che constatare la natura meramente ottativa della "motivazione" allegata²⁴⁵, la prima parte della disposizione, inerente il principio di sussidiarietà, conferma l'impressione - più volte esternata - che l'Unione si senta legittimata ad avocare competenza per il solo fatto che sia necessario promuovere l'armonizzazione di questo o di quel settore²⁴⁶.

Di pregio, invece, è il riferimento del *considerando* quattordicesimo al conflitto ontologico tra le forme anticipate di persecuzione del terrorismo e la sfera di libertà di espressione, di opinione e di informazione costituzionalmente garantita negli Stati membri. Appare opportuno riportare testualmente tale disposizione:

«La pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo, il reclutamento e l'addestramento a fini terroristici sono reati intenzionali. Pertanto, la presente decisione quadro non può in alcun modo essere interpretata come intesa a limitare od ostacolare la diffusione di informazioni a fini scientifici, accademici o di comunicazione. L'espressione nel dibattito pubblico di opinioni radicali, polemiche o controverse in merito

²⁴³ Giova ricordare che nella decisione quadro del 2002 erano definiti i reati terroristici (art. 1) e l'associazione criminale finalizzata a commettere tali reati (art. 2), e che per contro minore attenzione era dedicata ai c.d. "reati connessi", limitati alle tre fattispecie previste dall'art. 3.

²⁴⁴ Firmata a Varsavia il 16 maggio 2005 ed entrata in vigore il 1° giugno 2007, mentre per l'Italia non risulta tuttora (febbraio 2015) depositato lo strumento di ratifica. Il testo in inglese è disponibile all'indirizzo <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/196.htm> (url consultato il 10 febbraio 2015).

²⁴⁵ In questo caso è peraltro più evidente che in altri il fatto che esistano misure alternative all'intervento penale (cfr. il *Manifesto*, sub par. 2, quarto trattino) e pertanto ancor più accurata avrebbe dovuto essere la motivazione in punto.

²⁴⁶ Cfr. *amplius* quanto esposto *supra*, par. 3.1.12 in corrispondenza della nt. 232. Peraltro, proprio in relazione alla decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo, in dottrina si è dubitato della stessa efficacia di tale strumento rispetto alle finalità di cooperazione giudiziaria (in proposito MURPHY, *EU Counter-Terrorism Law: Pre-Emption and the Rule of Law*, Oxford, 2012, par. 3.III.B): così fosse - ma tale valutazione esula dal presente lavoro -, si dovrebbe ulteriormente dubitare delle reali finalità dei due strumenti in discorso, privati a questo punto di qualsivoglia funzione sistematica e per i quali forse potrebbe residuare solo quella funzione simbolica più volte criticata.

a questioni politiche sensibili, tra cui il terrorismo, non rientra nell'ambito di applicazione della presente decisione quadro e, in particolare, della definizione di pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo».

Di tale disposizione²⁴⁷ si apprezza il grado di precisione e il fatto di avere affermato espressamente che le opinioni pubblicamente espresse, anche qualora «radicali, polemiche o controverse», proprio in quanto *opinioni*, non rientrano nell'applicazione della decisione quadro. Del resto la materia è ben esplorata dalla giurisprudenza della Corte Edu²⁴⁸, e la decisione quadro non pare voler mettere in discussione tali approdi.

Per contro, colpisce che tale precisazione sia prevista in questa sede e non compaia, perlomeno non con eguale chiarezza, nella decisione quadro 2008/913/GAI, esaminata al paragrafo precedente e approvata in pari data, quest'ultima inerente invece una tematica di sicuro e frontale impatto con la sfera di libertà in questione.

Da segnalarsi, da ultimo, il riferimento del *considerando* quindicesimo alla proporzione penalisticamente intesa, prevedendosi che «L'attuazione dell'incriminazione ai sensi della presente decisione quadro dovrebbe essere proporzionata alla natura e alle circostanze del reato, nel rispetto delle finalità legittime perseguite e della loro necessità nel contesto di una società democratica, escludendo qualunque forma di arbitrarietà o di discriminazione».

Oggetto della decisione quadro è, come detto, ampliare il novero dei c.d. reati connessi: l'art. 1, pertanto, provvede a riscrivere l'art. 3 della decisione quadro del 2002, a ciò dedicato, e a modificare conseguentemente l'art. 4, preposto ad imporre la sanzione di «concorso, istigazione e tentativo». È opportuno riportare testualmente le due disposizioni:

«Articolo 3

Reati connessi ad attività terroristiche

1. Ai fini della presente decisione quadro, si intende per:

a) “pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo”, la diffusione, o qualunque altra forma di pubblica divulgazione, di un messaggio con l'intento di istigare a commettere uno dei reati di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettere da a) a h), [i c.d. “reati terroristici”, ndr] qualora tale comportamento, che preconizzi direttamente o indirettamente

²⁴⁷ Che trova il proprio corrispondente nell'art. 2 della decisione quadro.

²⁴⁸ Per una rassegna sistematica dei principali casi decisi dalla Corte di Strasburgo cfr. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 CEDU)*, in *Dir. pen. contemp. - Riv. trim.*, 1/2011, p. 316 s..

reati di terrorismo, dia luogo al rischio che possano essere commessi uno o più reati;

b) "reclutamento a fini terroristici" l'induzione a commettere uno dei reati di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettere da a) a h) o all'articolo 2, paragrafo 2 [i c.d. reati di associazione terroristica, ndr];

c) "addestramento a fini terroristici" l'atto di fornire istruzioni per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere uno dei reati di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettere da a) a h), nella consapevolezza che le istruzioni impartite sono intese per conseguire tale obiettivo.

2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per garantire che siano considerati reati connessi ad attività terroristiche i seguenti atti intenzionali:

a) pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo;

b) reclutamento a fini terroristici;

c) addestramento a fini terroristici;

d) furto aggravato con l'intenzione di commettere uno dei reati di cui all'articolo 1, paragrafo 1;

e) estorsione commessa con l'intenzione di perpetrare uno dei reati di cui all'articolo 1, paragrafo 1;

f) redazione di un falso documento amministrativo con l'intenzione di commettere uno dei reati di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettere da a) a h) o all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b).

3. Perché un atto di cui al paragrafo 2 sia punibile non è necessario che sia stato commesso un reato di terrorismo.

Articolo 4

Concorso, istigazione e tentativo

1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché sia reso punibile il concorso in uno dei reati di cui all'articolo 1, paragrafo 1 e agli articoli 2 o 3.

2. *Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché sia resa punibile l'istigazione a commettere uno dei reati di cui all'articolo 1, paragrafo 1, all'articolo 2 o all'articolo 3, paragrafo 2, lettere da d) a f).*

3. *Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché sia reso punibile il tentativo di commettere uno dei reati di cui all'articolo 1, paragrafo 1, e all'articolo 3, paragrafo 2, lettere da d) a f), esclusi la detenzione di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera f), e il reato di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera i).*

4. *Ciascuno Stato membro può decidere di adottare le misure necessarie affinché sia reso punibile il tentativo di commettere uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lettere b) e c).»*

Rinviandosi a più ampi commenti sul testo²⁴⁹, la cifra che risulta evidente è di certo quella di un importante arretramento della punibilità, essendo «ricomprese condotte che si collocano su una linea molto anticipata rispetto alla vera e propria commissione di reati di terrorismo»²⁵⁰, ciò che suscita «forti perplessità circa il rispetto del principio di offensività e di proporzione»²⁵¹.

È in particolare l'irrilevanza dell'effettiva commissione di un reato terroristico (art. 3, par. 3), in uno con la vaghezza del concetto di «rischio» indicato all'art. 3, par. 1, lett. a), a determinare un allarmante «completo distacco da qualsiasi *obiettivo*, quantunque astratto, *pericolo* per un bene giuridico»²⁵².

Anche l'avverbio «indirettamente», contenuto sempre nell'art. 3, par. 1, lett. a), contribuisce a formare l'idea della tendenza a una spasmodica anticipazione della tutela. Peraltro, proprio sulla (mancata) attuazione di questa parte del disposto sovranazionale si incentrano le principali critiche esposte nella relazione della Commissione sull'attuazione della decisione quadro²⁵³: forse

²⁴⁹ Cfr., ad es., DE MATTEIS, FERRARA, LICATA, PIACENTE, VENEGONI, *Diritto penale*, cit., pp. 78 ss.; DI STASIO, *La lotta*, cit., pp. 238 ss..

²⁵⁰ Il *Manifesto*, sub par. 2, corsivo nel testo.

²⁵¹ SALVADORI, *I reati di possesso come tecnica di anticipazione della punibilità alla luce delle fonti internazionali ed interne*, in GRASSO, PICOTTI, SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione*, cit., p. 275.

²⁵² Il *Manifesto*, loc. ult. cit., corsivo nel testo.

²⁵³ COM(2014) 554 def., del 5 settembre 2014. In particolare a p. 6 si legge che, «Basandosi su disposizioni che si riferiscono in termini più generali alla pubblica istigazione o provocazione, anziché al mero intento di istigare a commettere reati terroristici come previsto, dalla decisione quadro del 2008, si rischia di considerare penalmente perseguibile solo la "provocazione diretta" e non la "provocazione indiretta" suscettibile di *dare semplicemente luogo al rischio* che possano essere commessi uno o più reati» (corsivo aggiunto). Vedasi anche la dettagliata analisi in proposito condotta dai Servizi della Commissione, SWD(2014) 270 final, di pari data, disponibile solo in lingua inglese, dal quale è possibile verificare puntualmente lo stato di attuazione di ciascuna previsione contenuta nello strumento nei singoli diritti nazionali.

la mancata attuazione si può interpretare come una più o meno cosciente resistenza degli ordinamenti nazionali a una tale, arbitraria, estensione dell'area del punibile.

È sempre la citata relazione a stigmatizzare come l'attuazione della fattispecie di «reclutamento» raramente abbia recepito l'uso del termine "induzione" e come più frequentemente si sia impiegato lo stesso termine "reclutamento" o "provocazione", fino al caso del Portogallo la cui normativa «implica una qualche sorta di piano o quadro istituzionale minimo cui la persona reclutata dovrebbe aderire»²⁵⁴. Considerato che gli Stati membri «possono» prevedere il tentativo di reclutamento (art. 4, par. 4), una migliore precisazione del contenuto di tale condotta dovrebbe essere al contrario salutato con favore, sia sotto il profilo del più evidente aggancio materiale sia sotto quello della sua distinzione dalla mera induzione/istigazione (per la quale cfr. sempre art. 4, par. 2)²⁵⁵.

Per concludere sul punto, la disposizione in discorso «contribuisce allo sviluppo di un diritto penale della prevenzione [concentrato] sul controllo di quegli individui che, pur essendo percepiti come una minaccia, sono ben lontani dalla commissione del crimine, [rendendo] chiaro il tentativo di estendere la sfera del diritto penale fino ad includervi la repressione non più di condotte ma di certi "profili" di individui, calcando la mano su elementi soggettivi il cui collegamento con l'attuale commissione del reato è estremamente labile»²⁵⁶. Non v'è chi non veda l'estrema gravità di quanto ora segnalato.

Quanto all'attuazione della decisione quadro in rassegna, l'Italia rientra tra i Paesi che già risultavano conformi alla decisione quadro prima della scadenza del termine di attuazione, in virtù del previo adeguamento alla Convenzione del 2005 già citata, con esclusione della provocazione c.d. indiretta²⁵⁷. Più in generale, lo spaccato legislativo che emerge dalla lettura della Relazione

²⁵⁴ Relazione citata, p. 7.

²⁵⁵ Peraltro, che "reclutamento" e "induzione" possano essere considerati sinonimi appare francamente discutibile già sotto il profilo linguistico. Vd. in tal senso quanto accaduto, in altra materia, per il delitto di prostituzione minorile (art. 600 *bis* c.p.), ove la riforma del 2012 ha aggiunto alla già presente condotta di "induzione" quella di "reclutamento", per la quale «l'elemento di distinzione rispetto alla condotta di induzione è rappresentato dall'assenza di una qualsiasi forma di persuasione ad esercitare l'attività di prostituzione» (così PECCIOLI, *Un ulteriore intervento a tutela dei minori (I parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2013, p. 141, e dottrina ivi citata in nt. 5).

²⁵⁶ DI STASIO, *La lotta*, cit., p. 63.

²⁵⁷ Cfr. Relazione citata, p. 6. Per vero, il documento sintetico pubblicato dal Ministero della Giustizia, già citato *supra*, nt. 55, individua alcune altre circoscritte lacune di tutela (*ivi*, nt. 24) non segnalate dalla Relazione, che per contro sembra dar conto di altre, sempre circoscritte, omissioni. Segno ulteriore che la vastità dell'estensione dell'area del penalmente rilevante crea difficoltà anche negli interpreti più qualificati ove si trovino a considerare tutta la possibile casistica che si genera dalle fattispecie in esame.

della Commissione conferma l'impressione di un'attuazione molto diversificata, tanto nell'estensione oggettiva²⁵⁸ quanto nei *quantum* edittali²⁵⁹.

²⁵⁸ Alcuni Stati hanno, ad esempio, scelto di criminalizzare anche il tentativo di pubblica provocazione (unica ipotesi non espressamente considerata dall'art. 4, il cui silenzio, in uno con il particolare arretramento della punibilità che tale opzione effettua, avrebbe potuto e forse dovuto essere inteso come un'indicazione in senso contrario), mentre alcuni hanno espressamente escluso il tentativo per tutte e tre le nuove fattispecie.

²⁵⁹ Minimi da uno a venti anni; massimi da due a venticinque anni. Così la Relazione citata, p. 10. Come tale quadro non abbia quindi alcun effetto deterrente rispetto all'eventuale *forum shopping* praticato dagli aspiranti terroristi è del tutto evidente.

3.1.14 Direttiva 2008/99/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente.

La direttiva 2008/99/CE, c.d. "direttiva Ambiente", è già stata diffusamente descritta nel precedente capitolo primo, al fine di verificare l'attuazione normativa delle indicazioni offerte dalla Corte di giustizia delle sentenze 13 settembre 2005 e 23 ottobre 2007²⁶⁰.

Giova qui richiamare le conclusioni ivi assunte, e integrarle con gli ulteriori elementi dell'analisi propria di questo capitolo.

La direttiva, innanzitutto, è adottata sulla medesima base giuridica offerta dall'art. 174 dell'allora TCE (ora, 191 TFUE), con quanto ne segue circa la centralità della materia per l'integrazione europea e l'ampiezza delle prerogative assunte dall'Unione in tal senso.

Per quanto riguarda il rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzione, i *considerando* secondo e terzo indicano espressamente che l'azione dell'Unione muove dalla constatazione dell'insufficienza degli esistenti mezzi di tutela: «L'esperienza dimostra che i sistemi sanzionatori vigenti non sono sufficienti per garantire la piena osservanza della normativa in materia di tutela dell'ambiente. Tale osservanza può e dovrebbe essere rafforzata mediante la disponibilità di sanzioni penali, che sono indice di una riprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori di diritto civile»²⁶¹. Evidente è pertanto la consapevolezza sia della natura sussidiaria dell'intervento del diritto penale (*ultima ratio*) sia della diversità *qualitativa* dello strumento penale rispetto a qualunque altro istituto previsto nell'armamentario legislativo.

Queste indicazioni, del tutto apprezzabili e condivisibili così come quelle circa la proporzione (*considerando* 14), l'adeguatezza (*considerando* 2), la dissuasività (*considerando* 5)²⁶², non corrispondono tuttavia al contenuto dell'articolato normativo che da esse prende le proprie mosse.

Come rilevato, due sono i principali profili critici, il primo inerente il diritto penale come *ultima ratio* e il secondo il principio di legalità/determinatezza.

Quanto al primo, nonostante le enunciazioni di principio, l'esame delle fattispecie previste rivela un particolare arretramento della tutela: la direttiva, infatti, prende in considerazione le più

²⁶⁰ Cfr. par. 1.1.2.4.

²⁶¹ Così il terzo *considerando*.

²⁶² Per più ampi riferimenti cfr. ancora *supra*, par. 1.1.2.4 e dottrina ivi citata.

diverse condotte, da alcune maggiormente lesive²⁶³ ad altre la cui distanza dall'oggetto finale del disvalore appare davvero difficilmente colmabile²⁶⁴, giungendosi nella sostanza a perseguire la criminalizzazione di illeciti sostanzialmente amministrativi.

Ulteriore profilo critico, inerente stavolta il principio di legalità/determinatezza, è sollevato dalla peculiare frequenza di rinvii intertestuali²⁶⁵ che rendono più complicata l'opera dell'interprete, soprattutto se istituzionale: costruire fattispecie penali mediante un'articolata serie di rinvii ad altre norme costituisce infatti di per sé un problema in quanto rende meno accessibile al cittadino il contenuto precettivo della fattispecie²⁶⁶; tuttavia, la criticità si aggrava nel momento in cui il destinatario primo dello strumento normativo è il legislatore e i rinvii hanno ad oggetto regolamenti comunitari, ciò poiché il legislatore nazionale – che per favorire l'intelligibilità della fattispecie potrebbe decidere di *trascrivere* i riferimenti operati per mezzo dei rinvii – si trova di fatto inibito dal percorrere questa soluzione, non potendosi – come noto – recepire in fonti nazionali il contenuto di un regolamento europeo²⁶⁷. Ci si potrebbe domandare in proposito se il legislatore che si risolvesse a operare una razionalizzazione definitoria, pur nella conformità contenutistica alle disposizioni della direttiva, potrebbe essere chiamato a rispondere di inadempimento o se, magari in tale sede, potrebbe efficacemente invocare proprio il rispetto del principio di determinatezza, vuoi a propria discolpa vuoi per domandare addirittura una (forse improbabile) dichiarazione di invalidità della direttiva stessa per violazione di tale principio, certamente anche europeo.

Da ultimo, come già precisato, può annotarsi che la direttiva è attuata nel nostro ordinamento per tramite del D.Lgs. 202 del 2007²⁶⁸, un'attuazione «estremamente limitata nei contenuti rispetto all'indirizzo comunitario», essendosi il legislatore «limitato ad introdurre le uniche fattispecie previste dalla direttiva assenti nell'ordinamento interno, ossia quelle relative

²⁶³ Ad es. la lettera a) dell'art. 3: «lo scarico, l'emissione o l'immissione illeciti di un quantitativo di sostanze o radiazioni ionizzanti nell'aria, nel suolo o nelle acque che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone».

²⁶⁴ Ad es., «sussiste una illegale spedizione di rifiuti, ai sensi dell'art. 3 lett. c della Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente, già quando il trasporto avviene senza notificazione a tutte le autorità coinvolte (cfr. art. 2 n. 35 lett. a Reg. [CE] 1013/2006) o non è conforme a determinati formulari (art. 2 n. 35 lett. d e g iii Reg. [CE] 1013/2006)» (così il *Manifesto*, *sub par. 2* in fine).

²⁶⁵ Contenuti soprattutto nell'art. 2, dedicato alle definizioni.

²⁶⁶ Fino a privare la condotta illecita dell'ignaro cittadino dello stesso sostrato di colpevolezza necessario per attribuirgli soggettivamente il fatto, ai sensi dell'art. 5 c.p..

²⁶⁷ In tal senso il *Manifesto*, *sub par. 4* in fine.

²⁶⁸ D. Lgs. 6 novembre 2007, n. 202, in G. U. n. 261 del 9 novembre 2007, sul quale si rinvia a DE SANTIS, *La tutela penale*, cit., pp. 681 ss.

all'uccisione, distruzione, prelievo o possesso di esemplari di specie animali e vegetali selvatiche e alla distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto, e a selezionare una serie di reati in materia da inserire nell'elenco di quelli presupposto della responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001»²⁶⁹.

²⁶⁹ *Op. ult. cit.*, p. 682.

3.1.15 Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

La direttiva 2009/52/CE²⁷⁰ ha per oggetto un preciso aspetto del fenomeno della migrazione irregolare, costituito dal «fondamentale fattore di richiamo dell'immigrazione illegale[:] la possibilità di trovare lavoro pur non avendo lo status giuridico richiesto» (*considerando* secondo).

Da tale considerazione muove la predisposizione di un articolato sistema di prevenzione e repressione avverso i datori di lavoro, imprenditori o privati, che impiegano alle loro dipendenze stranieri il cui soggiorno è irregolare.

L'esame di tale articolato normativo è in gran parte ininfluenza ai fini del presente lavoro, e pertanto in proposito si rimanda a più ampi commenti²⁷¹. Giova soltanto illustrare che, rispetto alla finalità sopra considerata, il legislatore mette in campo una serie diversificata di strumenti procedimentali, amministrativi, civilistici, sostanziali e processuali, rispetto ai quali le norme afferenti al diritto penale vengono limitate a taluni «casi gravi» la cui maggiore lesività è individuata puntualmente attraverso il riferimento a «violazioni costantemente reiterate, l'assunzione illegale di un numero significativo di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, condizioni lavorative di particolare sfruttamento, la consapevolezza, da parte del datore di lavoro, che il lavoratore è vittima della tratta degli esseri umani e l'assunzione illegale di un minore» (ventunesimo *considerando*).

Se poi il trentaseiesimo *considerando* enuncia il rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità in maniera sostanzialmente assimilabile a quella, criticata, propria degli atti in precedenza esaminati, è anche vero che, in punto sussidiarietà, il contrasto all'immigrazione irregolare è materia che possiede quella "transnazionalità *in re ipsa*" già segnalata, soprattutto con riguardo al fenomeno del transito²⁷², e che, in punto proporzionalità, l'intervento del legislatore comunitario appare, alla prova dei fatti, positivamente graduato, come si vedrà subito *infra*.

²⁷⁰ Pubblicata in GUUE, L 168 del 30 giugno 2009. Le ragioni dell'utilizzo dello strumento della direttiva sono ampiamente illustrate *supra*, par. 2.1.3. Oltre alla direttiva qui in rassegna, e alla direttiva 2008/99/CE (commentata al par. 2.1.3., cui si rinvia anche per i fini del presente capitolo), si veda la direttiva 2009/123/CE, già richiamata *supra*, cap. 1, nt. 212.

²⁷¹ Tra le monografie più recenti, e senza pretesa di completezza, cfr. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Torino, 2014 pp. 99 ss.; SALAZAR, *La direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in FOGLIA, COSIO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Milano, 2011, pp. 217 ss.; CELLAMARE, *Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione Europea*, Torino, 2011, pp. 33 ss..

²⁷² Vale a dire che una carenza di repressione del lavoro nero dei migranti irregolari in anche uno solo degli Stati membri ridurrebbe fortemente l'efficacia deflattiva sul fenomeno migratorio tanto auspicata dalla direttiva, non

La direttiva in discorso realizza infatti un sistema di tutele tutte funzionali a garantire l'osservanza dell'obbligo di cui all'art. 3, par. 1: «Gli Stati membri vietano l'assunzione di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare». Per ottenere tale risultato si prevedono: obblighi di controllo e comunicazione ai datori di lavoro (art. 4); sanzioni di carattere finanziario anche connesse con il rimpatrio del cittadino di Paese terzo assunto irregolarmente (art. 5); obblighi di carattere civilistico riferiti alla retribuzione²⁷³ e alla contribuzione obbligatoria spettanti al lavoratore (art. 6), gravanti anche sugli altri soggetti della catena dell'appalto purché consapevoli (art. 8); sanzioni di carattere amministrativo quali esclusioni da benefici pubblici, esclusione dalla partecipazione ad appalti pubblici, rimborso di sovvenzioni e aiuti pubblici, fino alla chiusura temporanea o permanente di sedi e stabilimenti (art. 7).

È solo in coda a tale armamentario repressivo-dissuasivo che si collocano gli articoli 9 e 10, dedicati alle «fattispecie di reato» e alle «sanzioni penali»²⁷⁴. Come anticipato dai *considerando*, lo strumento penale viene evocato non per reprimere qualsivoglia violazione dell'art. 3, par. 1, ma solo se tale violazione sia intenzionale e solo qualora ricorrano i casi espressamente individuati, e che vale la pena di riportare testualmente:

- «a) la violazione prosegue oppure è reiterata in modo persistente;*
- b) la violazione riguarda l'impiego simultaneo di un numero significativo di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare;*
- c) la violazione è accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento;*
- d) la violazione è commessa da un datore di lavoro che, pur non essendo accusato o condannato per un reato di cui alla decisione quadro 2002/629/GAI, ricorre al lavoro o ai servizi del un cittadino di un paese*

fosse altro perché il migrante – in ipotesi – continuerebbe ad essere attratto dallo spazio europeo e si troverebbe pertanto a transitare in alcuni Stati membri al fine di raggiungere quello Stato nel quale la tutela è restata debole. Che poi la repressione del lavoro irregolare, e in particolare una repressione attuata con i canoni propri della direttiva in questione, abbia *effettivamente* la capacità di porsi a freno della migrazione irregolare è tema che esula dal presente lavoro e che merita assai più ampie riflessioni (cfr., con toni molto critici, BARBIERI, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1/2010, p. 87).

²⁷³ Si ricorda, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, che ai sensi dell'art. 2126 c.c. la nullità del contratto per contrarietà a norma imperativa fa sempre salvo il diritto alla retribuzione, e il correlato obbligo alla contribuzione, qualora la norma imperativa violata sia posta a tutela del prestatore di lavoro.

²⁷⁴ Giova ricordare come la direttiva in commento si collochi *dopo* la sentenza 13 settembre 2005, C-176/03 (sulla quale cfr. *supra*, in fine par. 1.1.2.4), la quale ha affermato la possibilità per atti di primo pilastro di prevedere fattispecie penali. Per il medesimo rilievo cfr. SALAZAR, *La direttiva*, cit., in FOGLIA, COSIO (a cura di), *Il diritto del lavoro*, cit., p. 224.

terzo il cui soggiorno è irregolare nella consapevolezza che lo stesso è vittima della tratta di esseri umani;
e) la violazione riguarda l'assunzione illegale di un minore».

Quanto alle sanzioni, l'art. 10 si limita²⁷⁵ a introdurre l'obbligo di punire tali condotte con «sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive» (par. 1) cui si aggiunge, ma solo se «ciò non sia precluso dai principi generali del diritto», la possibilità che tali sanzioni si cumulino con «altre sanzioni o misure di natura non penale» eventualmente accompagnate dalla «pubblicazione della decisione giudiziaria» (par. 2).

L'intervento penale è pertanto limitato a casi la cui gravità è determinata in funzione di parametri obiettivi e comprensibili²⁷⁶: in ciò «si può scorgere un (consapevole?) segno di attenzione per il principio di proporzione con riferimento all'impiego del diritto penale e quindi per il rispetto del principio di *ultima ratio*»²⁷⁷.

L'attuazione della direttiva²⁷⁸ è stata realizzata con il D. Lgs. 16 luglio 2012, n. 109²⁷⁹, emanato su delega della “legge comunitaria 2010”²⁸⁰. Limitatamente ai profili penalistici la relazione della Commissione sull'attuazione della direttiva²⁸¹ mostra una generale ottemperanza al disposto degli artt. 9 e 10, rispetto ai quali ben dieci Stati membri, tra i quali l'Italia, si rivelavano già conformi prima dello scadere del termine di attuazione.

²⁷⁵ Vedasi la questione, trattata *supra*, in fine par. 1.2, per la quale nel periodo di “interregno” tra gli arresti della CGUE del 2005 e del 2007 al Trattato di Lisbona non era affatto chiaro fino a quali limiti il legislatore comunitario potesse spingersi circa la determinazione dell'apparato sanzionatorio criminale: se infatti la Corte era stata tranciante nel negare, con la sentenza in causa C-440/05, la possibilità per la Comunità di determinare il tipo e la misura delle sanzioni, non erano mancate voci in dottrina che affermavano una persistente validità del modello del “doppio binario”, rivisitato in modo da lasciare all'atto di terzo pilastro la determinazione delle sole cornici sanzionatorie (cfr. SIRACUSA, *Il transito*, cit., p. 786, e dottrina ivi citata in ntt. 17 e 18).

²⁷⁶ Con un indiretto superamento dello scopo della direttiva, ossia la repressione dell'immigrazione irregolare, in favore della tutela del migrante-vittima.

²⁷⁷ Così il *Manifesto*, in apertura al par. 2, corsivo nel testo. Similmente, SICURELLA, *Questioni di metodo*, cit., p. 2635, nt. 101, addita la direttiva qui in rassegna quale «eloquente esempio» di costruzione di obblighi di penalizzazione «in funzione di tutela non della normativa europea bensì di particolari beni giuridici» per il fatto che «la sanzione penale non è ... consacrata quale valore in sé ma impiegata per il perseguimento di precise funzioni (secondo la teoria relativa alla pena) e pertanto circoscritta ad alcune ipotesi che rivelano una particolare gravità rispetto alla mera violazione ... del divieto di assunzione lavoratori irregolari».

²⁷⁸ Per la quale si rimanda all'analisi in prima lettura di MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, in *penalecontemporaneo.it*, 3 settembre 2012, nonché alla manualistica richiamata *supra*, nt. 271.

²⁷⁹ In G.U. 172 del 25 luglio 2012.

²⁸⁰ Art. 21, L. 15 dicembre 2011, n. 217, in G.U. 1 del 2 gennaio 2012.

²⁸¹ COM(2014) 286 def., del 22 maggio 2014, particolarmente p. 5.

La circostanze offre tuttavia l'occasione per rilevare come tale dato sia soltanto apparente, in quanto sussistono (e sono segnalate in Relazione) delle difformità tali da far dubitare della reale portata armonizzatrice della direttiva. Tali difformità riguardano, come intuibile, il quadro sanzionatorio, che mostra rilevanti differenze sin dalla tipologia di sanzioni adottate: addirittura, «per alcuni Stati membri, possono sorgere dubbi sull'effetto deterrente delle sanzioni. Ad esempio, LV e AT sanzionano il lavoro illegale in alcune circostanze descritte all'articolo 9, paragrafo 1, con una pena detentiva fino a tre e a sei mesi rispettivamente, mentre gli altri Stati membri prevedono una pena massima da uno a cinque anni di reclusione. In dieci Stati membri, la pena detentiva può essere integrata o sostituita con una sanzione pecuniaria che può andare da 600 EUR in BE a 240.000 in PT per persona fisica»²⁸².

²⁸² Così la Relazione citata, p. 5. LV sta per Lettonia, AT per Austria, BE per Belgio, PT per Portogallo.

3.2 I testi adottati dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

La rassegna, parziale perché funzionale agli obiettivi di analisi normativa premessi al presente capitolo, prosegue in questi paragrafi con l'esame di alcuni testi adottati in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Per apprezzare il diverso quadro sistematico nel quale essi intervengono e le conseguenze di tali differenze, sia consentito rinviare integralmente a quanto già esposto al superiore paragrafo 1.2.

Basti solo notare che muta la base giuridica (l'art. 83 TFUE, per quanto riguarda i profili sostanziali) e che la Commissione e la Corte di giustizia vedono espanse a pieno regime le rispettive prerogative di controllo a far data dal 1° dicembre 2014, con le già segnalate conseguenze circa la pregnanza e l'effettività dello stesso. Risulta inoltre applicabile la procedura legislativa ordinaria, e con essa una piena e paritaria partecipazione del Parlamento europeo e un più stringente controllo dei Parlamenti nazionali sul rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.

3.2.1 Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI.

«Prima direttiva penale dell'Unione europea, adottata sulla base del nuovo contesto normativo definito dal Trattato di Lisbona (e in particolare sulla base dell'art. 83, par. 1 TFUE), la Direttiva 2011/36/UE è l'ultimo di una serie di strumenti introdotti a livello europeo con l'obiettivo di realizzare una più rigorosa prevenzione e repressione della tratta di esseri umani ed assicurare al contempo una più efficace protezione dei diritti delle vittime»²⁸³.

Lo strumento²⁸⁴ è assai articolato: lo dimostrano i numerosi (ben trentasei) *considerando* che gli sono premessi, la molteplicità di istituti coinvolti e la peculiare tensione verso il loro coordinamento all'interno di un'azione (stavolta davvero) globale rivolta alla repressione del fenomeno.

È in particolare tale ultimo profilo a risultare valorizzato e apprezzato dai commentatori, i quali invero tendono ad occuparsi in netta prevalenza delle disposizioni non inerenti la materia penale. La direttiva infatti prevede²⁸⁵, oltre alle disposizioni di carattere penale delle quali si dirà subito oltre: misure di diritto processuale penale, inerenti l'azione penale (art. 8) e le indagini (art. 9), con particolare riferimento alla determinazione di un «congruo periodo di tempo» per la persecuzione dei reati; istituti di assistenza e sostegno alle vittime (già lo stesso art. 8, ma soprattutto artt. da 11 a 17), che costituiscono l'«aspetto in relazione al quale la direttiva ha apportato le maggiori innovazioni»²⁸⁶; strumenti di prevenzione e informazione rivolti a

²⁸³ SICURELLA, *Prosegue l'azione dell'Unione europea nella lotta alla tratta di esseri umani*, in *penalecontemporaneo.it*, 25 luglio 2011.

²⁸⁴ Pubblicata in GUUE, L 101 del 15 aprile 2011. La direttiva «sostituisce», a mente del suo art. 21, la decisione quadro 2002/629/GAI. Trattasi, come negli altri casi che si vedranno nei successivi paragrafi, di «sostituzione» che non comporta l'abrogazione del precedente strumento, nel senso che – per effetto dei già descritti sistemi di opt-in/opt-out di cui ai protocolli 21 e 22 al Trattato sull'Unione europea – Regno Unito, Irlanda e Danimarca possono notificare volta per volta la loro partecipazione/astensione rispetto alla legislazione di SLSG. Nel presente caso, ad es., l'Irlanda ha notificato di voler partecipare, mentre Regno Unito e Danimarca no, e pertanto con riferimento a questi ultimi due Paesi si continua ad applicare la decisione quadro 2002/629/GAI.

²⁸⁵ Rinviandosi a più ampi commenti. Tra i più estesi, ma senza pretesa di completezza: VENTUROLI, *La direttiva 2011/36/UE: uno strumento «completo» per contrastare la tratta degli esseri umani*, in FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013, pp. 47 ss.; SPIEZIA, SIMONATO, *La prima direttiva UE di diritto penale sulla tratta di esseri umani*, in *Cass. pen.*, 9/2011, pp. 3193 ss.

²⁸⁶ VENTUROLI, *La direttiva*, cit., p. 62. È da notarsi, cursoriamente, come l'attenzione per le vittime sia rivolta alla tutela dei loro diritti fondamentali ma sia anche supportata dalla constatazione che un approccio vittimocentrico si riconnetta usualmente, sul piano empirico, a una maggiore propensione delle stesse alla denuncia e quindi a una maggiore facilità di persecuzione del fenomeno. «figures show that in countries where there are a significant number of assisted victims, statistics on criminal proceedings are higher. This implies that a human rights-centred approach is needed not only to protect victims' rights but also in the interest of justice» (così il Commission Working Document

«scoraggiare e ridurre la domanda» (art. 18); centri di analisi permanente, guidati da relatori nazionali anti-tratta e dal coordinatore europeo anti-tratta (artt. 19 e 20).

Per quanto concerne le misure di carattere penale, dal raffronto con la decisione quadro del 2002 si evidenzia immediatamente un ampliamento della definizione di tratta e un ulteriore sforzo nella sua determinatezza²⁸⁷ e un inasprimento sanzionatorio.

Quanto ai profili definitivi, già si è detto²⁸⁸ che il testo previgente si era sforzato di enumerare condotte fornite di un idoneo grado di materialità e precisione. Il nuovo testo riprende nella sostanza la medesima struttura, e mantiene il medesimo grado di obiettività e chiarezza, intervenendo in particolare sul concetto di «fini di sfruttamento» che deve ora ricomprendere, «come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi» (art. 2, par. 3). In tal modo si fa salva la determinatezza e la tassatività della ipotesi enumerate, lasciando al contempo liberi gli Stati membri di riempire di un più ampio contenuto il concetto di "sfruttamento" ampliando la tutela delle vittime di tratta.

Quanto ai profili edittali, «si è passati dalla richiesta di prevedere sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive a un'indicazione più specifica dei livelli edittali ...: almeno 5 anni di reclusione come pena massima nell'ipotesi semplice, 10 in quella circostanziata»²⁸⁹, tale ultima ipotesi estesa alla commissione del reato da parte di pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni. Se si era già rilevato *supra*, con riguardo alla decisione quadro del 2002, che poteva considerarsi rispettato anche il principio di colpevolezza, tanto per la selezione delle circostanze idonee ad attribuire una maggior pena quanto per il *quantum* edittale imposto, e che al più detti livelli sanzionatori potevano mettere in crisi in qualità di *tertium comparationis* il modello repressivo adottato da altri strumenti ad esempio rivolti alla lotta alla falso nummario, l'innalzamento delle cornici edittali operato dalla direttiva in rassegna può solo che contribuire a stemperare tale ultimo rilievo²⁹⁰.

«Evaluation and monitoring of the implementation of the EU Plan on best practices, standards and procedures for combating and preventing trafficking in human beings», COM(2008) 657 final del 17 ottobre 2008, par. 1.7, p. 6).

²⁸⁷ SPIEZIA, SIMONATO, *La prima direttiva*, cit., p. 3207. Cfr. anche SICURELLA, *Prosegue l'azione*, cit..

²⁸⁸ Cfr. *supra*, par. 3.1.5.

²⁸⁹ SPIEZIA, SIMONATO, *La prima direttiva*, cit., p. 3208.

²⁹⁰ Per vero viene rilevata in dottrina una criticità in punto colpevolezza, rappresentata dal fatto che «per il tentativo e le forme di partecipazione nel delitto di tratta non viene stabilito un livello di pena inferiore a quello ... previsto per il reato consumato» (VENTUROLI, *La direttiva*, cit., p. 56). Il rilievo pare non potersi condividere: infatti, il

Un ulteriore cenno deve essere rivolto al rispetto del principio di sussidiarietà. Con riguardo alla decisione quadro del 2002 si era osservato che la dettagliata contestualizzazione dei diversi interventi in sede internazionale e la considerazione del carattere intrinsecamente transnazionale della tratta costituivano un buon esempio di rispetto dei relativi obblighi motivazionali. Quanto alla presente direttiva, il quadro normativo è mutato, poiché l'art. 83, par. 1, TFUE, adottato a base giuridica di tale intervento, prevede espressamente la «tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori» tra le «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni» per le quali le istituzioni europee «possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni». I *considerando* della direttiva riprendono inoltre i legami con diverse azioni internazionali a contrasto del *trafficking*.

Tali elementi, in uno con la particolare valorizzazione dell'intervento extrapenale preventivo, non possono che innalzare il livello di rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzione della direttiva in rassegna, dovendosi anche ricordare che «è ormai pacifica l'esistenza a livello internazionale di un obbligo consuetudinario di reprimere *penalmente* la tratta»²⁹¹.

Unico appunto critico riguarda i diversi strumenti di analisi²⁹² impiegati in fase procedimentale al fine di determinare il preciso contenuto delle singole disposizioni previste dalla direttiva, ivi comprese quelle penali: se la loro esistenza traspare dalla lettura dei *considerando* e se le relative indicazioni appaiono più dettagliate di quanto si sia dovuto rilevare altrove *supra*, si è forse persa l'occasione di fornire, in vista di un pieno e integrale rispetto dei principi di *good governance* anche rivolti ai rapporti con i Parlamenti nazionali, indicazioni e dati più precisi circa il fondamento empirico delle scelte operate.

Sul piano dell'attuazione, infine, l'ordinamento italiano risulta pienamente compatibile con gli obblighi imposti dalla direttiva per tramite di diversi interventi normativi succedutisi negli anni²⁹³, da ultimo il D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 24²⁹⁴, il quale - fra le altre cose - ha modificato gli artt.

livello edittale per tali fattispecie non è determinato, essendo indicata la sola necessità di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, e ciò consente quindi ai legislatori nazionali una prudente graduazione delle stesse in funzione dei rispettivi (e diversificati) approcci verso tali due forme speciali di manifestazione del reato.

²⁹¹ VENTUROLI, *La direttiva*, cit., p. 50, nt. 9, corsivo aggiunto; vedansi anche i riferimenti bibliografici ivi indicati.

²⁹² Il principale è rappresentato dal Commission Working Document, COM(2008) 657 final, del 17 ottobre 2008, già citato in nt. 286, in particolare il par. 3.

²⁹³ In particolare, la L. 11.8.2003, n. 228, in G.U. n. 195 del 23 agosto 2003, e la L. 2 luglio 2010, n. 108, in G.U. n. 163 del 15 luglio 2010.

600 («Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù») e 601 («Tratta di persone») del codice penale e ha introdotto il comma 5 *ter* all'art. 398 c.p.p. («Provvedimenti sulla richiesta di incidente probatorio»). Non sono disponibili, né lo saranno per i più recenti strumenti esaminati ai successivi paragrafi, più complete statistiche redatte dalla Commissione sull'attuazione della direttiva nei diversi Paesi europei, in quanto i relativi obblighi di *referee* non sono ancora²⁹⁵ scaduti, ed pertanto difficile²⁹⁶ fornire un quadro attendibile della stessa.

²⁹⁴ «Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI», in G.U. 13 marzo 2014, n. 60. È la prima occasione in cui si ha l'opportunità di notarlo: l'Unione da diverso tempo, per via sia normativa che giurisprudenziale, sollecita gli Stati membri a dare espressamente conto di quando le disposizioni da essi introdotte consistano nell'attuazione di obblighi europei, al peculiare fine di rendere evidente il coinvolgimento dell'ente sovranazionale e dell'insieme di strumenti ermeneutici e processuali che ne derivano; questo è un chiaro esempio dell'ottemperanza a tale (più o meno effettivo) obbligo.

²⁹⁵ Febbraio 2015.

²⁹⁶ Oltre che parzialmente eccentrico rispetto alle finalità del presente lavoro.

3.2.2 Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio.

La direttiva in rassegna²⁹⁷ si pone in continuità con la decisione quadro 2004/68/GAI e con altri strumenti internazionali ed europei puntualmente richiamati nei *considerando* ad essa premessi, ma rappresenta al contempo un importante segnale di svolta rispetto agli obiettivi in precedenza perseguiti, «obiettivi semplici che oggi non possono più essere considerati soddisfacenti, considerato che reati gravi quali lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile richiedono un approccio globale che comprenda l'azione penale contro gli autori del reato, la protezione delle vittime minorenni e la prevenzione del fenomeno»²⁹⁸.

La direttiva «dovrebbe, inoltre, essere nelle intenzioni del legislatore pienamente complementare alla direttiva 2011/36/UE»²⁹⁹, in quanto i minori si trovano ad essere vittime privilegiate, in quanto più vulnerabili, tanto dei fenomeni di tratta quanto dello sfruttamento sessuale, o - ancora peggio - di entrambi i delitti insieme³⁰⁰.

Il parallelismo tra i due strumenti non si esaurisce tuttavia nelle intenzioni di tutela, ma si estende alla stessa struttura delle direttive e all'approccio legislativo che le caratterizza. Già il contenuto dei numerosi (cinquantadue) *considerando* premessi alla direttiva 2011/93/UE rivela una meditata e differenziata articolazione dei mezzi di tutela che le istituzioni intendono promuovere nella materia *de qua*, e mostra un'importante evoluzione rispetto a quegli intenti di "globalità" nell'approccio che anche in altri precedenti testi si leggevano enunciati ma che solo in questa più recente fase legislativa appaiono davvero messi in atto.

²⁹⁷ Pubblicata in GUUE, L 335 del 17 dicembre 2011. Una preliminare avvertenza: la direttiva è fatta oggetto di due rettifiche, una delle quali (pubblicata in GUUE L 18 del 21 gennaio 2012), riguardante anche la versione italiana, pone rimedio all'originale errata numerazione ("2011/92/UE"), la quale, riportata anche in taluni commenti, può creare un certo disorientamento in chi si accinga a ricercare informazioni e commenti in merito.

²⁹⁸ VERRI, *Contenuto ed effetti (attuali e futuri) della direttiva 2011/93/UE*, in *penalecontemporaneo.it*, 28 marzo 2012, p. 3, lavoro cui si rimanda per un più ampio e generale commento sulla direttiva. Vedansi anche: VERRI, *Il testo approvato dal parlamento europeo della nuova direttiva sugli abusi sessuali contro i minori e la pedopornografia*, in *penalecontemporaneo.it*, 16 novembre 2011; TROGLIA, *Lotta contro l'abuso, lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile: alcune riflessioni sulla direttiva 2011/93/UE del Parlamento e del Consiglio del 13 Dicembre 2011*, in *Cass. pen.*, 5/2012, pp. 1906 ss.; PECCIOLI, *Un ulteriore intervento*, cit., pp. 137 ss..

²⁹⁹ VERRI, *Contenuto ed effetti*, cit., p. 3. Identica osservazione anche in TROGLIA, *Lotta contro l'abuso*, cit., p. 1918.

³⁰⁰ Ricordato che tra le "finalità di sfruttamento" proprie della tratta vi è da sempre quella sessuale.

Senza potersi inoltrare troppo dettagliatamente nell'analisi della direttiva in rassegna³⁰¹, può solo evidenziarsi che la predisposizione degli strumenti penalistici dei quali subito si dirà (artt. 3-11 per il diritto penale sostanziale, artt. 12 e 13 circa la responsabilità delle persone giuridiche, artt. 14-17 per le disposizioni processuali), si accompagna a diversi istituti a carattere preventivo e assistenziale: gli articoli da 18 e 20 trattano dell'assistenza alle vittime, dentro e fuori dell'eventuale procedimento penale, con particolare attenzione a evitare il rischio di c.d. vittimizzazione secondaria, mentre gli articoli da 21 e 25 enumerano una serie di misure preventive che vanno dalla repressione del turismo sessuale alla formazione alla sensibilizzazione alle misure amministrative nei riguardi dei siti web che ospitano materiale pedopornografico.

Venendo alle misure più propriamente penalistiche, deve subito osservarsi un evidente innalzamento del livello di precisione e determinatezza delle fattispecie³⁰², con una rinnovata attenzione «all'aspetto soggettivo della commissione dei reati»³⁰³.

Lo sforzo chiarificatore³⁰⁴ riguarda sia le definizioni in senso stretto (art. 2) sia le fattispecie di reato (artt. 3-7, 9). Alle definizioni già presenti nella decisione quadro del 2004, talune delle quali pure vengono arricchite e dettagliate³⁰⁵, ne vengono aggiunte di nuove, le più rilevanti delle quali sono quelle di «spettacolo pornografico» e di «prostituzione minorile», condotte già previste e sanzionate nel testo previgente ma in quella sede non definite. Le disposizioni in questione posseggono un sufficiente grado di precisione, che potrà pertanto giovare all'interprete nazionale nell'attività ermeneutica relativa all'applicazione delle fattispecie di attuazione nazionale degli obblighi di criminalizzazione contenuti nella direttiva³⁰⁶.

Anche le fattispecie di reato, sinteticamente previste negli articoli 2, 3 e 4 della decisione quadro del 2004, ricevono più ampia definizione.

Innanzitutto, l'art. 3 della direttiva individua i «reati di abuso sessuale» in cinque tipologie di condotte: dall'induzione del minore «ad assistere anche senza partecipare ad atti sessuali» (par. 2) o «ad abusi sessuali» (par. 3) sino al compimento di atti sessuali con un minore, che abbia o non

³⁰¹ Per la quale si rinvia ai commenti già richiamati.

³⁰² Parla di un «catalogo di reati più ampio e preciso rispetto alla normativa precedente» e di un «elevatissimo livello di dettaglio» TROGLIA, *Lotta contro l'abuso*, cit., p. 1909 s.. Per VERRI, *Contenuto ed effetti*, cit., p. 3, le fattispecie previste dalla direttiva sono «dotate di un così elevato grado di precisione da non lasciare pressoché alcuna discrezionalità al legislatore nazionale nella configurazione del relativo precetto».

³⁰³ TROGLIA, *Lotta contro l'abuso*, cit., p. 1911.

³⁰⁴ Sul quale vedansi anche i *considerando* dall'ottavo al decimo.

³⁰⁵ Ad es. quella di «pornografia minorile» di cui all'art. 2, lettera c), sulla quale si tornerà *infra*.

³⁰⁶ Si osservi come in alcuni Stati membri, tra cui l'Italia, del tutto manchi una definizione di talune delle citate condotte. Per tale osservazione, VERRI, *Contenuto ed effetti*, cit., p. 4.

abbia raggiunto l'età del consenso sessuale, con o senza l'impiego di mezzi di coercizione derivanti da una «posizione riconosciuta di fiducia, autorità o influenza» (par. 5, i) o da una «situazione di particolare vulnerabilità del minore» derivante da disabilità o dipendenza (par. 5, ii); è altresì punito chi «costringe, con l'uso di violenza o minaccia, un minore a compiere atti sessuali con un terzo» (par. 6)³⁰⁷.

Il successivo art. 4 prevede i «reati di sfruttamento sessuale»: sono qui sanzionati l'induzione (par. 2) o la costrizione (par. 3) di un minore a partecipare a spettacoli pornografici, l'assistere «consapevolmente» a tali spettacoli (par. 4), l'induzione (par. 5) o la costrizione (par. 6) di un minore a «partecipare alla prostituzione minorile», il compimento di atti sessuali con un «ricorrendo alla prostituzione minorile» (par. 7)³⁰⁸.

L'art. 5, poi, individua i «reati di pornografia minorile» nelle condotte di chi acquisti o posseda materiale pedopornografico (par. 2), vi acceda consapevolmente «a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione» (par. 3)³⁰⁹, lo distribuisca, lo diffonda o lo trasmetta (par. 4), lo offra, fornisca o metta a disposizione (par. 5) ovvero lo produca (par. 6), rientrando nella discrezionalità degli Stati membri applicare l'art. 5 ai casi di «pedopornografia apparente» e ai casi di «pedopornografia virtuale» “ad uso strettamente privato” (parr. 6 e 7)³¹⁰.

Ancora, l'art. 6 introduce il reato, del tutto nuovo anche sul piano nazionale, del c.d. “grooming”, ossia l'«adescamento di minori per scopi sessuali», consistente nel fatto dell'adulto che «propone, a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, a un minore che non ha raggiunto l'età del consenso sessuale di incontrarlo con l'intento di commettere i reati di cui all'articolo 3, paragrafo 4 (compimento di atti sessuali con minore, ndr), e all'articolo 5,

³⁰⁷ Oltre alla già segnalata maggiore precisione delle definizioni, che giova alla determinatezza delle stesse e ovviamente nuoce al grado di discrezionalità residuo ai legislatori nazionali in sede di trasposizione, deve notarsi come talune fattispecie siano del tutto nuove rispetto al testo previgente: è il caso, ad es., dei parr. 2 (induzione del minore ad assistere senza partecipare) e 6 (costrizione del minore a compiere atti sessuali con terzi).

³⁰⁸ Anche in questo caso si segnalano condotte del tutto nuove, quali ad es. la consapevole assistenza agli spettacoli (si rammenti in proposito la particolare ampiezza della definizione di spettacolo pornografico di cui all'art. 1, lettera e)).

³⁰⁹ Condotta questa del tutto nuova nel panorama del precedente strumento europeo. Il legislatore sovranazionale si mostra peraltro positivamente consapevole delle difficoltà probatorie circa la consapevolezza dell'accesso in un contesto, come quello della pornografia sul web, che si caratterizza per una diffusione massiccia, capillare e incontrollata di materiale di tipologia assai diversificata, e nel quale pertanto l'accesso a pagine contenenti immagini pedopornografiche può effettivamente essere fortuito. In proposito, anziché optare per una radicale anticipazione di tutela, criminalizzando indirettamente il semplice accesso a materiale pornografico, l'estensore della direttiva, al *considerando* diciottesimo, ha suggerito agli Stati membri due (ragionevoli) criteri di prova: il «fatto che gli accessi siano ricorrenti o che i reati siano stati commessi attraverso un servizio a pagamento».

³¹⁰ Per una migliore definizione di questi concetti si rinvia a quanto detto *supra*, par. 3.1.8, e a quanto si osserverà subito *infra* nel presente paragrafo.

paragrafo 6 (produzione di materiale pedopornografico, ndr), e ove tale proposta sia stata seguita da atti materiali finalizzati a tale incontro»; lo stesso art. 6 domanda la punizione del tentativo di commettere i reati di acquisto, possesso e accesso consapevole a materiale pedopornografico (art. 5, parr. 2 e 3) qualora siano realizzati mediante l'adescamento di un minore rivolto a «fornire materiale pedopornografico che ritragga tale minore» (par. 2)³¹¹.

Infine, come di consueto, l'art. 7 domanda l'incriminazione di «istigazione, favoreggiamento, concorso e tentativo»³¹², mentre l'art. 9 prevede una serie di «circostanze aggravanti» applicabili a tutti i reati previsti, «purché non [ne] siano già elementi costitutivi»: tra questi, la particolare vulnerabilità del minore, definita in funzione della sua disabilità o di uno stato di dipendenza o incapacità; il fatto che l'autore del reato sia un familiare del minore o una persona che vanti fiducia o autorità sullo stesso; la recidiva; un danno o un pericolo gravi per la vita o l'integrità fisica del minore. Tutti questi elementi appaiono possedere un evidente sostrato materiale che ne consente quindi la valorizzazione ai fini del prescritto aumento di pena.

Elemento di novità è rappresentato dall'art. 8, appositamente dedicato agli «atti sessuali consensuali», ovvero a quei margini di discrezionalità derivanti al rispetto delle «politiche degli Stati membri in ordine agli atti sessuali consensuali che possono compiere i minori e che possono essere considerati come la norma scoperta della sessualità legata allo sviluppo della persona, tenendo conto delle diverse tradizioni culturali e giuridiche e delle nuove forme con cui bambini e adolescenti stabiliscono e mantengono rapporti tra di loro, anche a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione» (ventesimo *considerando*): i legislatori nazionali, pertanto, potranno scegliere se incriminare o meno gli «atti sessuali consensuali tra coetanei, vicini per età, grado di sviluppo e maturità psicologica e fisica» (par. 1); ovvero gli «spettacoli pornografici che hanno luogo nell'ambito di rapporti consensuali ove il minore abbia raggiunto l'età del consenso» e purché non vi sia abuso, sfruttamento o pagamento (par. 2); ovvero ancora, la produzione, l'acquisto e il possesso di materiale pedopornografico quando ne siano protagonisti

³¹¹ Amplius, sul "grooming" vedasi VIZZARDI, *Sull'"adescamento" di minore tramite social network e il tentativo di atti sessuali con minorenni*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2012, pp. 196 ss., il quale, a p. 199, osserva che «la ratio di tale obbligo sta ... nella consapevolezza che le norme in tema di delitto tentato previste negli ordinamenti degli Stati membri di solito non coprono le condotte in questione, cronologicamente distanti dalla (progettata) consumazione, e che si caratterizzano piuttosto come meri atti preparatori non punibili di un futuro abuso sessuale» (corsivi nel testo).

³¹² Sciogliendo peraltro il dubbio che si era segnalato *supra*, nt. 15757, sulla ragione per la quale il legislatore della decisione quadro del 2004 avesse espressamente distinto tra la punibilità del tentativo di «distribuzione, diffusione o trasmissione di pornografia infantile» (previsto) e quello di «offerta o messa a disposizione» (non previsto): l'art. 7, par. 2, della direttiva richiede infatti espressamente l'incriminazione di entrambe le condotte (ora indicate all'art. 5, parr. 4 e 5, peraltro con la medesima cornice editale), anche in forma tentata.

minori che abbiano raggiunto l'età del consenso e quando tale materiale sia consensuale e privatamente detenuto.

Si è ritenuto opportuno tratteggiare in maniera completa, benché sintetica, l'armamentario repressivo introdotto dal legislatore della direttiva per rendere evidente l'importante salto di qualità compiuto rispetto alla precedente decisione quadro del 2004, sia quanto a impiego del diritto penale nel quadro di un più complesso, coerente e articolato quadro repressivo, preventivo e assistenziale³¹³, sia quanto a rispetto dei principi di tassatività e determinatezza. In proposito, deve segnalarsi come nel prevedere la fattispecie di adescamento (art. 6) il legislatore abbia compiuto un importante sforzo rivolto ad accompagnare un certo arretramento della soglia di punibilità ad un imprescindibile elemento di materialità, rappresentato dal fatto che la proposta di incontro deve essere «seguita da atti *materiali* finalizzati a tale incontro»³¹⁴.

Ulteriore aspetto di rilevante novità è rappresentato dall'impiego dello strumento sanzionatorio, che risulta da un lato assai articolato, con il correlativo beneficio che ne trae l'apprezzamento del preciso grado di meritevolezza di pena attribuito dal legislatore europeo alle singole condotte, e dall'altro pienamente rispettoso del principio di colpevolezza, sia sotto il profilo della graduazione delle sanzioni rispetto alla gravità del fatto commesso sia per quanto concerne la valorizzazione «dell'aspetto soggettivo della commissione di tali reati»³¹⁵.

In proposito, vengono in rilievo i *considerando* undicesimo, quindicesimo e sedicesimo: il primo opera un importantissimo riferimento alle Conclusioni del Consiglio del 24 e del 25 aprile 2002³¹⁶ e ai livelli di pene ivi previsti, riferimento rivolto a predicare – in via eccezionale – una ulteriore e più complessa «differenziazione nel livello delle pene che va al di là di quanto normalmente previsto negli strumenti giuridici dell'Unione»; gli altri due *considerando* citati specificano invece che la direttiva non intende incidere sull'«*applicazione* di tali sanzioni» a livello nazionale e che essa si limita ad «invitare» gli Stati membri ad esaminare l'opportunità di prevedere ulteriori sanzioni, e segnatamente la pena pecuniaria ogniqualvolta i reati previsti dalla direttiva siano commessi a fini di lucro. Il legislatore europeo dimostra così una maggiore maturità concettuale circa l'utilizzo dello strumento sanzionatorio. D'interesse anche il tredicesimo *considerando*, che invita gli Stati membri a fare un'applicazione integrale delle cornici edittali

³¹³ Per il quale valgano, *mutatis mutandis*, tutte le osservazioni già effettuate nel precedente paragrafo.

³¹⁴ Corsivo aggiunto.

³¹⁵ TROGLIA, *Lotta contro l'abuso*, cit., p. 1911.

³¹⁶ Già citate *supra*, par. 1.1.2.2.

proposte, e particolarmente ad applicare la pena detentiva massima almeno alle forme più gravi³¹⁷.

Sul piano più specificamente edittale, a tutte le fattispecie sopra descritte corrisponde un “minimo di pena massima”, con un complessivo grado di specificità che pare «non lasciare davvero alcuno spazio alla discrezionalità del legislatore nazionale, non solo [...] per quanto concerne il precetto, ma anche per quanto riguarda le sanzioni»³¹⁸. Esse vanno da un minimo di un anno a un massimo di dieci anni, oltre agli aumenti possibili per l’effetto della presenza delle circostanze aggravanti di cui all’art. 9. Positivamente significativo è che la previsione degli anzidetti limiti edittali appare caratterizzata da notevole coerenza interna, e da opportuna sensibilità rispetto a casi di progressione criminosa e di differenziazioni inerenti la persona della vittima³¹⁹.

Quale nota critica si deve al contrario rimarcare la persistente presenza nell’articolato repressivo di quelle condotte di pedopornografia apparente e virtuale, già censurate in relazione alla decisione quadro del 2004, in ordine alle quali nulla è mutato, né quanto alla completa assenza di motivazione criminologica in punto, né quanto agli approfondimenti operati nel quadro internazionale con riguardo a tali condotte, la cui concreta lesività resta dibattuta a controversa³²⁰.

Per quanto riguarda infine lo stato di attuazione dello strumento in discorso, e ribadito come non siano ancora state redatte e pubblicate le consuete relazioni della Commissione in punto, ci si può limitare a segnalare la L. 1 ottobre 2012, n. 172³²¹, in attuazione della Convenzione di Lanzarote del 2007³²², nonché il D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 39³²³, emanato su delega della L. 6 agosto 2013, n. 96³²⁴ in espressa attuazione della direttiva in rassegna³²⁵.

³¹⁷ In proposito sono evidenti le difficoltà di sistemi come quello italiano nel quale la particolare severità delle cornici edittali è temperata da una consolidata tendenza della magistratura a non applicare le sanzioni nel massimo (in questo senso TROGLIA, *Lotta contro l’abuso*, cit., p. 1912). Trattasi in ogni caso di un mero suggerimento, come dimostra la sua collocazione nei *considerando* e non nell’articolato prescrittivo della direttiva.

³¹⁸ VERRI, *Contenuto ed effetti*, cit., p. 6.

³¹⁹ Spesso, ad es., il medesimo reato è punito meno severamente quando la vittima abbia superato l’età del consenso sessuale.

³²⁰ Per un sintetico sguardo comparatistico verso il panorama nordamericano cfr. TROGLIA, *Lotta contro l’abuso*, cit., pp. 1911 s., con riferimenti giurisprudenziali in note.

³²¹ In G.U. 8 ottobre 2012, n. 235. A commento della quale vd. PECCIOLI, *Un ulteriore intervento*, cit., pp. 137 ss.

³²² Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, del 25 ottobre 2007.

³²³ In G.U. 22 marzo 2014, n. 68.

³²⁴ In G.U. 20 agosto 2013, n. 194.

³²⁵ Circa la quale, peraltro, «considerata la puntualità e completezza dell’attuale apparato normativo, sia sul versante sostanziale che processuale, ... [deve] sottolinearsi come la disciplina di diritto interno detti,

3.2.3 Direttiva 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 agosto 2013, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio.

A differenza dei due atti normativi esaminati nei due precedenti paragrafi, la c.d. “terza direttiva penale”³²⁶ non ha apportato modifiche di particolare rilievo al testo previgente³²⁷. Le innovazioni principali sono costituite da un miglior sforzo definitorio, da una più attenta considerazione degli aspetti connessi al principio di colpevolezza e dall’ampliamento del novero delle fattispecie di reato previste, con alcuni rilievi ritocchi edittali.

In virtù della base giuridica fornita dall’art. 83, par. 1, TFUE³²⁸, l’Unione ha ritenuto necessario aggiornare il proprio intervento in materia di criminalità informatica cogliendo l’occasione per dettagliare in maniera più precisa le esigenze che fanno da sfondo a tale azione. La lettura del secondo e terzo *considerando*, infatti, specialmente se accostata a quella del *considerando* secondo della decisione quadro, rivela una più ampia finalizzazione dell’intervento, sostenuto dalla considerazione per la quale i sistemi di informazione sono «un elemento chiave dell’interazione politica, sociale ed economica nell’Unione», che la società è «fortemente e sempre più dipendente da tali sistemi» in funzione dello sviluppo e dell’operatività «del mercato interno e di un’economia competitiva e innovativa», mentre sono in aumento gli attacchi ai sistemi di informazione che si riconnettono alla criminalità organizzata anche di stampo terroristico, con crescente pericolo per «l’infrastruttura critica degli Stati membri e dell’Unione»³²⁹.

tendenzialmente, un regime assai più rigoroso rispetto alla soglia minima di tutela individuata dallo strumento sovranazionale». Così TRINCI, *Introduzione ad uno studio “aggregato” dei delitti contro la libertà sessuale*, in TOVANI, TRINCI (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale*, Torino, 2014, p. 45 s., cui si rinvia per un più ampio commento al D.Lgs. 39/2014.

³²⁶ Inteso: “dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona”. La direttiva è pubblicata in GUUE, L 218 del 14 agosto 2013.

³²⁷ In questo senso CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova tutela penale europea dei sistemi di informazione*, in *penalecontemporaneo.it*, 30 ottobre 2013, p. 2. A tale opera si rimanda anche per un commento più esteso alla direttiva e per l’interessante approccio parallelo tra le disposizioni di questa e il diritto nazionale all’indomani della sua entrata in vigore. Cfr. altresì FANCIULLO, *L’adozione di “norme minime” per la definizione dei reati e delle sanzioni nel settore degli attacchi contro i sistemi d’informazione: la direttiva 2013/40/UE*, in *Rivista dell’Osservatorio sullo Spazio Europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, 2013, 128 ss.

³²⁸ La quale, lo si rammenta, consente l’adozione di «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale», sfere tra le quali è compreso anche il c.d. *cybercrime*.

³²⁹ Per la...criticità di tale definizione cfr. *infra* in questo paragrafo.

Tralasciando le - in verità non numerose - disposizioni non attinenti alla materia che ci occupa, è opportuno richiamare innanzitutto il maggiore approfondimento tecnico dimostrato dal legislatore europeo, approfondimento che ha giovato anche alla precisione e alla chiarezza delle definizioni, in gran parte soggette a meri “ritocchi” rispetto alla decisione quadro del 2005: è in particolare nei *considerando* (quarto, quinto, diciassettesimo, ventiduesimo e ventiseiesimo, fra gli altri) che si percepisce tale nuova consapevolezza, quando trattano di «infrastrutture critiche», di «botnet»³³⁰, del “white-hat hacking”³³¹, dell’«importanza delle reti» e del valore della «resilienza dei sistemi».

Sempre tra i *considerando* si trova importante traccia degli ulteriori profili di novità segnalati: il *considerando* undicesimo si occupa della clausola di esclusione della punizione per i fatti di minore gravità, contenuta in pressoché tutte le figure di reato previste dalla direttiva e che consente agli Stati membri di non punire, «ai sensi del loro diritto e della loro prassi nazionali», casi in cui, ad esempio, il rischio per l’interesse tutelato sia stato «insignificante o di natura tale da non rendere necessario imporre una sanzione penale ... o stabilire una responsabilità penale»³³²; i *considerando* sedicesimo e diciassettesimo si occupano invece di colpevolezza, affermando chiaramente che la «direttiva non prevede responsabilità penale qualora siano soddisfatti i criteri oggettivi dei reati previsti ..., ma gli atti siano compiuti senza dolo», requisito che assume particolare significato soprattutto in relazione a quegli «strumenti che possono essere utilizzati per commettere i reati» previsti nella direttiva ma che è altresì «possibile che sia[no] stati prodott[i] per fini legittimi», dovendosi «evitare una criminalizzazione di tali strumenti».

Più in generale, come già visto in altri strumenti recenti, il legislatore europeo appare più attento a coniugare fattispecie di anticipazione della tutela con un corrispondente aggravamento sul fronte soggettivo: esempio ne è proprio l’art. 7, insieme all’art. 6 vera e propria novità della direttiva³³³, ove vengono criminalizzate le condotte di fabbricazione, vendita, approvvigionamento

³³⁰ Azioni con le quali «si stabilisce il controllo a distanza di un numero rilevante di computer infettandoli con software maligni per mezzo di attacchi informatici mirati» (*considerando* quinto).

³³¹ L’incarico conferito a una persona dal proprietario o dal venditore di un sistema informatico affinché verifichi la resistenza di un sistema informatico mediante la simulazione di attacchi di *hacking*.

³³² Concetto «sostanzialmente riconducibile a figure tradizionali di condotta non punibile perché inoffensiva o di *periculum in abstracto*», così CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova tutela*, cit., p. 5.

³³³ Gli artt. da 3 a 5 costituiscono invece delle riproduzioni poco più che testuali degli artt. da 2 a 4 della decisione quadro del 2005, e pertanto non ci si soffermerà a commentarli. L’art. 6, invece, domanda la criminalizzazione delle condotte di «intercettazione illecita» aventi per oggetto le «trasmissioni non pubbliche di dati informatici verso, da o all’interno di un sistema di informazione, incluse le emissioni elettromagnetiche», sempre solo qualora «compiute intenzionalmente e senza diritto» e facendo salva la non punibilità dei casi di «minore gravità».

per l'uso, importazione, distribuzione e messa a disposizione di alcuni strumenti³³⁴ considerati astrattamente idonei ad essere utilizzati per compiere uno dei reati previsti dai precedenti articoli, purché tali fatti siano «compiuti senza diritto e con l'intenzione di utilizzarli al fine di commettere» uno di tali reati.

Sulla stessa linea appare porsi la regolamentazione del tentativo, previsto solo per le fattispecie di interferenza illecita relativamente a sistemi (art. 4) e ai dati (art. 5), con significativa esclusione dell'art. 3 («accesso illecito a sistemi») e dell'art. 7 (relativo agli «strumenti»), entrambi costruiti come reati di pericolo rispetto alle fattispecie di interferenza e per i quali quindi la criminalizzazione del tentativo avrebbe provocato un intollerabile arretramento di punibilità.

Che le fattispecie di interferenza continuino a costituire il fulcro dell'articolato di tutela predisposto dal legislatore europeo è dimostrato anche sul piano delle sanzioni: se per tutti i reati in discorso gli Stati membri dovranno imporre sanzioni con pena detentiva massima non inferiore a due anni, per le due fattispecie di cui agli artt. 4 e 5 essa dovrà elevarsi a tre o a cinque in coincidenza con il ricorrere di circostanze aggravanti (art. 9, parr. 3 e 4).

Punctum dolens della direttiva è invece la già richiamata nozione di «infrastruttura critica», la quale appare troppo vaga e indeterminata per poter essere fatta oggetto di una previsione penale, segnatamente l'aggravante prevista dall'art. 9, par. 4, lett. c), con riferimento ai reati «commessi ai danni di un sistema di informazione di un'infrastruttura critica». Vero è che tale sintagma sostituisce quello presente nella corrispondente disposizione della decisione quadro, l'art. 7, par. 2, il quale prevedeva un'aggravante (la cui introduzione era lasciata alla discrezionalità degli Stati membri) legata alla causazione di «gravi danni» o al coinvolgimento di «interessi essenziali», espressione quest'ultima certamente ancor più indeterminata. Tuttavia, nonostante un certo sforzo definitorio, collocato però nelle premesse, e segnatamente nel quarto *considerando*, che pare opportuno trascrivere testualmente:

«... Per infrastrutture critiche si potrebbe intendere un elemento, un sistema o parte di questo ubicato negli Stati membri che è essenziale per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza e del benessere economico o sociale delle persone, come gli impianti energetici, le reti di trasporto o le reti governative, e il cui danneggiamento

³³⁴ Esattamente: «un programma per computer, destinato o modificato principalmente al fine di commettere uno dei reati di cui agli articoli da 3 a 6» e «una password di un computer, un codice d'accesso, o dati simili che permettono di accedere in tutto o in parte a un sistema di informazione».

o la cui distruzione avrebbe un impatto significativo in uno Stato membro a causa dell'impossibilità di mantenere tali funzioni»

Con esclusione degli esempi richiamati, e attinenti agli impianti energetici, alle reti di trasporto e alle reti governative, la definizione di «impatto significativo in uno Stato membro a causa dell'impossibilità di mantenere le funzioni vitali» sopra enumerate non appare fornire sufficienti indicazioni, lasciando ai legislatori nazionali il compito di individuarle, sempre che – come talora accade e come già segnalato – essi non si limitino a trasporre pedissequamente il testo della direttiva, facendo scivolare l'onere definitorio in capo alla giurisprudenza, con risultati incerti e potenzialmente ondivaghi.

Come per gli strumenti di cui ai paragrafi seguenti, infine, nulla può dirsi quanto all'attuazione, stante che non è ad oggi³³⁵ decorso il relativo termine, fissato dall'art. 16 nel 4 settembre 2015³³⁶.

³³⁵ Febbraio 2015.

³³⁶ La particolareggiata analisi di CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova tutela*, cit., mostra in ogni caso un ordinamento tendenzialmente compatibile con gli obblighi imposti dalla direttiva, per il quale «il recepimento della normativa dell'Unione non costerà troppo fatica agli Stati membri» (*ivi*, p. 2) in ragione del previgente obbligo di conformazione alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, firmata a Budapest il 23 novembre 2001, contenente obblighi in gran parte sovrapponibili e cui gli Stati hanno già dovuto adeguarsi.

3.2.4 Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato.

La direttiva 2014/57/UE³³⁷ costituisce il primo esempio di direttiva penale avente per base giuridica il secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE, il quale come già illustrato determina la c.d. competenza penale indiretta dell'Unione, ovvero quella competenza che si fonda sul fatto che «il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione»³³⁸.

Per poter apprezzare la sussistenza della competenza penale dell'Unione si prescinde pertanto, in questa sede, dalla valutazione in ordine alla gravità dei fenomeni criminosi, dovendosi unicamente verificare la preesistenza di norme di armonizzazione nei settori considerati³³⁹.

È significativo, in ogni caso, notare come il primo intervento dell'Unione in virtù di tale disposizione abbia ad oggetto una materia centrale per la costruzione europea, come chiaramente esplicitato sin dal primo *considerando*: premesso che la costruzione del mercato unico ha costituito il primo grande obiettivo delle Comunità³⁴⁰ e che tale costruzione ha avuto e possiede tuttora la finalità di promuovere la crescita e il benessere economico, per ottenere tali risultati è necessario preservare l'integrità e l'efficienza del mercato, e per ottenere che il mercato sia integro ed efficiente è a sua volta necessario che si contrastino gli abusi di mercato quali fattori che «ledono l'integrità dei mercati finanziari e compromettono la fiducia nel pubblico nei valori mobiliari, negli strumenti derivati e negli indici di riferimento». È altresì ben possibile intravedere dietro questo approccio un forte parallelismo, dal punto di vista assiologico, tra la tutela dell'economia finanziaria preservando l'affidabilità dei suoi strumenti e la tutela dell'economia reale preservando l'affidabilità della moneta e dei mezzi di pagamento³⁴¹.

³³⁷ Pubblicata in GUUE, L 173 del 12 giugno 2014.

³³⁸ Precisamente: «Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive»

³³⁹ Ciò non toglie, ovviamente, che continuano ad applicarsi i principi fondamentali in materia penale, e tra questi la sussidiarietà penale o *ultima ratio*, nonché la proporzione intesa quale meritevolezza di pena, principi tutti che possono condurre a limitazioni nell'uso dello strumento penale, come si vedrà *amplius* nei capitoli 4 e 5 del presente lavoro.

³⁴⁰ Cfr. par. 1.1.

³⁴¹ Per i quali cfr. *supra* parr. 3.1.1 e 3.1.3 e *infra*, par. 3.2.5.

Interessante, sempre alla luce del fatto che trattasi della prima direttiva adottata ex art. 83, par. 2, TFUE, è illustrare i passaggi dell'argomentazione che scandisce i primi otto *considerando*, mediante la quale il legislatore europeo sembra voler fornire una ferrea giustificazione al proprio intervento nella materia. Premesso infatti quanto già riferito circa l'eminente rilevanza del bene protetto, il secondo *considerando* richiama le disposizioni della direttiva 2003/6/CE e la centralità, nel sistema da essa delineato, delle sanzioni amministrative. Il terzo *considerando*, riferendosi alla «relazione del 25 febbraio 2009 del gruppo di esperti ad alto livello sulla vigilanza finanziaria dell'Unione europea»³⁴² conclude per la necessità di fondare il settore finanziario su «regimi di vigilanza ... forti ... e regimi sanzionatori uniformi, severi e dissuasivi». Siccome tuttavia «non tutti gli Stati membri [prevedono] sanzioni amministrative pecuniarie» e siccome «il livello delle sanzioni [varia] considerevolmente da uno Stato membro all'altro ... [è] pertanto necessario un nuovo atto legislativo al fine di garantire norme minime comuni nell'Unione» (quarto *considerando*). Tali norme minime, in virtù del fatto che «l'adozione di sanzioni amministrative ... si è finora rivelata insufficiente» (quinto *considerando*), «è essenziale rafforzare il rispetto delle norme ... istituendo sanzioni penali, che dimostrino una forma più forte di disapprovazione sociale» (sesto *considerando*). Ma poiché non vi è uniformità nell'approccio degli Stati membri sul punto, nonostante l'attuazione della direttiva 2003/6/CE, con le note conseguenze quanto a effettività delle sanzioni e capacità investigative e di cooperazione, «l'assenza di un regime comune di sanzioni penali ... offre l'opportunità agli autori di abusi di mercato di approfittare dei regimi meno rigorosi» (settimo *considerando*). Sulla base di tali premesse, «l'introduzione, da parte di tutti gli Stati membri, di sanzioni penali almeno per i reati gravi di abusi di mercato è pertanto essenziale per garantire l'attuazione efficace della politica dell'Unione in materia» (ottavo *considerando*).

Tuttavia, come già rilevato altrove, a fronte di un iter argomentativo così serrato, non è dato comprendere appieno quali siano le effettive ragioni del ricorso allo strumento penale: esse sono infatti, in ultima analisi, confinate nella citata Relazione, la quale viene richiamata ma non ne vengono illustrate se non le conclusioni, e peraltro in via estremamente sintetica. Tale prassi deve nuovamente essere stigmatizzata, anche perché rende del tutto apparente la motivazione in

³⁴² C.d. Gruppo de Larosiére. La relazione, in versione inglese, è disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf (url consultato il 10 febbraio 2015).

punto di sussidiarietà penale³⁴³. Questa osservazione non intende poi entrare nel merito, rispetto al quale la migliore dottrina ha sollevato e solleva tuttora articolati e convincenti critiche³⁴⁴.

Sempre all'interno dei *considerando* appare poi degno di nota il particolare interesse per due profili, quello definitorio e quello legato al rispetto dei diritti fondamentali.

Quanto al primo, e volgendo lo sguardo anche ai primi cinque articoli della direttiva³⁴⁵, il legislatore europeo mostra la condivisibile preoccupazione di delimitare con precisione il proprio intervento penale, al contempo estendendolo in modo da reprimere ogni condotta potenzialmente pericolosa³⁴⁶ per il bene tutelato. La complessità della materia induce a non soffermarsi sulla lettura delle singole disposizioni, limitandosi ad osservare l'insolitamente elevato grado di dettaglio delle singole condotte considerate, che appare mutuato dall'intrinseca complessità della materia e che non sembra apportare importanti rivolgimenti rispetto alle definizioni già contenute nella direttiva 2003/6/CE e oggi riprodotte nel regolamento UE n. 596/2014 e negli altri atti normativi citati.

Il problema, in proposito, è che a tale grado di dettaglio non appare corrispondere, ad opinione della migliore dottrina, un'analogia raggiunta precisione nell'individuazione delle fattispecie, descritte «in termini inaccettabilmente generici» con una definizione delle condotte «del tutto inutilizzabile da un legislatore che voglia essere minimamente rispettoso dell'art. 25 Cost. e dei suoi corollari»³⁴⁷. Come già evidenziato altrove, non sempre le apparenze iniziali e gli apparenti sforzi del legislatore europeo conducono al rispetto dei principi che tali sforzi dichiarano di voler proteggere.

³⁴³ La motivazione appare ridursi, in definitiva, al riferimento alla citata Relazione: parafrasando, "è necessario ricorrere al diritto penale perché lo dice la Relazione". Ciò è evidentemente insufficiente.

³⁴⁴ Per tutti: ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, pp. 855/l ss., in particolare p. 862/l e s..

³⁴⁵ Aenti ad oggetto l'ambito di applicazione della direttiva (art. 1, formato da cinque commi precisi e articolati), le consuete definizioni concettuali (art. 2, contenente quattordici definizioni, costruite prevalentemente secondo la tecnica del rinvio, in completa assonanza con quanto osservato *supra* circa la base giuridica dell'atto) e tre fattispecie di reato (l'abuso di informazioni, art. 3; la comunicazione illecita, art. 4; la manipolazione del mercato, art. 5) a loro volta formate da numerose e specifiche condotte.

³⁴⁶ Cfr. quanto si dirà subito *infra* circa il tentativo e più in generale sull'arretramento della punibilità.

³⁴⁷ Così ALESSANDRI, *Prime riflessioni*, cit., p. 863/l. Medesimo discorso per il concetto di «casi gravi» delineato dai *considerando* dodicesimo e tredicesimo sulla base di «indici ... di difficile concretizzazione». Per l'Illustre Autore, «la genericità della formulazione ... tradisce esemplarmente l'impostazione tecnocratica ed efficientista degli uffici di Bruxelles, troppo acriticamente accolta dal Parlamento».

Quanto al secondo profilo, legato al rilievo dei diritti fondamentali³⁴⁸, due sono i riferimenti da segnalare: il primo è quello rivolto alla libertà di stampa (ventottesimo *considerando*), «in particolare, per quanto riguarda la comunicazione di informazioni privilegiate conformemente alle disposizioni su tale comunicazione contenute nella presente direttiva». In fine all'art. 4, in particolare, è collocato un apposito paragrafo, il par. 5, ove viene espressa la necessità di coordinare la criminalizzazione della «comunicazione di informazioni privilegiate» con la libertà di stampa e di espressione: in proposito, si sarebbe potuto compiere uno sforzo maggiore coordinando tale esigenza con una consona definizione di «illiceità».

Il profilo di più rilevante impatto sembra però essere quello del riferimento a un'altra disposizione della CDFUE, segnatamente l'art. 50, che ha per oggetto il «diritto di non essere giudicato o punito due volte in procedimenti penali e per lo stesso reato». Poiché, infatti, il precedente sistema era fondato su un «doppio binario» di tutela, con un armamentario di sanzioni amministrative e penali, si era di recente sollevato il problema di una loro parziale reciproca sovrapposizione in uno con il particolare grado di afflittività delle prime. La problematica, da tempo segnalata in dottrina³⁴⁹, ha avuto in tempi assai recenti un'importantissima eco con il caso Grande Stevens c. Italia, deciso dalla Corte EDU con sentenza del 4 marzo 2014³⁵⁰: senza voler entrare in questa sede nel dibattito conseguente, appare evidente come essa abbia registrato un impatto di rilievo sulla stesura della direttiva in rassegna e che l'avrà sul recepimento delle disposizioni del sistema di repressione dell'abuso di mercato così come risultante dalla combinata azione della direttiva medesima e del regolamento UE n. 596/2014. Se infatti la redazione di quest'ultimo non pareva aver modificato in maniera rilevante l'approccio del legislatore europeo sull'impiego del doppio binario³⁵¹, è l'inserimento nella direttiva 2014/57/UE del *considerando*

³⁴⁸ Genericamente richiamati, con un riferimento a diversi articoli della CDFUE, nel ventisettesimo *considerando*.

³⁴⁹ Cfr. quanto riferito da VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta?*, in *penalecontemporaneo.it*, 30 giugno 2014, p. 2.

³⁵⁰ Ric. n. 18640/10, pubblicata, tra gli altri, in *penalecontemporaneo.it*, con nota di TRIPODI, *Uno più uno* (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato, 9 marzo 2014. Numerosi i commenti alla sentenza: tra essi, senza pretesa di completezza, si segnala il già citato VIGANÒ, *Doppio binario*, cit.; ALESSANDRI, *Prime riflessioni*, cit., pp. 855/l ss.; DE AMICIS, *Ne bis in idem e 'doppio binario' sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano*, in *penalecontemporaneo.it*, 30 giugno 2014; DESANA, *Procedimento CONSOB e ne bis in idem: respinta l'istanza di rinvio*, in *Giur. It.*, 7/2014, pp. 1642 ss.; MIRIAM, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale Dir. Amm.*, 11/2014, pp. 1053 ss..

³⁵¹ Basti citare i *considerando* settantesimo e settantunesimo del regolamento: «Un quadro solido in materia prudenziale e di condotta negli affari per il settore finanziario dovrebbe basarsi su regimi di vigilanza, di indagine e sanzionatori forti. A tal fine, le autorità di vigilanza dovrebbero essere dotate dei poteri necessari per intervenire e dovrebbero poter contare su regimi sanzionatori uniformi, severi e dissuasivi per tutti i reati finanziari e sull'effettiva

ventitreesimo a fornire la cifra dell'impatto dell'affermazione giudiziale della tutela dei diritti fondamentali sulla disciplina in discorso: ivi si legge infatti che «Nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) n. 596/2014 non violi il principio del *ne bis in idem*»³⁵².

Un ulteriore profilo significativo della direttiva in rassegna è costituito poi dalla disciplina del tentativo (art. 6, par. 2): poiché talune delle fattispecie previste dalla direttiva posseggono un evidente carattere anticipato rispetto alla tutela del bene giuridico³⁵³, il legislatore europeo evita apprezzabilmente di imporre la perseguibilità del tentativo per le sole condotte di abuso delle informazioni privilegiate (art. 3, parr. 2-5) e non anche per la mera raccomandazione di commettere un abuso (par. 6), a meno che sia raccolta e realizzata (par. 7, per il quale torna ad essere previsto il tentativo); medesima logica pare muovere la punibilità in forma tentata della condotta di manipolazione del mercato (art. 5) e non di quella di comunicazione (art. 4), la quale ultima rappresenta una forma ulteriormente arretrata di tutela.

Da ultimo, quanto alle cornici sanzionatorie, si deve registrare un basso grado di approfondimento, che, se giova alla discrezionalità dei legislatori nazionali, certo non contribuisce a creare una graduazione di gravità delle singole fattispecie previste, con un potenziale *vulnus* alla coerenza interna dello strumento: l'art. 7, infatti, prevede due distinte cornici edittali, identificate come sempre tramite l'indicazione del minimo del massimo edittale, pari ad almeno due anni per

applicazione delle sanzioni»; «Pertanto, è opportuno prevedere una serie di sanzioni amministrative e altre misure amministrative per assicurare un approccio comune negli Stati membri e potenziarne l'effetto deterrente». Quanto al *ne bis in idem*, addirittura, il *considerando* settantaduesimo così dispone: «Anche se nulla osta a che gli Stati membri stabiliscano regole per sanzioni amministrative oltre che sanzioni penali per le stesse infrazioni, gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti a stabilire regole in materia di sanzioni amministrative riguardanti violazioni del presente regolamento che sono già soggette al diritto penale nazionale, entro il 3 luglio 2016. Conformemente al diritto nazionale, gli Stati membri non sono tenuti a imporre sanzioni sia amministrative che penali per lo stesso reato, ma possono farlo se il loro diritto nazionale lo consente».

³⁵² « L'impressione ... è che il legislatore dell'Unione abbia per lungo tempo, ..., sottovalutato i profili di frizione con il *ne bis in idem* cui si sarebbe esposto un meccanismo chiaramente strutturato attorno a un doppio binario procedurale e sanzionatorio, plasticamente espresso dalla scelta di disciplinare in due distinti e paralleli strumenti normativi (il regolamento e la direttiva) ciascuno dei due binari; e che poi lo stesso legislatore europeo, di fronte ai venti di guerra provenienti da Strasburgo ... abbia tentato di porre rimedio, riconoscendo agli Stati la possibilità... di non applicare affatto l'articolato sistema di sanzioni amministrative pure dettagliatamente disciplinate nel regolamento n. 596», così VIGANÒ, *Doppio binario*, cit., p. 20.

³⁵³ Che, lo si ricorda, è solo in via mediata la protezione dell'interesse del singolo investitore, essendo invece la direttiva rivolta a conseguire la stabilità e l'affidabilità dei mercati nel loro complesso.

la comunicazione illecita³⁵⁴ e di quattro anni per tutte le altre fattispecie, cornici che peraltro poco sono in grado di dire, sotto il profilo della capacità di selezione assiologica, ad un legislatore aduso a livelli edittali ben maggiori³⁵⁵.

³⁵⁴ Ulteriore riprova di una minore gravità della stessa in ragione dell'arretramento di tutela già segnalato.

³⁵⁵ In proposito, tra gli altri, ALESSANDRI, *Prime riflessioni*, cit., pp. 857 ss., in particolare p. 860/I per l'Italia e p. 862/I per una riferimento alla Lettonia.

3.2.5 Direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione.

La direttiva 2014/62/UE³⁵⁶ sostituisce, a mente del suo articolo 13, la decisione quadro 2000/383/GAI³⁵⁷: l'operazione di sostituzione, a differenza di quanto osservato *supra* per la direttiva 2011/36/UE³⁵⁸ e per la direttiva 2011/93/UE³⁵⁹, è stavolta pressoché innocua, perlomeno sul versante delle disposizioni di diritto penale sostanziale³⁶⁰.

I reati previsti dalla decisione quadro agli articoli 3, 4, 5 e 6 sono riprodotti testualmente negli articoli 3, 4 e 5 della direttiva con lievi modificazioni lessicali che non appaiono foriere di impatto alcuno sulle legislazioni degli Stati membri che si fossero correttamente adeguati agli obblighi della decisione quadro. Unica fattispecie del tutto nuova è quella prevista all'art. 5, par. 5, ove si richiede che le sanzioni indicate ai paragrafi precedenti possano essere sostituite da altre, purché sempre «penali effettive, proporzionate e dissuasive», tra cui anche multe, «qualora la valuta falsificata sia stata ricevuta senza sapere che era falsa ma fatta poi circolare anche se riconosciuta tale».

Ulteriore differenziazione, sempre in ambito sanzionatorio, è data dal fatto che all'unico livello edittale previsto dalla decisione quadro (otto anni di minimo di pena massima per le condotte di falsificazione), riprodotto all'art. 5, par. 3, si è aggiunto un grado intermedio, indicato all'art. 5, par. 4, in cinque anni e riferito alle condotte di «immissione in circolazione» e di «importazione, esportazione, trasporto, ricettazione e procacciamento». Resta quindi nella discrezionalità degli Stati membri determinare la cornice edittale delle condotte inerenti la fabbricazione o il possesso di strumenti idonei alla contraffazione e di elementi di sicurezza atti ad assicurare la protezione contro la falsificazione (art. 3, par. 1, lett. d)).

In proposito a tali condotte, caratterizzate da un'evidente anticipazione e perciò escluse dalla punibilità del tentativo (art. 4, par. 2), se ne segnala espressa menzione al *considerando* n. 13, proprio nel senso di non richiederne la punibilità nello stadio tentato.

³⁵⁶ Pubblicata in GUUE, L 151 del 21 maggio 2014.

³⁵⁷ Esaminata *supra*, par. 3.1.12.

³⁵⁸ Esaminata *supra*, par. 3.2.1.

³⁵⁹ Esaminata *supra*, par. 3.2.2.

³⁶⁰ Ciò ovviamente non significa che l'adozione della direttiva non importi alcuna conseguenza, dalla coercibilità dell'implementazione alla maggiore democraticità dei processi decisionali: per tutte queste osservazioni cfr. *supra*, *passim*, il par. 2.1.3.

In punto di sussidiarietà vale la pena di evidenziare, specularmente allo strumento del 2000, come nonostante l'evoluzione della legislazione europea, delle sue tecniche e delle sensibilità ad essa sottese, non sia tuttora chiaro quale sia il fondamento empirico alla scelta del diritto penale come forma idonea di tutela: nonostante gli espressi riferimenti, contenuti nei *considerando*, ai «danni finanziari»³⁶¹, alle «ripercussione negative sulla società» (*considerando* n. 2) e all'«effetto fortemente deterrente sui potenziali autori dei reati» (*considerando* n. 17), l'unica giustificazione espressa può essere rinvenuta nel *considerando* n. 15, il quale afferma che «la falsificazione monetaria è tradizionalmente un reato», nonché nella stessa necessità di ottemperare alla Convenzione di Ginevra già citata. Osservato tuttavia che i) la Convenzione fa data al 1929 e a una ben diversa temperie culturale per quanto riguarda i principi di diritto penale, che ii) l'obbligo di dare esecuzione a una convenzione internazionale non è sufficiente ad elidere la necessità di rispettare i principi fondamentali dell'Unione in quanto fonte sovraordinata³⁶² e che iii) il fattore “tradizionalistico” è di per sé privo di efficienza ermeneutica, il legislatore europeo avrebbe potuto e dovuto cogliere l'occasione per una migliore ponderazione sul punto, che andasse oltre le finalità meramente simboliche che possono essere intraviste dietro tali argomentazioni e che considerasse di prevedere una maggiore articolazione di mezzi repressivi in modo da intercettare più efficacemente gli interessi lucrativi sottesi al fenomeno della falsificazione³⁶³.

La mancata previsione di altre forme integrate di repressione e prevenzione non impedirà ovviamente agli Stati membri di predisporre, prima o oltre il termine di attuazione della direttiva, ma certo il legislatore europeo ha perso un'importante occasione in tal senso.

³⁶¹ Quantificati nel primo *considerando* in una somma di «almeno 500 milioni di EUR», senza che sia dato comprendere chi sia il danneggiato e quale la fonte del dato.

³⁶² Come dimostrato, ad es., dalla vicenda giurisprudenziale inerente le *black-list* anti-terrorismo predisposte con risoluzione ONU. Cfr. *supra*, nt. 67, e riferimenti ivi contenuti.

³⁶³ Il quale, giova evidenziarlo, se è vero che incide su beni di altissima rilevanza quali la fiducia nel sistema economico nel suo complesso, è normalmente motivato non dalla volontà di destabilizzare quest'ultimo ma da quella di ottenere un guadagno economico dalla cessione della valuta falsa.

4 LA LEGITTIMITÀ DELL'INTERVENTO PENALE DELL'UNIONE

SOMMARIO. 4.1 I principi fondamentali quali parametri di legittimità del diritto penale europeo. - 4.2 Il principio di legalità e i suoi corollari, storici/astorici. - 4.2.1.1 I caratteri fondanti della riserva di legge parlamentare nell'ordinamento italiano. - 4.2.1.2 La patologia: le cause dell'attuale crisi della riserva di legge nell'ordinamento italiano. - 4.2.1.3 La fisiologia: il modello della riserva di legge parlamentare è tuttora valido? - 4.2.1.4 Le fonti legislative dell'Unione e il loro rapporto con la riserva di legge. Prove di destrutturazione. - 4.2.1.5 Alcune conclusioni. - 4.2.2 I corollari astorici: la conoscibilità e la prevedibilità del precetto. - 4.2.3 (segue): l'efficacia della legge penale nel tempo. - 4.2.3.1 Il divieto di retroattività *in pejus*. - 4.2.3.1 La retroattività *in mitius*. - 4.3 Il principio di proporzione e alcuni suoi supposti corollari. - 4.3.1 Il principio di proporzione: storia e attualità. - 4.3.2 Proporzione e ultima ratio. - 4.3.3 Proporzione e necessaria lesività. - 4.3.4 Conclusioni. - 4.4 La coerenza. - 4.4.1 La coerenza orizzontale. - 4.4.1.1 La funzione della pena. - 4.4.2 La coerenza verticale. - 4.5 L'impatto dei diritti fondamentali.

Nel primi due capitoli del presente lavoro si è cercato, con inevitabile sintesi, di fornire tutti gli strumenti, di carattere storico e tecnico, con prospettiva diacronica e sincronica, necessari per comprendere la portata dell'evoluzione del diritto penale europeo, e le caratteristiche degli atti normativi e delle procedure legislative e giurisdizionali che lo interessano più da vicino.

Nel successivo capitolo terzo si è tratteggiata un'analisi, esemplificativa, dei "precipitati normativi" che hanno dato concretezza all'astratta potestà penale attribuita all'Unione europea sino ad oggi, concentrando l'analisi sin da allora sull'impatto che taluni principi fondamentali in materia penale hanno avuto su tale evoluzione.

Conservando il bagaglio teorico ed esemplificativo sin qui acquisito, ora può affrontarsi con maggiore chiarezza (e, si auspica, speditezza) il cuore dell'analisi che ci si è prefissi all'avvio di questo lavoro, ovvero l'individuazione e la comprensione o, più realisticamente, la problematizzazione dei principi preposti a guidare l'attività di produzione normativa da parte del legislatore penale dell'Unione e i limiti a questa posti.

Questo quarto capitolo intende quindi individuare e descrivere *quali siano* tali principi e *in quanto essi costituiscano dei limiti* alla potestà penale dell'Unione.

La prospettiva adottata è quella di un esame globale, idealmente onnicomprensivo, la cui inevitabile conseguenza è un minore livello di approfondimento specifico dei singoli profili. Per contro, si prediligerà un approccio problematico e aperto, che pare peraltro più consono alle attuali dinamiche della materia, che registra una tale rapidità di evoluzione da non consentire l'ardire di affermazioni definitive.

4.1 I principi fondamentali quali parametri di legittimità del diritto penale europeo

All'esame che ci si è prefissi appare opportuna una breve premessa.

Se si muove infatti dal concetto di "principi fondamentali" e si presuppone che essi possano fungere da "parametri di validità" delle norme penali emanate dal legislatore dell'Unione, deve prima precisarsi che cosa si intenda per "principi fondamentali" e per quali ragioni si ritenga che essi posseggano uno statuto giuridico tale da renderli "parametri di validità" del diritto europeo.

Si farà quindi brevemente cenno all'origine di questi principi nello spazio giuridico europeo, si argomenterà circa la necessità che essi si pongano quali fondamenti del diritto penale europeo e si darà conto di due possibili approcci concettuali con cui affrontare l'analisi, illustrando infine le ragioni per le quali si è deciso di optare per uno di questi due approcci¹.

Pressoché tutte le trattazioni che abbiano ad oggetto il diritto penale muovono dalla premessa dell'esistenza di principi informatori della materia e si dedicano alla loro illustrazione e problematizzazione: in tal modo, i principi di legalità, di sussidiarietà penale, di meritevolezza di pena, di frammentarietà, di proporzione, di colpevolezza, "popolano" le parti introduttive di ogni manuale di diritto penale².

L'idea che l'impiego da parte del legislatore nazionale dello *jus terribile* debba essere governato e limitato da principi trae origine dall'Illuminismo e dalla concezione dell'uomo e della dignità e libertà individuali di cui tale movimento culturale è stato caratterizzato. I principi elaborati in tale temperie storico-culturale hanno poi conosciuto un'evoluzione e, più in generale, hanno attraversato i successivi tre secoli resistendo, anche a contesti culturali assai diversi, per giungere sino a noi.

La *necessità* di individuare principi guida riconnessi con l'impiego dello strumento penale si fonda sull'esigenza di porre dei limiti all'esercizio del potere dello Stato assoluto, contrapponendogli una specifica concezione dell'uomo, della sua dignità, della sua libertà, e più in generale dei suoi diritti individuali, che non a caso vengono affermati – nel medesimo contesto culturale – come fondamentali e inviolabili. Il legame tra i diritti fondamentali dell'uomo e il governo dello strumento penale è pertanto genetico e indissolubile.

¹ Per questo paragrafo introduttivo, stante la rilevante estensione dei problemi che si evocheranno, vale *a fortiori* l'avvertenza già indicata in premessa: si potranno infatti solo effettuare dei cenni, sintetici, con l'unico scopo di fondare metodologicamente il prosieguo dell'indagine.

² Cfr., ad es., MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2009, sezione I, capitolo I; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., parte prima, capitoli I e II; PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2004, parte prima, capitolo II, nonché tutte la parte terza.

Lo *statuto giuridico* di tali principi è discusso. Se è condiviso l'assunto che essi posseggano, appunto, il rango di "principi", diversi sono i caratteri che a questi principi possono essere attribuiti³. L'idea che, ad esempio, il legislatore non possa adottare norme penali che non descrivano precisamente la fattispecie vietata, o che non siano tassative, o che non prevedano una pena proporzionata alla lesività dell'offesa arrecata a un bene, può essere relegata a mero canone di politica legislativa, a una mera "indicazione di massima" rivolta al legislatore, un "auspicio" a che quegli si attenga a una buona prassi di azione; ancora, tale idea può essere ritenuta sì cogente per lo stesso legislatore, e tuttavia anche bilanciabile con altre esigenze di pari rilievo, per esempio una migliore persecuzione di un crimine particolarmente grave e/o in un determinato contesto di tempo e luogo; viceversa, ancora, a tale cogenza può essere attribuita una stringenza tale da risultare inderogabile, rendendo così l'"idea" in questione non solo una norma di principio ma altresì una norma giustiziabile, in grado cioè di invalidare l'atto legislativo che non ne sia rispettoso.

Parlare quindi di "principi informatori", "principi guida", "principi fondamentali in materia penale", rischia di dire ancora troppo poco sullo *statuto giuridico* che l'interprete attribuisca ad essi, soprattutto – per quanto qui d'interesse – sotto il profilo della *giustiziabilità*: una concezione "debole" dei principi, infatti, li rende mere "linee guida" incapaci di condizionare concretamente l'azione legislativa, la quale non trova limiti se non in se stessa; una concezione "forte", al contrario, comporta la giustiziabilità del principio in danno alla norma che lo violi, condizionando in maniera diretta l'azione del legislatore.

Inoltre, tali "idee" hanno assunto *forme differenziate* nei diversi contesti storici e ordinamentali nei quali sono state immerse, e pertanto – anche limitando l'indagine a una prospettiva meramente sincronica all'interno dello spazio giuridico europeo – esse risentono tuttora di importanti specificità a livello nazionale: innanzitutto, perché ogni Stato membro dell'Unione ne possiede una concezione mai identica rispetto a quella di altri Stati, restando pertanto difficile poter definire univocamente i contorni – ad esempio – della legalità, della

³ Lungi da chi scrive di voler anche solo cennare al profondo dibattito sulla distinzione tra principi e regole, sul loro legame con i diritti individuali, e più in generale sulla cogenza e giustiziabilità di tutte tali norme, dibattito che caratterizza altri rami della scienza giuridica quali il diritto costituzionale e la teoria del diritto. Una sintesi, arbitrariamente selezionata ma che coniuga il pregio della chiarezza al fatto di riguardare specificamente uno dei temi che saranno trattati *infra*, è offerta da HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *Eur. Law Journal*, 2/2010, pp. 164 ss..

proporzione o dell'offensività⁴ senza finire per riferirsi alle peculiarità proprie di un singolo contesto nazionale; in secondo luogo, perché l'elaborazione sino ad oggi effettuata fa riferimento all'esercizio del potere statale tipico dell'età moderna, nel cui contesto sono non a caso stati individuati e teorizzati tali principi.

A ciò, come già visto ampiamente, si aggiunge da un lato la crescente capacità di penetrazione del sistema Convenzionale, che tali diritti è chiamato a promuovere e proteggere, nei confronti degli ordinamenti nazionali, e dall'altro l'opera di avocazione del controllo sul rispetto dei diritti fondamentali portata avanti dalla Corte di giustizia dell'Unione ormai da alcuni decenni.

Del resto, ancora, l'importante espansione della potestà penale dell'Unione culminata con il quadro istituzionale introdotto a Lisbona attribuisce al legislatore europeo una capacità di influenza sui sistemi penali nazionali e, in definitiva, sulla posizione soggettiva del singolo davanti all'autorità statale che non può essere trascurata: se è vero, infatti, che l'esigenza di dare indirizzo, governo e limite all'impiego dello strumento penale nasce da esigenze che si ricollocano tutte alla condizione dell'uomo e ai suoi diritti fondamentali, non può in proposito costituire valido discrimine il fatto che l'istanza di criminalizzazione di un dato comportamento provenga dal legislatore statale piuttosto che da un legislatore esterno all'ordinamento nazionale.

Tuttavia, le segnalate difficoltà che si incontrano nel momento in cui si cerca di attribuire una definizione comune alle forme e ai contenuti di tali principi non consentono di operare una mera traslazione della loro elaborazione nazionale nell'ambito europeo, il quale, inoltre, conserva delle rilevanti peculiarità dalle quali non si può prescindere.

Riepilogando, l'analisi che ci si prefigge di affrontare in questo capitolo muove da queste fondamentali considerazioni:

- è condivisa l'idea che l'utilizzo dello strumento penale debba essere *sottoposto a limiti* e che il suo impiego debba essere governato in funzione della superiore dignità dell'uomo e dei suoi diritti fondamentali;
- il contenuto di questi limiti, storicamente elaborato all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, possiede un *nucleo comune* a fronte tuttavia di *non secondarie differenziazioni*;
- il loro *statuto giuridico* è incerto, e incerta ne è la forza cogente e la giustiziabilità;

⁴ Quest'ultima, anzi, come si vedrà *infra*, al par. 4.3.3, costituisce uno spiccato esempio di peculiarità, essendo proprio pressoché solo dell'elaborazione dogmatica italiana.

- l'attribuzione della potestà penale al legislatore europeo fa sì che *anche in sede sovranazionale si ripropongano le medesime istanze* rinvenute sul piano nazionale;

- è necessario verificare la consistenza e le caratteristiche dei principi guida della legislazione penale nell'ordinamento dell'Unione *in via autonoma* rispetto alle elaborazioni nazionali.

In questo contesto deve essere considerato anche *un ulteriore profilo*, rappresentato dal fatto che le posizioni soggettive individuali – sulle quali le norme penali vanno in definitiva a incidere – sono interessate dall'effetto, più o meno diretto, di fonti normative provenienti da diversi ordinamenti, da quello nazionale a quello convenzionale a quello dell'Unione europea. È il fenomeno del c.d. **“pluralismo giuridico”**⁵ che rende necessario verificare le dinamiche di influenza reciproca tra i principi affermati e fatti propri da ciascuno dei diversi ordinamenti.

Sembra quindi utile premettere all'indagine alcune brevi riflessioni circa gli effetti di tale rete di istanze normative, con *un discorso che si fa sin da subito duplice*: i rapporti interordinamentali possono infatti essere pensati tanto in una dimensione *prescrittiva*, individuando cioè quali sono le norme che regolano la reciproca influenza di tali istanze, quanto in una dimensione *descrittiva*, cercando quindi di rappresentare le dinamiche multilivello in una dimensione più teorica.

Iniziando da quest'ultima, diversi Autori, muovendo ad esempio dalla constatazione per la quale sempre più di frequente le pronunce giurisdizionali, specialmente rese dalle corti di vertice, tendono a far propri gli argomenti e le elaborazioni concettuali operati da altri giudici e altre corti, hanno cercato di intuire la presenza di criteri razionali che determinino il funzionamento di questo “dialogo” tra Corti: emblematico in tal senso è ad esempio il titolo della recente monografia di Carlo Sotis, «Le “regole” dell'incoerenza», ove per l'appunto l'Autore si cimenta nella ricerca di vere e proprie “regole”, che individua in canoni di razionalità materiale, in grado di governare o perlomeno di giustificare a posteriori determinate decisioni giudiziarie le cui scelte possono essere comprese solo nella dimensione plurale del c.d. “network multilivello”⁶.

In tale contesto si colloca ad esempio la recente storia del principio di retroattività *in mitius* nell'ordinamento della Convenzione EDU, la cui esistenza è stata per lungo tempo negata e

⁵ Sul quale vedansi, tra gli altri, ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2009; nonché, in ambito più specificamente penalistico, MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, pp. 839 ss.; SOTIS, *Le “regole” dell'incoerenza*, Roma, 2012.

⁶ L'espressione è ovviamente ripresa dal citato lavoro di Vittorio Manes.

successivamente affermata⁷ proprio sulla base di una sopravvenuta generalizzata condivisione negli ordinamenti degli Stati parte.

Costruita nell'ordinamento italiano sulla base del principio di eguaglianza, con l'immediata ricaduta di una sua più aperta bilanciabilità, la garanzia della *lex mitior* è stata recentemente intesa dalla giurisprudenza di Strasburgo⁸ quale proiezione del più stringente art. 7 CEDU, «ossia di un principio che si iscrive tra gli *inviolable core rights*, occupando un posto preminente nel sistema di tutela della Convenzione», con la conseguenza che se sono ancora ammissibili delle deroghe esse dovranno essere il frutto di «bilanciamenti più rigorosi ed *assiologicamente omogenei* al lignaggio dei “diritti umani”»⁹. Come noto, peraltro, la Corte Costituzionale ha successivamente ritenuto inalterata la struttura fondamentale del principio, operando distinguo ed evidenziando eccezioni e peculiarità rispetto ai casi decisi a Strasburgo¹⁰: rinviando *infra* per il merito della questione¹¹, è qui interessante richiamare, nell'ottica di illustrare le modalità di ragionamento adottate dagli approcci in discorso, una (penetrante) osservazione di Carlo Sotis sulle possibili ragioni di tale percorso. L'Autore¹² inquadra la questione all'interno del fenomeno di «confusione tra fonti ed argomenti», ossia quel fenomeno per cui l'“argomento” (nella sentenza *Scoppola*, la raccolta di precedenti normativi e giurisprudenziali idonei a mostrare il «consensus [qui] s'est progressivement formé aux niveau européen et international»¹³) diviene “fonte” (in questo caso, il contenuto precettivo dell'art. 7 CEDU pur se letto nella prospettiva evolutiva propria della giurisprudenza della Corte EDU), e nota che l'argomentazione della Corte nella sentenza *Scoppola* è pressoché integralmente fondata sull'“argomento” e non già sulla (interpretazione della) “fonte”, la quale viene relegata come secondo e fuggevole argomento nel solo par. 108, ove si crea apoditticamente un collegamento tra proporzione della pena, certezza del diritto e retroattività *in mitius* che è stato sin da subito duramente criticato dai commentatori sin sul piano

⁷ Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, sulla quale, tra gli altri, GAMBARDELLA, *Il “caso Scoppola”: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 5/2010, pp. 2020 ss.; PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2010, pp. 397 ss..

⁸ Proprio nella citata sentenza *Scoppola*.

⁹ MANES, *I principi penalistici*, cit., p. 850.

¹⁰ C. cost. n. 236 del 2011, sulla quale, fra gli altri, VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 settembre 2011.

¹¹ Cfr. par. 4.2.3.

¹² SOTIS, *Le “regole”*, cit., pp. 71 ss. A tale passo fanno riferimento le citazioni che seguono nel testo.

¹³ Corte EDU, cit., *Scoppola c. Italia*, par. 106.

della tenuta logica¹⁴. Tale passaggio «finisce, quindi, per indebolire l'intero impianto argomentativo ... lasciando in definitiva l'argomento della circolazione del precedente solo nel ruolo di pilastro concettuale», con l'effetto di indebolire anche la capacità di circolazione della decisione proprio in ragione della segnalata carenza di razionalità materiale. Sarebbe quindi per tale ragione che la Corte costituzionale, nella già richiamata sentenza n. 236 del 2011, sarebbe finita per «confermare in pieno la sua impostazione a cui era già arrivata prima della sentenza *Scoppola*» con un'argomentazione che «gioca sul filo di lana di mettere da parte la sentenza *Scoppola* senza, tuttavia, contraddirla». Il risultato finale è, accanto all'enunciazione di un formale rispetto dell'autorità della Corte di Strasburgo nell'adempimento dei propri compiti, un esito di chiusura sostanziale sui contenuti da questa affermati. Appunto perché, nella suggestiva ipotesi che si sta richiamando, tali contenuti poggiano su argomenti che non convincono, che sono cioè privi di quella necessaria razionalità materiale della quale già si è detto¹⁵.

Posto che gli esempi in proposito potrebbero continuare¹⁶, si deve rilevare come tutte queste analisi siano accomunate da una *strumentazione concettuale peculiare*, che predica la prevalenza della razionalità materiale su quella formale, dell'autorevolezza sull'autorità¹⁷: tale strumentazione risulta infatti necessaria, in tali prospettive, per risolvere conflitti tra norme e tra principi che non sarebbero in ipotesi diversamente risolvibili perché le norme e i principi confliggenti troverebbero la propria fonte in ordinamenti diversi e non vi sarebbero pertanto applicabili i canonici strumenti di risoluzione delle antinomie intraordinamentali¹⁸.

Il presente lavoro, tuttavia, *non intende esaminare a fondo tali assai suggestive ricostruzioni*, poiché ha il diverso obiettivo di verificare l'eventuale **fondamento positivo** che il vigente ordinamento dell'Unione europea offra ai principi e ai limiti della legislazione penale.

¹⁴ Cfr. già GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola"*, cit., pp. 660 ss.; ma soprattutto PECORELLA, *Il caso Scoppola*, cit., particolarmente pp. 403 ss. (ove l'Autrice parla di «discutibile interpretazione evolutiva» e di «operazione interpretativa 'spregiudicata'»), nonché lo stesso SOTIS, *Le "regole"*, cit., p. 73 (e gli Autori richiamati a p. 71, nt. 157).

¹⁵ Lo si ripete. In questa sede non si intende prendere alcuna posizione sul *merito* della questione, né da un punto di vista dell'attuale consistenza del principio di retroattività *in mitius* né sul delicato tema dei rapporti tra Corti, ma semplicemente mostrare in azione i canoni argomentativi in discorso.

¹⁶ Uno fra tutti, la concezione "lata" del concetto di "legge" come ricomprensivo anche del diritto di creazione giurisprudenziale, che ha fatto proporre una «riscrittura degli artt. 1 e 2 del codice penale [come] *nullum crimen sine iure* (non soltanto *sine lege*)» (RIONDATO, *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2011, p. 1557, grassetto nel testo).

¹⁷ ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico*, cit. p. 45.

¹⁸ La mancanza di tali parametri «determina il ruolo centrale, in posizione di principi, di *parametri di giudizio fondati su canoni di razionalità materiale*», così SOTIS, *Le "regole"*, cit., p. 21.

L'approccio adottato rende quindi assai più rilevante affrontare la questione sotto il profilo *prescrittivo*, individuando cioè quali sono le norme vigenti che regolano la reciproca influenza di norme e principi provenienti dagli ordinamenti nazionale, dell'Unione e del Consiglio d'Europa.

Queste premesse sono già state illustrate nei precedenti capitoli¹⁹, ma sembra opportuno qui riepilogarle brevemente evidenziando stavolta il (solo) punto di vista dell'ordinamento dell'Unione:

- l'ordinamento dell'Unione riconosce come propri principi fondamentali quelli contenuti nei Trattati, e oggi specificamente anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nonché quelli che la Corte di giustizia individua quali "principi costituzionali comuni" negli ordinamenti degli Stati membri;

- tra i principi fondamentali si pone il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, rispetto ai quali costituisce ad oggi un parametro ermeneutico fondamentale la Convenzione EDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo;

- in particolare, il sistema di tutela dei diritti fondamentali delineato dagli art. 6 TUE e 52 CDFUE prevede che ai diritti conferiti dalla Carta sia attribuito un contenuto non inferiore (ma eventualmente superiore) a quello codificato a Strasburgo;

- tali principi posseggono rango di diritto primario e sono quindi idonei a fungere da parametri di validità delle norme di rango inferiore, tra le quali quelle di diritto derivato;

- la sovraordinazione gerarchica non implica di per sé la giustiziabilità delle istanze fatte proprie dal principio di volta in volta considerato, perché per poter essere impiegato tale principio deve possedere un chiaro statuto concettuale che ne consenta un'applicazione tendenzialmente univoca al caso concreto²⁰.

È all'interno di tale quadro che il giurista è oggi chiamato a fornire risposta al quesito circa la presenza, il contenuto, i limiti e la giustiziabilità dei principi che a livello nazionale danno attuazione alle istanze di tutela dell'individuo contro l'arbitrio del potere statale che si sono richiamate all'inizio di questo paragrafo.

Da un esame generale della legislazione dell'Unione (come quello effettuato al precedente capitolo terzo) appare perlomeno evidente una particolare attenzione delle istituzioni per il rispetto di taluni di questi principi, almeno formalmente.

¹⁹ Cfr. in particolare parr. 2.1.1 e 2.1.2.

²⁰ Questo è un problema che emergerà chiaramente nel par. 4.3 in materia di proporzione.

Di più, l'idea della centralità dei principi fondamentali della materia penale rispetto all'esercizio delle competenze normative dell'Unione, e alla decisione circa la validità delle relative norme, è evidente, fra le innumerevoli altre fonti, dalla lettura di tutta la prima parte del più volte citato *Manifesto sulla politica criminale europea*, titolata per l'appunto «I principi fondamentali della politica criminale», ove tali principi vengono posti, benché non espressamente, come parametro di validità delle scelte normative operate dal legislatore europeo in materia penale.

Ma in proposito vedasi anche la Comunicazione della Commissione «Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale»²¹, ove, al paragrafo 2 «Quali principi dovrebbero ispirare la normativa dell'Unione in materia penale?», la Commissione precisa che «una nuova normativa esige il rispetto dei principi giuridici fondamentali» e si esprime in più luoghi in termini per i quali l'Unione «può legiferare solo se» rispetti tali principi.

La prospettiva dalla quale muoverà la presente indagine è pertanto quella di indagare la presenza e il contenuto di tali principi fondamentali *ricercandone il fondamento positivo, e perciò vincolante e giustiziabile*, già nell'ordinamento dell'Unione. Entro tale prospettiva si può ora prendere le mosse con il primo²² principio che si intende esaminare, quello di legalità.

²¹ COM(2011) 573 def, del 20 settembre 2011 - «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni: Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale».

²² L'ordine è ovviamente del tutto casuale, e non riflette un maggiore o minore statuto ontologico né giuridico dei diversi principi affrontati.

4.2 Il principio di legalità e i suoi corollari, storici/astorici

Primo fra tutti i principi è certamente quello di legalità penale: per quanto riguarda l'ordinamento italiano, esso è «enunciato nell'art. 1 [del codice penale] per sottolinearne il ruolo fondamentale nell'intero ordinamento penale»²³, ed è solennemente proclamato all'art. 25, secondo comma, della Costituzione, rappresentando «una conquista civile di grandiosa portata frutto di un'evoluzione storica lenta e faticosa»²⁴.

La letteratura in proposito è talmente vasta che non si intende qui né richiamarla per farne un'inutile e troppo ambiziosa *summa* né farla oggetto di critiche o rivisitazioni. Al contrario, si cercherà di ricomporre in pochi paragrafi i caratteri essenziali di tale principio al solo fine di esaminarne il comportamento in sede europea in relazione ai suoi più specifici corollari la cui analisi si svolgerà nei successi sottoparagrafi.

Al di là delle sue specifiche concretizzazioni e della declinazione di suoi corollari, può pacificamente affermarsi che il principio di legalità trovi le proprie unitarie radici in un'esigenza **garantistica**, e in particolare «nell'esigenza di *garanzia* dei diritti e delle libertà individuali dai rischi di sopraffazione e strumentalizzazione insiti nel meccanismo punitivo»²⁵.

Larga parte della dottrina individua, pur nelle diverse prospettazioni, una bipartizione concettuale tra le diverse forme di manifestazione del principio di legalità: la prima, definita "*storica*" in quanto «soggett[a] ai condizionamenti degli assetti politico-istituzionali operanti nelle diverse epoche all'interno dei singoli Stati»²⁶, attiene all'*individuazione delle fonti* legittimate a produrre norme incriminatrici e viene a coincidere, perlomeno nel nostro Paese, con il principio di riserva di legge parlamentare (dal che l'integrazione del noto brocardo feuerbachiano in *nullum crimen sine lege* parlamentaria); la seconda, "*universale*" o "*astorica*", concerne viceversa la

²³ ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, p. 30.

²⁴ *Op. loc. ult. cit.*

²⁵ GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 7 (corsivo nel testo). Si vedano anche le numerose opere citate nella corrispondente nt 1. Che la *ratio* comune a tutti i corollari che si pretende desumere dal principio di legalità sia quella garantista è autorevolmente affermato, tra gli altri, da BRICOLA, *Il II e il III comma dell'art. 25*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, XXI, Bologna, 1981, p. 233 s.: essi «appaiono tutti coordinati verso l'unica finalità di garanzia della libertà personale». Più di recente, tranciante, PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quad. fiorentini*, XXXVI, 2007, p. 1284: «È chiaro e a tutti arcinoto che è la peculiarissima esigenza di *garanzia* a conferire alla legalità penale il suo statuto privilegiato» (corsivo nel testo).

²⁶ GRANDI, *Riserva*, cit., p. 8.

conoscibilità delle norme penali da parte dei loro destinatari, «che è utile perché gli mette nel caso di esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto»²⁷.

Da un lato, pertanto, si pongono i caratteri che la legalità vuole attribuiti alla *norma* penale; dall'altro quelli che si considerano necessari alla *fonte* per essere legittimata a produrre tale norma.

La distinzione non è unanimemente condivisa²⁸, ma soprattutto non è così cristallina come potrebbe sembrare, se è vero ad esempio che gli stessi corollari "astorici" (dai quali pertanto ci si dovrebbe attendere una correlativa universalità) sono essi stessi talora diversamente intesi in contesti politico-istituzionali diversi²⁹. Inoltre, è stata osservata dottrina³⁰ che la componente c.d. "storica", legata quindi alla fonte di produzione della norma penale, spiegherebbe in realtà diverse forme di influenza sulla componente c.d. "astorica", legata perciò alle qualità della norma prodotta³¹.

Pur tenendo presenti i rilievi cui si è fatto cenno, resta il fatto che le differenze tra ordinamenti e i reciproci condizionamenti tra il fronte storico e quello astorico si contengono entro limiti ridotti e definiti, mentre la storicità-relatività dei corollari relativi alle fonti di produzione è ampia ed evidente, anche solo dalla classica distinzione tra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law* e alle «profonde differenze tutt'ora riscontrabili»³² tra gli stessi.

In ogni caso, può dirsi generalmente acquisito il dato per cui «la riserva di legge [è] espressione con cui si sottolinea non tanto il principio di legalità, bensì un suo particolare profilo»

²⁷ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (Harlem, 1766), Torino, 1981, p. 17

²⁸ Sia da chi ne nega il fondamento (CARLASSARE, v. *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, p.7) sia da chi ritiene i due versanti talmente interconnessi da consentirne una sostanziale sovrapposizione (cfr. dottrina richiamata in GRANDI, *Riserva*, cit., p. 8, nt. 2).

²⁹ Per alcuni esempi vd. BERNARDI, *All'indomani*, cit., p. 44. Spicca, perlomeno agli occhi del giurista italiano, la seppur timida apertura del codice penale danese all'analogia («Può essere comminata una pena per un fatto, la cui punibilità è determinata dalla legge o che sia pienamente paragonabile ad esso»), benché lo stesso Autore si affretti poi a precisare che, «per vero, nella prassi giudiziaria danese il ricorso all'analogia risulta oltremodo moderato» (*ivi*, nt. 33, con ulteriori riferimenti bibliografici).

³⁰ BERNARDI, *Le «qualità» della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, in GRASSO, PICOTTI, SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione*, cit., pp. 338 ss.

³¹ È stata in proposito elaborata una tripartizione dei condizionamenti che la componente storica possiede su quella astorico-universalistica: inscindibilmente legata alla fonte legislativa sarebbe la possibilità di un controllo di costituzionalità sulla norma penale, prevista *de jure condito* solo per le fonti rango primario³¹, mentre solo eventualmente connessi con la fonte parlamentaria sarebbero tutta una serie di requisiti riassumibili nell'idea di «qualità democratica» della norma penale, ogni ulteriore profilo restando del tutto svincolato dal tipo di fonte e riconnesso solo al contenuto e alla tecnica redazionale delle norme stesse. Cfr. *amplius* l'opera citata nella nota precedente.

³² GRANDI, *Riserva*, cit., p. 9.

e che pertanto «la legalità ... non implica la riserva di legge»³³: quindi, la *lex parlamentaria* rappresenta (magari il migliore in una data fase contingente ma comunque) solo uno dei modi di essere della legalità sotto il profilo formale-procedimentale.

Le citate differenze tra la componente storica (formale-procedimentale) e quella astorica (universalistica) consigliano pertanto una *trattazione separata* della prima rispetto alla seconda. Ciò anche in ragione del fatto che è proprio dalle diverse concezioni relative al versante storico della legalità che si sono originate e si appuntano tuttora le maggiori critiche alla legittimazione dell'Unione a emanare norme penali in ragione del supposto persistente *deficit* democratico dal quale sarebbe affetta.

Prima di addentrarsi in tale bipartita analisi è però opportuno precisare che, benché sia «assodato che il principio di legalità dei delitti e delle pene costituisca parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea» in quanto comunità di diritto, l'attività delle cui istituzioni «è soggetta in qualsiasi sua manifestazione ad un obbligo di conformità al Trattato ed ai principi generali del diritto»³⁴, tra cui la legalità, il **fondamento testuale** del principio in rassegna non è stato da sempre immediatamente evidente. Esso è stato infatti elaborato inizialmente nell'ambito dei principi generali dell'ordinamento, non scritti, elaborati a partire dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e tenendo in sempre maggiore considerazione lo standard di tutela costituito dall'art. 7 della Carta EDU³⁵, fino ad essere oggi testualmente esplicitato nell'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione³⁶, dal 2009 – come visto – parificata nell'efficacia agli stessi Trattati istitutivi.

³³ ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2008, p. 539 (la seconda, icastica, citazione è in particolare tratta dalla nt. 2, ove si richiama – non a caso – la «“determinazione per legge” della “punibilità” nell'evoluzione del *nullum crimen sine lege* nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale tedesca»).

³⁴ MARTUFI, *Qualità intrinseche delle norme penali europee e controllo di legalità*, in GRASSO, PICOTTI, SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale*, cit., p. 424 s., con puntuali richiami alla giurisprudenza della Corte di giustizia, una fra tutti CGCE, 23 aprile 1986, C- 294/83, *Les verts*.

³⁵ «Art. 7 - Nulla poena sine lege. 1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

³⁶ «Art. 49 - Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene. 1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima».

Due quindi le **fonti**: da un lato l'art. 7 CEDU, riprodotto, pur con una rilevante differenza circa la quale si avrà modo di soffermarsi *infra*³⁷, nell'art. 49 CDFUE; dall'altro le variegata tradizioni costituzionali degli Stati membri.

In ragione della diversità degli ordinamenti costituzionali degli Stati europei circa i caratteri storici della legalità, le due citate fonti mostrano espressamente di ignorarli e di concentrarsi per contro sui profili universalistici³⁸, che risultano non solo assolutamente pacifici ma altresì molto approfonditamente esplorati dalla giurisprudenza soprattutto di Strasburgo.

Per contro la dottrina cerca da tempo di verificare se «precisi vincoli in merito agli organi deputati al varo delle norme penali di matrice europea e alle procedura per l'adozione di queste ultime» possano essere individuati a partire dalla «valorizzazione delle tradizioni costituzionali dei Paesi UE»³⁹.

Tuttavia l'esito di tale operazione «viene largamente a dipendere dal criterio⁴⁰ attraverso il quale esse [tradizioni] vengano individuate»⁴¹, e dall'impiego dei tre noti criteri del *maximum standard*, dell'orientamento prevalente e della *better law* può al più desumersi «la pretesa che detti organi si caratterizzino per il loro elevato coefficiente di democraticità, o per il loro elevato «prestigio»»⁴². Anche non volendosi addentrare in una puntuale critica dell'attendibilità dei citati criteri, non può non rilevarsi come sia arduo determinare il canone di riferimento dell'idea di *better law*⁴³, e come non costituisca operazione agevole individuare una vera e propria prevalenza,

³⁷ Cfr. par. 4.2.3.

³⁸ Il sistema EDU, in particolare, è giunto a elaborare una nozione autonoma di "legge" prescindendo dal significato e dai limiti propri di tale concetto negli ordinamenti nazionali: esso «non considera i profili formali e procedurali che nei singoli sistemi concorrono a distinguere una norma "di legge" da ogni altra norma giuridica, ... poiché anche nell'ambito dei sistemi di diritto continentale la produzione di ciò che in ciascun sistema è "legge" è molto differenziata, anche per quanto attiene all'organo di produzione (parlamento, governo, giurisprudenza)» (ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES, ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 75).

³⁹ BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim., dir. pen. econ.*, 1-2/2012, p. 32.

⁴⁰ Per l'illustrazione dei criteri utilizzati dalla Corte di giustizia per individuare i principi costituzionali comuni cfr. *supra*, par. 2.1.1.

⁴¹ *Op. loc. ult. cit.*.

⁴² *Op. loc. ult. cit.*. Alessandro Bernardi conclude poi affermando che «in sostanza, quindi, il versante «storico-politico» della legalità appare in Europea permeato di democraticità, la quale non può dunque essere ignorata» (*ivi*, p. 33)

⁴³ Ma cfr. *amplius infra*, par. 4.2.1.3.

quantitativa o qualitativa, di uno *specifico* modello democratico⁴⁴: basti in proposito citare, restando negli ordinamenti di matrice continentale, l'esempio francese, caratterizzato «da un lato [da]gli ampi spazi normativi lasciati al potere esecutivo in tema di illeciti contravvenzionali, dall'altro [da]l ruolo di assoluto protagonista del giudice penale francese» in un sistema in cui «sono stati ... aboliti i minimi edittali di pena, di tal che per tutti i reati, anche per i più gravi, vi è lo stesso minimo corrispondente al minimo generale fissato per ciascuna specie di pena»⁴⁵; ovvero ancora al sistema spagnolo, la cui «disciplina costituzionale del principio di legalità⁴⁶ appare ... non compiutamente lineare [poiché], da un lato, ... si prevede un principio di riserva di legge *a carattere relativo*, [e] dall'altro, ... la riserva ... è anche riserva di 'legge organica', cioè riserva che impone una procedura di approvazione rinforzata e una maggioranza parlamentare qualificata»⁴⁷.

La sensazione, pertanto, è che, benché esistano più o meno attendibili percorsi argomentativi atti a “dimostrare” che dall'applicazione di questo o quel criterio derivi la necessaria acquisizione a livello europeo di un particolare modello storico di legalità procedurale, le persistenti distanze tra gli Stati membri e il non trascurabile fatto che discorso sulle fonti implica un giudizio di valore sulle più intime scelte costituzionali degli Stati membri⁴⁸, non ci si debba attendere nel breve o medio periodo alcuna modifica dell'approccio da sempre predominante a Strasburgo e, a seguire, a Lussemburgo, e che pertanto gli Stati membri resteranno padroni di consolidare le rispettive opzioni costituzionali in materia di fonti delle norme incriminatrici.

Discorso parzialmente diverso può essere fatto *sull'ordinamento europeo*: potrebbe infatti ritenersi opportuna, in quella sede, una lettura particolarmente restrittiva della legalità procedimentale, in base alla quale il principio di legalità europeo (e non già le sue articolate versioni territoriali) dovrebbe soddisfare congiuntamente tutti i requisiti previsti dai sistemi interni, ponendosi – ma esso solo – come un *maximum standard*, non tanto per soddisfare una pretesa che di tale ordinamento si è visto non essere propria quanto piuttosto per evitare potenziali contrasti con le più restrittive versioni del corollario di riserva di legge presenti in alcuni

⁴⁴ È peraltro lo stesso BERNARDI, *All'indomani*, cit., p. 45 s., a ribadire che «risultano essere ancora alquanto mutevoli dall'uno all'altro degli Stati UE le convinzioni su quali siano gli organi nazionali ritenuti meritevoli di varare norme penali» e che «ancor oggi in Europa non esiste un punto di vista comune in merito a quali siano gli organi legittimati alla produzione di norme penali».

⁴⁵ PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, p. 130 s..

⁴⁶ Che peraltro concerne, in quell'ordinamento, tutto il diritto sanzionatorio, comprese le sanzioni amministrative.

⁴⁷ *Op. ult. cit.*, p. 166.

⁴⁸ Unitamente, anche se su di un diverso piano, alle del tutto ondivaghe fortune applicative dei sistemi che si autoconsiderano “migliori” sotto questo punto di vista. In questo senso cfr. *infra* par. 4.2.1.2.

degli ordinamenti nazionali, ove qualche giudice costituzionale potrebbe essere un domani tentato di azionare un meccanismo di “controlimita” proprio sulla base di (più o meno supposte⁴⁹) carenze democratiche nei processi decisionali dell’Unione.

Tuttavia, questo esito appare assai remoto, sia sotto il profilo politico sia da un punto di vista più strettamente giuridico: come è stato esattamente rilevato⁵⁰, infatti, una supposta lesione della riserva di legge⁵¹ non potrebbe infatti né assurgere a quell’incidenza «su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale» che potrebbe legittimare lo Stato membro ad azionare il c.d. freno d’emergenza⁵², né potrebbe costituire l’oggetto di un controlimita all’integrazione. Il freno d’emergenza, infatti, ha necessariamente per oggetto uno specifico progetto di direttiva e non può essere impiegato, a pena di travisarne ampiamente limiti e funzione, per far valere un difetto strutturale e generalizzato dello stesso modello di normazione penale ratificato nei Trattati; la teoria dei controlimiti, per contro, fa riferimento a un nucleo fondante di principi supremi assolutamente inviolabili, nel cui novero non rientra la “mera”⁵³ riserva di legge⁵⁴.

Deve infine accennarsi ad una tesi “intermedia”, espressa da Carlo Sotis⁵⁵, il quale auspica una presa di coscienza da parte della Corte di giustizia circa la variabile collocazione che la riserva di legge possiede nei diversi ordinamenti nazionali: in proposito, e come dimostrato dalla sentenza

⁴⁹ Cfr. sempre *infra*, in questo capitolo, *passim*.

⁵⁰ GRANDI, *Riserva*, cit., p. 61, nt. 114.

⁵¹ Beninteso, ove non si accompagni alla lesione della sostanza del principio di legalità, per esempio con un testo assolutamente privo di determinatezza, precisione o tassatività (cfr. *infra*, par. 4.2.2).

⁵² Sul quale cfr. *supra*, par. 1.2.

⁵³ Sempre nel senso di cui alla nt.51.

⁵⁴ Se non altro per la considerazione che nello stesso ordinamento italiano essa ha un contenuto i cui confini non sono del tutto pacifici, ed è nei fatti tutt’altro che rispettata, come si cercherà di argomentare *infra*, par. 4.2.1.2: se pertanto la riserva è controlimita, diverse sono le norme penali meramente interne che dovrebbero essere censurate di legittimità costituzionale per il mancato rispetto di tale elevato (e incompressibile) standard. Nel senso adottato nel testo cfr. IADICCO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell’ordinamento interno e comunitario*, Torino, 2007, pp. 101 ss.; GRANDI, *Riserva*, cit., p. 61 s., n. 114; PELLEGRINI, *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2/2011, p. 54 s.; nonché già RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, pp. 241 ss; *contra*, tra gli altri, PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, p. 20 s. (ove tuttavia l’Autrice pare affermare troppo, attribuendo la qualifica di “controlimita” non solo alla «garanzia sottesa al principio di legalità» ma anche alla riserva di legge nazionale «intesa, oltre che nel suo significato formale, anche in quello sostanziale di *libertà legislativa*», corsivo aggiunto, ciò che appare come una radicale negazione di qualunque interferenza del sistema europeo con quello nazionale, anche fosse solo in materia penale).

⁵⁵ Il riferimento è, fra gli altri lavori, a SOTIS, *Diritto comunitario e giudice penale*, in *Corr. merito – Rassegna monotematica*, 2/2008, p. 9 s..

*Omega*⁵⁶, la Corte potrebbe «riconoscere l'importanza a livello nazionale» di principi come la riserva di legge, i quali così «non dovranno mai cedere il passo di fronte alla prevalenza della norma comunitaria»⁵⁷. Quale sarà la posizione della Corte di giustizia sul punto non è ad oggi possibile prevederlo. Certo è che difficilmente un principio di incerto statuto assiologico come la riserva di legge potrà costituire motivo per la Corte di inficiare l'uniforme applicazione del diritto (penale) dell'Unione mediante «concessioni» territorialmente limitate di non attuazione dell'intero novero di norme incriminatrici adottate ex art. 83 TFUE⁵⁸.

Più interessante, invece, sarà comprendere quali standard di tutela è legittimo attendersi dal giudice di Lussemburgo quanto al rispetto, norma per norma, dei principi universalistici della legalità.

Conviene pertanto iniziare l'indagine, premettendo – come già anticipato – la più delicata disamina dei profili storico-procedurali per poi ripercorrere i contenuti del versante storico del principio di legalità.

⁵⁶ CGUE, 14 ottobre 2004, C-37/72, *Omega*, nella quale un divieto di importazione di un gioco di guerra fu considerato compatibile con l'ordinamento comunitario sulla base del fatto che *per l'ordinamento tedesco* il primato della dignità umana che tale divieto mirava a preservare possedeva (e possiede tuttora) una rilevanza centrale già sul piano costituzionale. La «compatibilità» viene costruita dalla Corte in questa sentenza in termini di «deroga accettabile», e quindi di «autolimitazione» dell'ordinamento europeo rispetto a (ritenute preminenti) esigenze interne. Quanto tale approccio sia rivoluzionario, in quanto rappresenta una sorta di «interiorizzazione dei controlimiti» da parte del diritto europeo, è dimostrato da altre note pronunce (una su tutte, la già citata *Melloni*) nelle quali la Corte ha al contrario ritenuto recessive le esigenze, anche costituzionalmente tutelate, degli Stati membri rispetto alla piena e uniforme attuazione del diritto dell'Unione.

⁵⁷ SOTIS, *Diritto comunitario*, cit., p. 10.

⁵⁸ Con l'implicito risultato di sconfessare, di fatto, la stessa esistenza della potestà penale dell'Unione così come prevista dai Trattati, travalicando in tal modo le proprie competenze. Lo scenario è evidentemente privo di ragionevole aspettativa.

4.2.1 I corollari *storici*: la riserva di legge parlamentare e il supposto *deficit* democratico dell'Unione.

Come si è cercato di tratteggiare in fine al paragrafo precedente, *la riserva di legge parlamentare* rappresenta il precipitato storico della legalità in numerosi ordinamenti europei. Essa tuttavia si atteggia in modo assai differenziato all'interno degli stessi, già sul piano dell'architettura istituzionale di ciascuno. Il quadro è poi notevolmente complicato dalla divergenza che possa attestarsi in ciascuno di detti ordinamenti tra tale architettura e la *prassi corrente* con la quale essa viene concretizzata.

Il problema si complica poi ulteriormente quando dai singoli Stati membri o dalla loro considerazione complessiva si passi poi ad esaminare i caratteri dell'ordinamento europeo.

Come già detto in più luoghi, finalità del presente lavoro è quella di fornire uno sguardo d'insieme sui principi e sui limiti che incontra o deve incontrare oggi la potestà penale dell'Unione. Tenendo a mente tali fini, appare arduo cercare di indagare *funditus* ciascuno dei profili ora richiamati ed è pertanto sembrato più opportuno fornirne una schematizzazione che consenta di distinguere le diverse posizioni attestate in dottrina e fare in tal modo luce sulla tenuta logica e istituzionale delle principali critiche.

A tale classificazione deve premettersi un **rilievo di carattere generale e metodologico**.

Come già rilevato, uno degli elementi di complessità di questa indagine è data dalla discrasia, sempre più importante, che è dato attestare tra le rappresentazioni istituzionali della riserva di legge e il corrispondente dato prasseologico, fenomeno che è comunemente indicato come "crisi della riserva di legge"⁵⁹. Tra le molteplici conseguenze di tale fenomeno ve ne è una che attiene da vicino la disamina che si andrà subito a svolgere: la compresenza, all'interno di ciascun ordinamento statale, di una *dimensione deontica* delle dinamiche connesse con la riserva di legge e di una, diversa e spesso radicalmente contrastante, *dimensione prasseologica*, crea una talvolta vistosa confusione tra le critiche che attengono la dinamica *fisiologica* e quelle che attengono la dinamica *patologica* delle risultanze di tali dinamiche istituzionali. Pare invece opportuno distinguere gli appunti che vengono rivolti alle architetture istituzionali preposte all'inveramento dei corollari storici della legalità da quelli che invece si concentrano sulla sempre più frequenti discrasie che la prassi attesta: un conto è infatti censurare l'inidoneità di un modello a conseguire

⁵⁹ Parla di «lunga agonia del principio di riserva di legge nazionale in materia penale» GRANDI, *Riserva*, cit., p. 1, rilevando poco oltre, a p. 24, come si tratti «di un tema oramai classico anche per i penalisti» (cfr. le indicazioni bibliografiche ivi fornite in nt. 1).

determinate finalità garantistiche, un altro è constatarne un più o meno irreversibile fallimento contingente. Entrambi i profili devono essere tenuti in considerazione, ma separatamente⁶⁰.

Si procederà pertanto in questo modo: prima saranno richiamati i caratteri fondanti della riserva di legge parlamentare nell'ordinamento italiano, ossia le modalità con le quali la riserva è in grado di esprimere le sue potenzialità garantistiche; saranno poi indicate le cause dell'attuale crisi della riserva di legge nell'ordinamento nazionale, evidenziando come esse incidano sui cardini del suo rapporto con la *ratio* garantistica della legalità; successivamente, saranno richiamati gli attuali caratteri delle fonti legislative dell'Unione (già più approfonditamente indagate *supra*, par. 2.1.3) per valutarne, complessivamente, i rapporti con le medesime istanze garantistiche e con la c.d. democraticità dell'ordinamento sovranazionale, approfondendo la questione se all'Unione possano essere attribuiti caratteri "para-statali" e se quindi possano essere impiegati, in tale giudizio, i medesimi criteri che si saranno verificati per gli Stati nazionali. Si cercherà poi, da ultimo, di trarre alcune conclusioni nella consapevolezza che in questa fase non è possibile individuare punti fermi o proporre soluzioni dotate di un minimo margine di stabilità.

4.2.1.1 *I caratteri fondanti della riserva di legge parlamentare nell'ordinamento italiano.*

Come già osservato, *ratio* fondante il corollario della riserva di legge è quella garantistica, fondata sulla considerazione che la legge parlamentare sia lo strumento meglio in grado di resistere a condizionamenti e derive che porterebbero da un lato a un compulsivo aumento delle istanze di criminalizzazione e dall'altro a un generale decadimento qualitativo delle norme incriminatrici. Strettamente connesso con queste finalità è il versante democratico della riserva di legge parlamentare: si evidenzia cioè che la riserva potrebbe avere anche l'autonoma finalità di concentrare nell'organo maggiormente rappresentativo della volontà popolare il massimo esercizio della sovranità statale in danno ai singoli. Tuttavia, e sempre nell'estrema semplificazione che il taglio di questa analisi impone, non pare che l'esigenza di democraticità possa *in sé* sorreggere la razionalità della riserva di legge, quanto piuttosto che il discorso sulla democraticità delle scelte di meritevolezza di pena sia strettamente legato alla sopra richiamata istanza garantistica, nel senso che si vedrà meglio subito *infra*⁶¹.

⁶⁰ È ovvio poi che tutt'altro problema è comprendere quando la patologia di un modello divenga fisiologia di un altro, nuovo, che quello soppianti. Domanda cui questo lavoro non intende dare risposta, che spetta agli studiosi di diritto costituzionale (e forse, di più, agli storici).

⁶¹ In questo senso, ad esempio, CARLASSARE, v. *Legge (riserva di)*, cit., p. 2, secondo le quale l'istanza garantistica e quella democratica risultano in fin dei conti «inscindibili e assolutamente compenstrate» tanto che «senza il

Le ragioni che hanno portato a ritenere, in molti ordinamenti europei, che la legge parlamentare sia lo strumento più adatto per conseguire tali finalità sono molteplici e attengono tanto al procedimento di formazione della fonte quanto alle caratteristiche dell'organo che la produce quanto infine a una serie di caratteri connessi al contesto ordinamentale entro il quale la fonte stessa si inserisce.

In primo luogo, la fonte parlamentare rappresenterebbe il più idoneo limite all'arbitrio punitivo per il fatto che, tramite l'istituto della rappresentanza, la stringente limitazione di diritti fondamentali come la libertà personale e la proprietà sarebbero legittimate in quanto «autorizzate in via mediata dai loro stessi destinatari: di conseguenza, in quanto *auto-limitazione*, la legge penale non potrebbe mai essere arbitraria»⁶². Questa affermazione si distanzia dall'ideale utopico con il quale l'Illuminismo aveva elevato la legge a «fonte "buona di per sé"»⁶³, e fa invece riferimento a contingenti caratteri strutturali propri degli ordinamenti di matrice parlamentaristica, ovvero la contrapposizione tra potere legislativo e potere esecutivo, dalle istanze punitive di quest'ultimo la riserva sottrarrebbe quindi la potestà di emanare norme penali affidandola per contro a un organo istituzionalmente meno propenso a un'incontrollata criminalizzazione.

Ancora, e sempre in relazione al procedimento di adozione della norma (penale), la legge costituirebbe lo strumento idoneo anche in vista della *migliore ponderazione delle scelte*, grazie all'articolazione della *procedura* nelle quattro fasi dell'iniziativa, dell'istruttoria, della deliberazione e dell'integrazione dell'efficacia: come noto, infatti, l'architettura costituzionale italiana prevede che l'iniziativa legislativa sia affidata a un ventaglio determinato di soggetti⁶⁴, impone che la proposta sia esaminata e istruita da commissioni parlamentari le quali come noto sono costituite con modalità atte a rispecchiare la rappresentatività numerica dell'aula⁶⁵, contempla tre diverse procedure di approvazione⁶⁶ le quali tutte prevedono che la discussione avvenga o possa

carattere dell'organo che la emana, la legge, quale strumento di garanzia, sarebbe inconsistente». Democraticità della fonte, dunque, come mezzo per raggiungere il fine garantista.

⁶² GRANDI, *Riserva*, cit., p. 16, corsivo aggiunto.

⁶³ GRANDI, *Riserva*, cit., p. 15.

⁶⁴ Segnatamente: il Governo, ciascun membro di ciascuna Camera, al CNEL, a 50.000 elettori, ai singoli Consigli regionali (artt. 71, 99 e 121 Cost.).

⁶⁵ Art. 72, co. 3, Cost..

⁶⁶ Il c.d. procedimento legislativo ordinario, nel quale all'istruttoria in commissione segue la discussione e deliberazione in aula; il c.d. procedimento decentrato, che avviene interamente in commissione; il c.d. procedimento misto, che prevede la formazione del progetto per articoli in commissione e il voto finale in aula.

avvenire⁶⁷ in aula; infine, all'adozione dell'atto da parte dell'organo legislativo, segue la c.d. fase integrativa dell'efficacia, che consiste nella promulgazione da parte di un organo imparziale (il Presidente della Repubblica) previa una verifica di legittimità costituzionale formale e sostanziale⁶⁸. Inoltre, ulteriore aggravamento procedimentale è costituito dal bicameralismo perfetto adottato dalla Costituzione repubblicana, in ragione del quale ogni progetto di legge sottostà alle medesime scansioni procedurali in entrambe le Camere, con il risultato di richiedere e dover ottenere il medesimo consenso in entrambi i rami del Parlamento, garantendosi così una ancora più meditata ponderazione.

Corollario del precedente aspetto è rappresentato dal fatto che il procedimento di formazione della legge prevede altresì una partecipazione "controllata" dell'esecutivo, il quale possiede poteri di iniziativa e di partecipazione alle sedute parlamentari⁶⁹ ma è per il resto mantenuto distante dal momento deliberativo.

Ulteriore corollario è dato dalla *pubblicità delle sedute parlamentari*⁷⁰ e dai *meccanismi di partecipazione delle minoranze*⁷¹.

Terzo e ultimo profilo è rappresentato dai c.d. *controlli successivi*, che sono in gran parte per l'appunto riservati allo strumento normativo di rango primario: si tratta del controllo di costituzionalità, "diffuso" attraverso la possibilità per ciascuna autorità giurisdizionale⁷² di interpretare le norme alla luce del dettato costituzionale oppure, in caso ciò non sia possibile, di rimettere ad un organo accentrato e indipendente, la Corte costituzionale, tutti i dubbi di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge che non siano irrilevanti per il processo o manifestamente infondati⁷³, organo che è provvisto del potere di espungere con efficacia *ex tunc* le norme incostituzionali dall'ordinamento.

⁶⁷ Il riferimento è alla procedura decentrata (vd. nota precedente), per la quale l'art. 72, co. 3, Cost. prevede che «fino al momento della sua approvazione definitiva, il disegno di legge è rimesso alla Camera, se il Governo o un decimo dei componenti della Camera o un quinto della commissione [lo] richiedono».

⁶⁸ Non è utile qui indugiare sugli specifici caratteri del potere presidenziale, che si esprime nella facoltà, predisposta dall'art. 74 Cost., di rinviare le leggi alle Camere qualora il Presidente abbia rilevato vizi di costituzionalità del testo approvato, facoltà che come noto può essere esercitata una sola volta, essendo il Presidente tenuto a promulgare qualora al rinvio segua un'ulteriore votazione conforme di entrambe le Camere.

⁶⁹ Per tale ultimo vedasi l'art. 64, u.c., Cost..

⁷⁰ Cfr. art. 64, co. 3, Cost..

⁷¹ Normate essenzialmente dai regolamenti parlamentari.

⁷² Ed è noto che la Corte costituzionale intende tale concetto in termini piuttosto lati.

⁷³ Così l'art. 134 Cost. e le relative leggi di attuazione (L. 11 marzo 1953, n. 87, e L. cost. 11 marzo 1953, n. 1, entrambe in G.U. 14 marzo 1953, n. 62).

Come evidente, la disamina ora operata possiede un importante grado di “**ingenuità**”, anche nel senso etimologico del termine⁷⁴: l’architettura costituzionale delineata è infatti quella originariamente predisposta dal costituente, e riposa su alcuni ulteriori caratteri sistematici che oggi sono mutati o comunque non più attuali. Tra questi deve essere prioritariamente indicato il rapporto tra maggioranza ed esecutivo, nel quadro di un generale rafforzamento di quest’ultimo nelle vicende fiduciarie, anche in ragione della svolta impressa in tal senso dall’approvazione della Legge 23 agosto 1988, n. 400, recante «Disciplina dell’attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri»⁷⁵, e dalle successive leggi che tale ordinamento hanno modificato e integrato. Tale svolta ha poi spiegato i propri effetti sulla riforma dei regolamenti parlamentari, che governano le concrete dinamiche dei lavori dell’assemblea legislativa, nonché sulla legge elettorale e sulle sue conseguenze sul sistema politico.

Non è questa la sede per ripercorrere approfonditamente queste dinamiche. Basti ricordare alcuni punti salienti del *mutato quadro della costituzione materiale vigente* ormai da alcuni decenni nel nostro ordinamento, benché non immune da assestamenti, critiche e tensioni evolutive:

- il ruolo del *Governo* è stato rafforzato, e all’interno di esso quello del Presidente del Consiglio dei Ministri, la cui espressa indicazione da parte delle forze politiche *prima* della competizione elettorale ha da tempo assunto un significato di chiarezza e trasparenza in opposizione alla inveterata prassi degli “oscuri giochi di palazzo” che aveva caratterizzato il precedente modello partitico;

- il maggiore peso politico del Governo si riverbera poi su tutta una serie di *strumenti interni* alla struttura parlamentare, che consentono all’esecutivo importanti influenze sulla scansione dei lavori e sull’approvazione dei provvedimenti;

- i più recenti *modelli di legge elettorale*⁷⁶ hanno in comune una generale tendenza a rafforzare il *medium* partitico, sia vincolando i cittadini nella scelta dei loro rappresentanti mediante liste bloccate⁷⁷ sia vincolando gli eletti al partito di riferimento⁷⁸.

⁷⁴ «Dal lat. *ingenuus*, comp. di *in*-¹ e tema *gen-* di *gignĕre, genus, generare*, ecc.; propr. «indigeno, nativo; ...» (Voc. Treccani).

⁷⁵ G.U. 12 settembre 1988, n. 214.

⁷⁶ C.d. “Mattarellum”, “Porcellum”, “Italicum”.

⁷⁷ Caratteristica della legge elettorale censurata dalla Corte costituzionale nella notissima sentenza n. 1 del 2014, depositata il 13 gennaio 2014.

⁷⁸ Se la lista è bloccata le possibilità per i candidati di essere eletti non dipendono dall’attività politica svolta in precedenza né da fattori comunque connessi con la persona del candidato ma unicamente dalla collocazione in una

Se lo spostamento del baricentro istituzionale verso l'esecutivo costituisca patologia del sistema vigente o piuttosto il modo di essere fisiologico di un diverso e mutato sistema non è compito di questo lavoro affermarlo. È noto infatti come nel dibattito politico sia sempre viva la tensione verso architetture costituzionali ancor più incentrate sulla figura del Consiglio dei Ministri e del suo Presidente, sempre più spesso qualificato come Capo del Governo e protagonista attivo delle dinamiche concrete di ogni scelta di indirizzo politico assunta dall'esecutivo e, successivamente, dalle Camere, nonché *dominus* della maggioranza che il suo governo esprime. Tale evoluzione, infatti, lungi dall'essere rappresentata come una deformazione dell'architettura esistente, ben può essere illustrata come una efficace soluzione delle problematiche di c.d. "governabilità", attributo considerato sempre più necessario per far fronte ai repentini cambiamenti della realtà corrente e unico rimedio idoneo a dare concretezza alle scelte politiche e ideologiche presentate ai cittadini nel corso della campagna elettorale.

Pertanto, quando si utilizzerà, in specie nel seguente paragrafo, l'espressione "crisi della riserva di legge", essa non dovrà essere intesa in accezione necessariamente negativa, essendo ben consci che l'odierna fase potrà anche rappresentare il prodromo di un nuovo ed equilibrato sistema istituzionale. Ciò che invece non si potrà fare a meno di notare è che i crismi della "crisi della riserva di legge" sono aggravati, qui sì in senso negativo, dalla carenza di contrappesi idonei a giustificare la deviazione dal modello tipico sopra descritto: se, insomma, la patologia di un sistema può significare la fisiologia di un altro, è altrettanto vero che tale ultimo deve essere in grado di costruire la propria fisiologia in modo da rispettare le esigenze (in questo caso) di garanzia⁷⁹, ciò che l'attuale stato dei rapporti tra le istituzioni repubblicane non appare idoneo a fornire.

4.2.1.2 *La patologia: le cause dell'attuale crisi della riserva di legge nell'ordinamento italiano.*

Come visto nel corso del precedente paragrafo, la riserva di legge risente oggi di una spiccata crisi, dovuta al fatto che i presupposti sui quali si poggiava il suo legame con le fondamentali istanze garantistiche che esprime sono venuti meno o si sono grandemente attenuati, e per contro il sistema non è stato (ancora) in grado di sostituire a tali presupposti una diversa ma altrettanto coerente serie di idonei contrappesi.

posizione più o meno alta della lista stessa. Poiché tale posizione è decisa dalle segreterie dei partiti, per il parlamentare che voglia essere rieletto conta di più l'opinione che della sua persona abbia la segreteria del suo partito che non quella che si siano costruiti gli elettori nell'esame della sua attività istituzionale.

⁷⁹ Anche in questo, quindi, si manifesta la "storicità" dei modelli regolativi delle fonti di produzione normativa.

I principali fattori di questa crisi appaiono in grado di minare i presupposti garantistici che fondano la riserva di legge⁸⁰ in modo talmente radicale da aver spinto autorevoli voci della dottrina costituzionalistica a prendere atto in maniera tranciante di un definitivo «spostamento sostanziale in capo al Governo della funzione legislativa»⁸¹ e a constatare come sia «forse il caso di rinunciare ... a *'miti'* quali quelli della *'sovranità'* delle Camere e alla legge come frutto esclusivo delle volontà parlamentare, dando anche rilevanza giuridica e costituzionale alle tante limitazioni che incontrano i processi decisionali parlamentari e valorizzando piuttosto il Parlamento come luogo di pubblico dibattito e di *assunzione di responsabilità delle scelte governative*»⁸².

Come si vede, pertanto, la crisi è strutturale ed estesa.

I suoi termini derivano essenzialmente dalla già segnalata mutata considerazione dei rapporti tra potere legislativo e potere esecutivo, nonché alla crisi del ruolo della minoranza parlamentare e al problematico rapporto tra le istituzioni e la c.d. società civile.

In primo luogo devono essere indicate le «*distorsioni interne al procedimento legislativo*»⁸³, rappresentate dal massiccio ricorso ai maxi-emendamenti⁸⁴ e al voto di fiducia⁸⁵, nonché all'alterazione delle norme procedimentali previste dai regolamenti parlamentari. L'impiego dei maxi-emendamenti governativi, infatti, crea una sorta di paradosso, per il quale un'espressione del potere di emendamento finisce per negare il potere stesso, cristallizzando una determinata proposta di legge e imponendo una sorta di *aut aut* all'assemblea parlamentare. Parimenti distorsivo è il ricorrente impiego del voto di fiducia quale strumento non di rafforzamento dell'indirizzo politico del Governo e, eventualmente, di verifica della persistenza del rapporto fiduciario con la maggioranza parlamentare, bensì di pressione sulla stessa affinché aderisca acriticamente a qualunque decisione sia assunta dall'esecutivo e cristallizzata in un determinato provvedimento, anche del tutto marginale rispetto alla realizzazione del programma politico. Tali

⁸⁰ E che si sono enumerati al precedente paragrafo.

⁸¹ Così, oltre quindici anni fa, RUGGERI, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in *Rassegna parlamentare*, 1/1999, p. 179.

⁸² LUPO, *Costituzione e bilancio*, Roma, 2007, p. 164, citato in GRANDI, *Riserva*, cit., p. 31, nt. 27, corsivi aggiunti.

⁸³ GRANDI, *Riserva*, cit., p. 32, corsivo aggiunto.

⁸⁴ Una prassi consistente nella presentazione, da parte del Governo o di esponenti della maggioranza parlamentare che lo sostiene, di un emendamento a una proposta di legge in discussione il quale si caratterizza per incidere complessivamente su diversi articoli della proposta, alterandone l'impianto, e per essere presentata in deroga ai termini ordinari (così che pertanto non possa essere seguita da altre modifiche).

⁸⁵ Strumento con il quale il Governo, in deroga al disposto dell'art. 94, co. 4, Cost., subordina all'approvazione di uno specifico testo di legge la propria permanenza in carica, ritenendolo cruciale e indispensabile per il perseguimento del proprio indirizzo politico.

effetti distorsivi sono moltiplicati dal combinarsi dei due richiamati profili, ciò che si verifica quando la questione di fiducia è posta sull'approvazione di un maxi-emendamento⁸⁶. Da ultimo, sempre con riguardo dei caratteri procedimentali dell'iter di produzione legislativo, un importante momento di crisi delle classiche rappresentazioni del Parlamento come luogo di libero e approfondito dibattito è dato dall'ampliamento del potere interpretativo dei regolamenti parlamentari del quale si sono appropriati i presidenti e gli uffici di presidenza delle Camere, poteri in virtù dei quali la direzione e la programmazione dei lavori vengono sempre più spesso orientate a contenere la tempistica dei dibattiti e ad alterare l'ordine e il contenuto delle discussioni rispetto a esigenze di carattere politico provenienti dall'asse governo-maggioranza che detiene il controllo dei suddetti organi di presidenza⁸⁷.

L'effetto distorsivo di tale prassi si riverbera su due degli aspetti che più rilevano per il presente lavoro, e che paiono costituire – nell'architettura istituzionale descritta nel precedente paragrafo – un primo importante pilastro a sostegno del legame tra riserva di legge e legalità garantistica, ovvero il *valore intrinseco del dibattito parlamentare*, rappresentato 1) dall'articolazione dialogica dei lavori, che consente la massima problematizzazione di ogni aspetto concernente un progetto di legge, 2) dalla attiva partecipazione delle minoranze a tal dibattito, 3) dalla sua pubblicità e conseguente criticabilità nell'arena politica al di fuori del Parlamento. E infatti, se la cristallizzazione del dibattito sui testi di maxi-emendamenti costruiti al di fuori del confronto dell'aula sterilizza la potenzialità dell'intervento dialettico delle minoranze, la posizione della questione di fiducia su un provvedimento, *a fortiori* se costruito in termini di maxi-emendamento, inibisce qualsiasi confronto anche tra la maggioranza e il Governo che essa esprime; la distorsione dei regolamenti parlamentari "ad uso e consumo" delle esigenze, non sempre contingenti, dell'esecutivo completa il quadro di un pressoché totale esautoramento della

⁸⁶ In proposito, vedansi più ampiamente, LUPO (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Roma, 2010, e ivi in particolare CARETTI, *Maxi-emendamenti e questione di fiducia: una grave prassi distorsiva di difficile contrasto*, pp. 13 ss.; GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del governo in parlamento*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2005, pp. 807 ss..

⁸⁷ In tema vd., tra gli altri, BERGONZINI, *La piramide rovesciata: la gerarchia tra le fonti del diritto parlamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2008, pp. 741 ss. (dove la "piramide rovesciata" allude al sopravvento della prassi parlamentare sulle regole scritte nei regolamenti), nonché successivi lavori della medesima Autrice, tra i quali EAD., *I precedenti nel sistema delle fonti parlamentari: un problema di metodo?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2012, del quale vale la pena di riportare un passo di particolare rilievo: «i precedenti parlamentari sembrano ... avere ben poco a che fare con il diritto. L'affermazione non è certo originale; al contrario, i risultati della ricerca sulle sessioni di bilancio [1994-2010, condotta dall'Autrice e oggetto del contributo] paiono fornire un'ulteriore conferma empirica alla tesi [già] sostenuta Nella perdurante assenza di qualsiasi forma di sanzione per la loro violazione, infatti, le "regole" parlamentari – a maggior ragione quando si esplicano sotto forma di prassi – non sembrano trovare altro fondamento che l'autonomia delle forze politiche parlamentari, sottraendosi pertanto alla definizione di norma giuridica, per quanto ampia essa possa essere».

minoranza e del suo ruolo dialettico. Ancora, il fatto che le decisioni, che si traducono in testi di legge approvati, vengano assunte al di fuori dell'aula rende altresì ben più complicato per le stesse opposizioni portare a termine il loro compito *extra moenia*, rendendo pubblici tutti quegli aspetti del dibattito parlamentare sui quali esse ritengano di poter sensibilizzare l'opinione pubblica, ciò per il semplice fatto che le decisioni, all'estremo, sono assunte al chiuso delle segreterie dei partiti (o del partito) di maggioranza, ben al di là di qualunque requisito di pubblicità e trasparenza.

Quest'ultimo rilievo rende ancor più evidente come neppure sia sopravvissuto, rispetto al modello sopra descritto, un secondo e fondamentale pilastro a sostegno dei rapporti tra riserva di legge e garantismo legalista, ossia il *controllo dell'opinione pubblica sulla produzione normativa*. Se infatti l'opinione pubblica non possiede oggi gli strumenti per poter conoscere il contenuto dei dibattiti parlamentari e, loro tramite, le posizioni assunte dai diversi gruppi parlamentari⁸⁸, essa risente di un grave difetto informativo anche successivamente all'approvazione delle norme (penali) in ragione di un assai più vasto, complesso e problematico momento di crisi qualitativa della comunicazione massmediatica⁸⁹: è di tutta evidenza, infatti, che aspetti quali la libertà e l'indipendenza delle comunicazioni politiche «riguard[ino] molto strettamente la tutela e la salvaguardia della libertà»⁹⁰, in quanto condizionano il modo e il contenuto dell'informazione ed influenzano di conseguenza la maggiore o minore propensione per la partecipazione «aumenta[ndo] o deprime[ndo] la propensione dei cittadini ad impegnarsi e a dare un contributo partecipativo»⁹¹, determinando – in fine – il modo vengono percepiti i fatti che determinano l'assunzione di specifiche opzioni legislative nonché lo stesso contenuto e gli effetti delle norme emanate⁹². Un'informazione carente, parziale, tendenziosa o non idonea a raggiungere i propri destinatari amplifica l'irrelevanza del controllo pubblico sulle determinazioni degli organi legislativi, giungendo a sterilizzarlo del tutto: «appare chiaro che i media hanno un impatto fondamentale sul funzionamento di una democrazia. Da un lato, essi contribuiscono a formare l'opinione pubblica in

⁸⁸ Frustrando in radice quella funzione di «controllo preventivo e *in itinere* della norma penale» (GRANDI, *Riserva*, cit., p. 37) attribuita proprio alla collettività informata e rivolto all'attivazione di ogni eventuale mezzo di pressione sui rappresentanti popolari al fine di suggerire e ottenere modifiche dei progetti di legge.

⁸⁹ In proposito vedasi, tra gli altri, CAMPUS, CIAGLIA, *Il sistema dei media in Italia: libertà dei media, pluralismo e fiducia nell'informazione*, in *Atti del XXV Convegno SISP, 8-10 settembre 2011*, disponibile all'indirizzo <http://www.sisp.it/files/papers/2011/donatella-campus-e-antonio-ciaglia-962.pdf>.

⁹⁰ *Op. ult. cit.*, p. 1.

⁹¹ *Op. loc. ult. cit.*

⁹² «La comunicazione politica [è] un fattore determinante nel consentire l'attivazione del meccanismo di *accountability* elettorale: infatti, i cittadini hanno bisogno di informazione per poter esprimere un giudizio positivo o negativo sull'operato del governo», *Op. ult. cit.*, p. 19.

termini di agenda; dall'altro, il governo cerca di utilizzare i media in modo da migliorare e consolidare la propria popolarità»⁹³.

Le considerazioni sin qui svolte conducono al terzo corno del problema, quello del *controllo ex post, esercitato dal sistema giurisdizionale* come già precisato nel precedente paragrafo.

Innanzitutto deve rilevarsi come in questo caso il collegamento tra legalità, riserva di legge e democraticità delle decisioni sia del tutto assente. Di più, il controllo giurisdizionale sulla legittimità costituzionale delle leggi rappresenta una vera e propria antitesi rispetto alle libere scelte dell'assemblea (*rectius*, della maggioranza) parlamentare: al contrario, esso interviene proprio quando vengano a mancare, nel sistema delle relazioni istituzionali, quelle «condizioni irrinunciabili ... per favorire il connubio tra *voluntas legis* e *ratio*; o, detto altrimenti, per impedire che prevalga la forza numerica del principio maggioritario ..., sganciata da ogni preoccupazione di razionalità discorsiva»⁹⁴. Già il ricorso ad una valorizzazione del momento di controllo giurisdizionale *ex post* rappresenta quindi una implicita ma frontale negazione del primato della riserva di legge nelle concrete dinamiche costituzionali chiamate a dare concretezza all'architettura istituzionale articolata dal costituente, e questo è un dato da tenere bene a mente.

In più, l'analisi di come tale controllo abbia luogo, nella dimensione contingente dell'ordinamento italiano dei recenti lustri, mostra un dato anche qui patologico: le numerose «ipotesi di interventismo giudiziario sulle scelte del legislatore ..., la crescente pervasività del giudizio di "ragionevolezza", ... [le] non sporadiche ipotesi di "creazioni giudiziali di reati"»⁹⁵ hanno condotto a un progressivo superamento del modello di interazione equilibrata e rispettosa tra giudice ordinario, giudice costituzionale e legislatore verso un sistema a forte giurisdizionalizzazione, con una spinta rafforzata dalle molteplici istanze che suggeriscono (e talora impongono) al giudice ordinario uno sforzo in termini di interpretazione conforme assolutamente sproporzionato rispetto ai già veduti⁹⁶ limiti di tale importante istituto.

La questione si colloca, per usare una distinzione introdotta nelle premesse di questo capitolo, "tra il patologico e il fisiologico": se infatti la tendenza del giudice ordinario, nella babele di stimoli interpretativi e di spunti assiologici, a produrre esiti "creativi"⁹⁷ può essere in prima analisi etichettata come arbitraria, abusiva e in fin dei conti perciò patologica, tale conclusione è

⁹³ *Op. ult. cit.*, p. 20.

⁹⁴ FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, XXXVI, 2007, p. 1258.

⁹⁵ GRANDI, *Riserva*, cit., p. 41 s., con puntuali riferimenti bibliografici alle corrispondenti note.

⁹⁶ Cfr. *supra*, par. 2.3.

⁹⁷ Sia perché "fantasiosi" sia perché rivolti a "creare" (e non già a interpretare) diritto.

attenuata nel momento in cui un'espressa richiesta in tal senso appaia provenire dal massimo organo giudiziario di garanzia costituzionale, ovvero la Corte costituzionale. Con sentenza n. 208 del 2009⁹⁸, la Consulta ha infatti dichiarato *inammissibile* una questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 219 c.p. in quanto il giudice rimettente avrebbe ommesso di verificare la possibilità di una "interpretazione conforme" della norma denunciata, utilizzando come parametro un *principio* di ordine costituzionale che avrebbe dovuto desumere da due precedenti sentenze della Corte e dovendo giungere alla diretta manipolazione del testo normativo senza richiedere l'intervento del giudice delle leggi. In particolare, il giudice rimettente lamentava la (supposta) rigidità del vincolo posto dall'art. 219 c.p. in materia di determinazione delle misure di sicurezza per il semimputabile, norma che lo avrebbe costretto ad applicare il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario anche quando la particolare tenuità del fatto, già valorizzata in sede di determinazione della pena, avrebbe consigliato e consentito la misura, meno afflittiva e più malleabile alle esigenze di cura del reo, della libertà vigilata. La Corte, richiamando due propri precedenti⁹⁹, constata che in tale giurisprudenza «le censure circa l'automatismo che caratterizzava l'art. 222 cod. pen. e le conclusioni circa la violazione del principio di ragionevolezza e del diritto alla salute hanno trovato piena conferma»¹⁰⁰, ma dichiara (non già fondata bensì) *inammissibile* la questione sulla base del fatto che «per effetto delle menzionate decisioni di questa Corte, *risulta ormai presente nella disciplina sulle misure di sicurezza il principio* secondo il quale si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva[, ... principio] dettato in relazione alla misura del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, [ma che] vale anche per l'assegnazione ad una casa di cura e di custodia, che è, a sua volta, misura di sicurezza detentiva e quindi segregante (...), sicché *ad essa ben si attagliano le conclusioni circa la violazione del principio di ragionevolezza e del diritto alla salute svolte*, in

⁹⁸ Pubblicata, fra l'altro, in *Giur. cost.*, 4/2009, pp. 2399 ss., con note di MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, *ivi*, pp. 2405 ss., e di RESCIGNO, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, *ivi*, pp. 2412 ss.

⁹⁹ C. cost. n. 253 del 2003, con la quale aveva censurato di illegittimità, per identiche ragioni, l'art. 222 c.p., e C. cost. n. 367 del 2004, con la quale, sempre per identiche ragioni, aveva censurato di illegittimità l'art. 206 c.p..

¹⁰⁰ C. cost. n. 208 del 2009, cit., punto 4 *considerato in diritto*.

particolare, nella sentenza n. 253 del 2003»¹⁰¹. Per tali ragioni il rimettente avrebbe dovuto fare applicazione, in via ermeneutica, di tali principi, superando il dato codicistico¹⁰².

Quanto tale tesi¹⁰³ sia in grado di scardinare, se confermata, il sistema di controllo accentrato di costituzionalità è evidente almeno sotto due aspetti¹⁰⁴: il primo, che ogni giudice può (*rectius*, deve) ricavare principi costituzionali non già (non solo) dal testo costituzionale ma anche dalle sentenze della Corte, e farne diretta applicazione¹⁰⁵; il secondo, che una volta ricavati tali principi, il giudice ordinario debba applicarli anche *contra legem*, ovvero manipolando un testo legislativo che si ponga di per sé inequivoco nell'escludere tale esito ermeneutico.

Se questo esito sia più o meno legato a una malintesa lettura della sempre più pervasiva realtà della tutela multilivello¹⁰⁶, oppure se si tratti di un episodio isolato e riconnesso allo

¹⁰¹ Ivi, punto 5 considerato in diritto

¹⁰² Per vero, è anche possibile una diversa lettura della pronuncia citata, non esplorata dai commentatori. In conclusione al punto 5 del *considerato in diritto* la Corte così afferma: «Ne deriva che le modifiche normative in tema di prescrizione non incidono necessariamente anche sulle regole che governano la disciplina delle misure di sicurezza, disciplina che comunque deve tenere conto della necessità di pervenire ad un risultato ermeneutico conforme a Costituzione, anche determinando la nozione di «pena stabilita dalla legge» con riguardo a tutte le circostanze ricorrenti nella fattispecie concreta». Il dato normativo di partenza, infatti, è non tanto il testo letterale dell'art. 219 c.p. quanto piuttosto l'interpretazione costante che ne fa la Corte di cassazione rispetto al fatto che per calcolare la pena rispetto alla quale valutare l'applicazione della misura di sicurezza si debba far riferimento alle regole previste in tema di prescrizione, dalle quali ultime (più che dall'art. 219 c.p. in sé) si doveva trarre la censurata rigidità. Quindi potrebbe sostenersi che la Corte censuri la mancata "disapplicazione" non tanto di una norma di legge quanto piuttosto del relativo "diritto vivente". Se però si rammenta che il "diritto vivente" costituisce ostacolo insuperabile per il giudice *a quo* nella scelta se adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata o sottoporre il caso alla Corte costituzionale, la conclusione non muta sensibilmente.

¹⁰³ Contenuta, per quanto è stato possibile conoscere, in tale solo precedente. Anzi, la sentenza C. cost. n. 110 del 2012, appartenente al "filone" (inaugurato con la sent. n. 265 del 2010) che ha demolito l'estensione della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere prevista dalla L. 23 aprile 2009 n. 38, ha apertamente censurato la prassi, nel frattempo invalsa nella giurisprudenza soprattutto di legittimità, di "fare da sé", disapplicando sulla base della medesima *ratio* le figure di presunzione assoluta "simili" a quelle già caducate dalla Consulta. La Corte in particolare afferma che: «In via preliminare, deve rilevarsi che è corretta la tesi del rimettente, secondo cui le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale della norma impugnata, aventi per esclusivo riferimento i reati oggetto delle precedenti pronunce di questa Corte, non si possono estendere alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate. È inoltre da aggiungere che la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme (sentenza n. 219 del 2008), non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre» (punto 3 del *considerato in diritto*, corsivi aggiunti; per un commento alla decisione vd. LEO, *Una nuova pronuncia di illegittimità parziale per la disciplina della custodia in carcere 'obbligatoria'*, in *penalecontemporaneo.it*, 4 maggio 2012).

¹⁰⁴ Per un'efficace sintesi dell'iter argomentativo della Corte vd. RESCIGNO, *Del preteso principio*, cit., p. 2416.

¹⁰⁵ Circa l'uso, ad opinione dell'Autore patologico, delle sentenze interpretative di rigetto "travestite" nella forma di pronunce di inammissibilità cfr. i rilievi di RESCIGNO, *Del preteso principio*, cit., p. 2418.

¹⁰⁶ Come ritiene l'Autore richiamato nelle precedenti note. Tale lettura risulta peraltro contraddittoria con le risultanze di quanto illustrato nel precedente paragrafo di questo lavoro, ove si è mostrato come le autorità nazionali, in special modo quelle giurisdizionali, siano invece propense a rivendicare l'attualità del loro ruolo di attori accentrati della tutela dei diritti. Le sfaccettature della realtà sono tuttavia sempre più ricche della sua analisi, e quindi potrebbe non stupire che queste due letture possano coesistere inverandosi contemporaneamente.

specifico contesto normativo oggetto della questione di legittimità, non è dato saperlo: resta il fatto che istanze di tale genere costituiscono al contempo una pericolosa fonte di disorientamento per l'attività giudiziale (e in seconda battuta per la certezza dei relativi esiti) e una «ulteriore lesione della portata democratica della riserva [di legge]»¹⁰⁷, ciò che completa il quadro di progressiva erosione dei presupposti fondativi del legame tra riserva di legge e *ratio* garantistica del principio di legalità nell'attuale contesto dell'ordinamento giuridico italiano.

4.2.1.3 *La fisiologia: il modello della riserva di legge parlamentare è tuttora valido?*

Dopo aver constatato che i pilastri concettuali dell'aderenza del corollario storico della legalità alle istanze garantistiche di quest'ultima sono oggi messi a dura prova dal mutamento del contesto ordinamentale in cui si trovano ad operare, sorge un'ulteriore e più astratta questione, che sposta il *focus* dell'analisi dalla sua dimensione "patologica" ad una più "fisiologica".

Ci si domanda cioè, se non stiano «emergendo sempre più valide ragioni per ritenere che il limite della riserva di legge (non quello della legalità) sia stato valicato»¹⁰⁸ ponendo in discussione la stessa *astratta fondatezza* del modello in questione.

Riprendendo infatti i medesimi presupposti assunti al superiore par. 4.2.1.1, può infatti revocarsi in dubbio che lo stesso modello politico della democrazia rappresentativa sia *idoneo* (o il *più idoneo*, o *tuttora* il più idoneo) a dare corpo e sostegno alle istanze che sino ad ora si sono considerate con esso intimamente legate. Il discorso, brutalmente, non fa che portare all'estremo la dimensione di storicità, e quindi di relativismo, che si è affermato connotare tra tutti i corollari della legalità la riserva di legge.

La riflessione vede pronunciarsi autorevoli voci nella dottrina penalistica¹⁰⁹ ma è soprattutto il dibattito storico-filosofico a fornire i contributi più approfonditi. Nell'economia del presente lavoro conviene illustrare sinteticamente le ragioni di tale prospettazione, che ruota essenzialmente attorno a **due cardini**: da un lato, *l'inefficienza* dei presupposti fondativi della riserva di legge rispetto alle finalità che questa si propone; dall'altro, e su un piano più aderente agli obiettivi del presente lavoro, *l'incommensurabilità* dell'ordinamento europeo rispetto al

¹⁰⁷ GRANDI, *Riserva*, cit., p. 48.

¹⁰⁸ DI GIOVINE, *Diritti insaziabili*, cit., p. 267.

¹⁰⁹ Spunti in ROMANO, *Complessità delle fonti*, cit., *passim*. Per tutti vd. poi FIANDACA, *Legalità penale*, cit., *passim*, nonché le argomentazioni di stampo politologico richiamate in DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, IV, 2011, pp. 2197 ss., in particolare pp. 2265 ss..

modello di Stato nazionale e pertanto l'inidoneità teoretica, prima che pratica, di una qualsivoglia trasposizione in capo al primo dei modelli costruiti sull'esperienza storica dei secondi.

Punto di partenza fondamentale è rappresentato dalla comprensione delle ragioni che hanno storicamente affermato la imprescindibile rilevanza della riserva di legge all'interno della concezione montesquieana di separazione dei poteri: in brutale sintesi, la separazione dei poteri serve a mantenere l'equilibrio tra di essi mediante il reciproco controllo, e l'assegnazione del potere di produrre norme all'organo rappresentativo viene fatta derivare da una inevitabile evoluzione del modello primigenio della democrazia diretta sperimentato nelle *poleis greche*¹¹⁰.

In altre parole, «la riserva di legge si lega storicamente ad un determinato modello politico, che è quello della c.d. democrazia rappresentativa», e tuttavia «raramente ci si sofferma sulle origini e sul perché di quest'ultima»¹¹¹. Qualora lo si faccia si deve giungere a due importanti conclusioni: il modello originario, quello greco appunto, riesce a funzionare solo a prezzo di una drastica riduzione della base di soggetti legittimati a partecipare alla vita pubblica, selezione che avviene su basi che oggi sarebbero ovviamente incompatibili con i moderni principi democratici; le basi della moderna democrazia rappresentativa poggiano su un compromesso tra le classi di possidenti e le masse "operaie" avvenuto tra la prima e la seconda rivoluzione industriale, con un importante ruolo del nascente modello socio-economico capitalistico¹¹². Anche successivamente, inoltre, il modello di rappresentatività non è stato sempre il medesimo, subendo al contrario diverse e rilevanti evoluzioni: una fra tutte il passaggio da sistemi individualistici a paradigmi fondati sulla rilevanza del gruppo parlamentare, evento che si colloca nel Regno Unito subito dopo l'allargamento del suffragio avvenuto a metà del XIX secolo e nelle principali democrazie continentali circa un secolo dopo, e che ha portato alcuni sistemi a) a riservare al gruppo e non più al singolo parlamentare tutta una serie di attività di proposta, emendamento e intervento che costituiscono il *proprium* della funzione parlamentare (cfr. il regolamento del *Bundestag* tedesco),

¹¹⁰ Inevitabile il riferimento al cristallino passaggio di MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, (Londra, 1861), Milano, 1946, p. 68: «Nulla è più auspicabile dell'ammissione di tutti ad avere parte al potere sovrano dello Stato. Ma poiché in una comunità che ecceda le dimensioni del piccolo centro urbano è impossibile che tutti partecipino in prima persona se non in misura assai ridotta all'attività pubblica, ne consegue che il modello ideale del governo perfetto deve essere rappresentativo». FIANDACA, *Legalità penale*, cit., p. 1255, ricorda che la democrazia, come compromesso tra volontà e condivisione delle scelte, e la razionalità delle scelte stesse, come coerenza del sistema nel quale si inseriscono, costituiscono in realtà due modelli «largamente dissociati», che «solo l'Europa moderna [è] riuscita a metter[e] faticosamente insieme, cercando di coniugare diritto e democrazia, ordine giuridico e ordine sovrano».

¹¹¹ DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., p. 2266.

¹¹² Per questi riferimenti, cennati in maniera forzatamente apodittica, sia consentito rinviare alla più articolata sintesi offerta da DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., pp. 2267 s., con il conseguente corredo di bibliografia.

e b) a costringerlo a collocarsi in gruppi omogenei che devono essere costituiti all'inizio della legislatura e che non possono essere cambiati o creati nel corso della stessa (cfr. il caso spagnolo)¹¹³.

Pertanto, in conclusione, il collegamento della rappresentatività con una reale *diretta* connessione tra singolo cittadino e decisione è del tutto infondata, e attiene più a una dimensione immaginifica che non a un effettivo sostrato storico-giuridico.

Peraltro, strutturalmente, la distanza tra la democrazia diretta e quella rappresentativa si apprezza sotto due prospettive distinte e concorrenti: la prima, di taglio storico e già cennata, rileva «come la continuità [della democrazia rappresentativa] rispetto all'antecedente, la democrazia diretta, non sia forse neanche mai stata un dato reale, ma piuttosto[, come detto,] una sorta di illusione collettiva, consolidatasi grazie alla sua forza evocativa e simbolica», dovendosi pertanto «problematizzare l'idea che la riserva di legge sia realmente riuscita (anche in passato) ad assicurare la partecipazione democratica del cittadino»; la seconda, con prospettiva più strutturale, tentando di enumerare le condizioni alle quali la democrazia rappresentativa potrebbe emulare il proprio affermato antecedente¹¹⁴, mostra in realtà come la distanza che le separa sia affatto agevolmente colmabile.

Se l'indagine sulle origini dei postulati di democrazia rappresentativa idonei a sorreggere l'opzione della riserva di legge mostra importanti falle, l'esame della sua dimensione *in action* nelle moderne società europee conduce a conclusioni non dissimili. La globalizzazione ha infatti potenziato il ruolo e l'influenza di oligarchie di stampo economico che si pongono al di sopra, anche per capacità e mezzi, degli Stati nazionali, dimostrandosi in grado di controllarli e di influenzarne in maniera determinante l'azione e le dinamiche interne¹¹⁵: basti pensare, senza pretesa di completezza, al controllo degli indici finanziari, ma anche soltanto allo sfruttamento

¹¹³ Per tali informazioni cfr. IERACI, *Il governo in parlamento. Regole parlamentari e capacità decisionale dell'esecutivo*, in BARBIERI, VERZICHELLI (a cura di), *Il governo e i suoi apparati. L'evoluzione del caso italiano in prospettiva comparata*, Genova, 2002, pp. 66 ss..

¹¹⁴ DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., p. 2268, cui si riferiscono le altre citazioni riportate in questo paragrafo, richiama un passo di SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Roma, Bari, 2009, p. 18, ove l'Autore indica tali condizioni: la corretta informazione del popolo; il possesso da parte di quest'ultimo delle risorse intellettuali e culturali per comprendere l'agenda politica, e dei mezzi e della forza per imporre la propria volontà sui propri rappresentanti; un'organizzazione partitica trasparente e scevra da condizionamenti oligarchici. Caratteri che, come si è visto e come si vedrà subito *infra*, sono quanto di meno attuale nell'odierna realtà delle società europee.

¹¹⁵ «È infatti sostanzialmente retorico interrogarsi su quali siano oggi i reali vettori che conducono la 'volontà popolare' a trovare espressione nella legge: se i meccanismi di rappresentanza parlamentare o piuttosto le interpretazioni che di tale volontà forniscono le concentrazioni massmediatiche e più in generale i potenzi gruppi specie economici con la loro attività lobbistica» (PALAZZO, *Legalità penale*, cit., p. 1291).

delle risorse o, ancora, alla facile influenza sui mezzi di informazione e comunicazione e sulle grandi reti di distribuzione energetica. In questo senso, è la stessa separazione dei poteri di stampo illuministico a risultare drammaticamente indebolita, nel momento in cui, leggendo la realtà con occhiali antichi, tenta ancor oggi di tenere separati *poteri che non sono più determinanti* per il concreto esercizio delle libertà individuali e omette invece del tutto di considerare l'intervento di questi più recenti e influenti centri decisionali extrastatali: la separazione dei poteri implica infatti che tali poteri non siano a loro volta controllabili, ossia che siano – in un'accezione atecnica – originari, *superiorem non recognoscentes*, ma quando Governo, Parlamento e sistema giudiziario di uno Stato possano essere soggetti al controllo, mediante la corruzione o la disfunzione programmata, di entità esterne, determinarne la separazione diviene attività priva di significato istituzionale concreto.

È in questo contesto che si inserisce il pressante interrogativo di quell'autorevole dottrina che si chiede, «in modo problematico, se la strenua difesa della riserva di legge nei termini rigidi in cui ci è stata tramandata dalla tradizione culturale penalistica possieda ancora un significato reale o se sia, piuttosto, il frutto di una pigra *traditio*»¹¹⁶. Strutturalmente, infatti, tra i diversi presupposti del buon funzionamento della riserva di legge¹¹⁷, ve ne sono alcuni che possono essere fisiologicamente negati già nell'ambito di un corretto funzionamento del metodo democratico-rappresentativo¹¹⁸: infatti, se è vero che tali presupposti «trovano un terreno di attecchimento più favorevole in contesti politico-parlamentari caratterizzati da un tendenziale equilibrio delle forze in campo», mentre «è meno facile che si realizzino nell'ambito di una democrazia vissuta in senso esasperatamente maggioritario»¹¹⁹, pare in definitiva che essi vengano a dipendere sostanzialmente dal contingente esito di ciascuna competizione elettorale, il quale a sua volta dipende, come noto e come già rilevato, da fattori in parte giuridici (la legge elettorale) e in gran parte extragiuridici (la più o meno elevata frammentazione ideologica della comunità nazionale e, per essa, della classe politica; il numero dei partiti; il tasso di conflittualità tra gli stessi). Non è pertanto forse arbitrario concludere che la funzionalità della riserva di legge

¹¹⁶ Così DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., p. 2270 s., a sintesi del pensiero espresso da Giovanni Fiandaca nell'opera *Legalità penale e democrazia*, più volte citata. Simile atteggiamento in BERNARDI, *All'indomani*, cit., pp. 37 ss., e particolarmente nelle conclusioni a p. 64.

¹¹⁷ Cfr. il precedente paragrafo.

¹¹⁸ «Perché la riserva di legge sia ... in grado di mantenere la promessa di rendere possibile una legislazione penale ispirata a criteri di razionalità, occorrono alcune condizioni politiche di contesto che sono tutt'altro che scontate in partenza» (FIANDACA, *Legalità penale*, cit., p. 1258).

¹¹⁹ *Op. loc. ult. cit.*.

viene a dipendere, in ultima analisi, dai fattori extragiuridici da ultimo enumerati, i quali tuttavia costituiscono un elemento del tutto fisiologico dell'ordinamento democratico.

Nella medesima direzione si è poi rilevato come la democraticità della decisione, anche nell'ipotesi in cui essa *effettivamente* derivi da una condivisione e da una ponderazione frutto di un approfondito e articolato confronto, è condizione necessaria ma non sufficiente, poiché «il livello di democraticità delle opzioni di politica criminale dipenderà anche dalla loro maggiore o minore conformità a criteri di fondatezza empirico-scientifica *intersoggettivamente verificabili*»¹²⁰. Quanto tale standard sia oggettivamente difficile da conseguire è evidente¹²¹, e al contempo esula dalle finalità del presente paragrafo, ove si è cercato di mettere in discussione i presupposti concettuali della centralità e attualità della riserva di legge.

È evidente tuttavia che, ai caratteri da *pars destruens* ora tratteggiati, non possa non corrispondere una *pars costruens*, se non altro perché l'espansione del diritto europeo nel territorio del diritto penale è, come visto, tutt'altro che un'ipotesi, e pertanto la scienza penale è chiamata a ricostruire in maniera convincente ed efficace le coordinate concettuali idonee al nascente sistema affinché possa soddisfare, con modalità inedite, le medesime esigenze di protezione dei diritti e delle libertà individuali cui tende il principio di legalità complessivamente inteso.

Tali inedite modalità vengono individuate vuoi in un rinnovato ruolo del sistema giurisdizionale, anche alla luce del "protagonismo" sollecitato dalle dinamiche multilivello¹²², vuoi in forme di democrazia c.d. deliberativa, nella quale il ragionevole consenso sulle decisioni possa essere raggiunto non semplicemente attraverso il dato, statistico, della massima partecipazione possibile ai procedimenti decisionali ma mediante la presenza e la verificabilità di determinate condizioni giustificative delle scelte assunte¹²³.

Quanto queste soluzioni siano efficaci e/o criticabili è oggetto del dibattito della scienza filosofica e politica, e questo lavoro non ha le pretese di tentarne neppure una sommaria

¹²⁰ FIANDACA, *Legalità penale*, cit., p. 1259, corsivo aggiunto. Ritorna, nuovamente, il tema della razionalità materiale.

¹²¹ Cfr. FIANDACA, *Legalità penale*, cit., pp. 1260 ss..

¹²² Cfr. quanto illustrato al precedente par. 4.1.

¹²³ Ritorna, e non è la prima volta, il tema dei canoni di razionalità materiale già cennato cursoriamente *supra* al par. 4.1.

disamina¹²⁴. Ciò che è utile desumere è invece una considerazione metodologica, che è funzionale per affrontare l'analisi collocata al successivo paragrafo, ossia che è ben possibile, e anzi doveroso, esaminare i connotati di democraticità e di legalità presenti nel sistema delle fonti dell'Unione mantenendosi distanti dall'equivoco di ricercare nell'ordinamento sovranazionale caratteri simili a quelli degli Stati nazionali, e neppure – più in generale – attribuire all'Unione una dimensione para-statuale che non le è propria.

4.2.1.4 *Le fonti legislative dell'Unione e il loro rapporto con la riserva di legge. Prove di destrutturazione.*

Si è cercato sino ad ora di illustrare quali siano i caratteri fondativi della riserva di legge e del suo legame con le istanze democratiche e legalitarie, se ne è constatata una forte tensione nell'ordinamento nazionale sino a condividere la diagnosi di una vera e propria crisi, forse irreversibile, e si è infine contestato – seppure per sommi capi – l'assioma per il quale la democrazia rappresentativa e la riserva di legge costituiscano l'unico o il miglior modo di concretizzare nell'attuale momento storico le istanze suddette.

Muovendo da tali considerazioni, si possono ora richiamare brevemente i caratteri del sistema legislativo dell'Unione per vagliarne aspetti problematici e punti di forza.

Si è detto¹²⁵ che il Trattato di Lisbona ha reso la procedura di *codecisione* (oggi *procedura legislativa ordinaria*) generalmente applicabile alla materia penale, fatti salvi i casi (art. 83, par. 2, TFUE) nei quali la norma penale può essere adottata mediante procedure speciali; tale procedura prevede una piena *compartecipazione dei due organi detentori del potere legislativo, nessuno dei quali ha però potere di iniziativa, benché per il solo Parlamento sia prevista una forma di "sollecito istituzionale" alla Commissione affinché agisca*; del pari, il Parlamento è in grado di esercitare una (seppure estrema) forma di controllo sull'operato della Commissione, mediante la mozione di censura; nelle procedure speciali, invece, che pure costituiscono una piccolissima percentuale, il Parlamento ha funzione di mera consultazione o di approvazione, nel secondo caso essendo quindi in grado di bloccare l'iter normativo mediante l'esercizio di un vero e proprio potere di veto; è stato *potenziato il ruolo dei Parlamenti nazionali*, i quali – entro determinate percentuali – possono influenzare sulla procedura aggravandola o addirittura spingere maggioranze qualificate

¹²⁴ «Occorrerebbe invero differenziale l'analisi in funzione dei diversi possibili modelli di un futuro diritto penale europeo e in rapporto ai corrispondenti modelli di legittimazione» (FIANDACA, *Legalità penale*, cit., p. 1274 s.), impresa davvero al di fuori della portata del presente lavoro.

¹²⁵ Cfr. *supra*, par. 1.2.

di parlamentari o Stati membri a interrompere l'iter legislativo; in materia penale è poi previsto un "freno d'emergenza" che consente ad anche un solo Stato membro di demandare al Consiglio europeo la valutazione del contrasto tra la proposta normativa e i principi fondamentali di tale Stato, e che in ogni caso l'iniziativa può essere portata avanti da una speciale forma di cooperazione rafforzata.

Si deve ora aggiungere un tassello a questo già complesso quadro: bisogna cioè affermare, anche se con un inevitabile grado di apoditticità¹²⁶, che **il Consiglio** (dei ministri) dell'Unione non è un organo di governo. Il passaggio non è di poco momento, sia per le conseguenze che porta con sé sia per le ragioni che spingono a tale conclusione.

Conseguenza fondamentale di tale postulato è che la norma adottata dal Consiglio non è un atto esecutivo ma legislativo, del quale quindi si *deve* affermare la democraticità e indagare piuttosto in quale grado o misura essa si manifesti.

Le ragioni che spingono ad adottare tale punto di vista affondano le proprie radici nel *proprium* istituzionale che ha caratterizzato le Comunità europee sin dal loro sorgere e acquisiscono ancor maggiore validità alla luce del quadro istituzionale vigente. Caratteristica propria del c.d. "metodo comunitario"¹²⁷ è quello di aver previsto, già nella CECA e poi anche nella CEE e nell'Euratom, un organo altro e diverso rispetto a quello rappresentativo degli Stati membri, l'Alta Autorità prima, Commissione poi, organo *di individui* ai quali viene sin da subito espressamente interdetto di ricevere indicazioni operative dagli Stati membri o dai loro rappresentanti, un organo quindi che è chiamato a svolgere un compito di assoluta autonomia e centralità, per perseguire unicamente i fini propri dell'ente sovranazionale.

La Commissione è poi certamente organo esecutivo: ciò si desume tanto dalla lettura degli artt. 290 e 291 TFUE¹²⁸, i quali attribuiscono alla Commissione una generale competenza

¹²⁶ Si tratta infatti di una valutazione di tendenza, e che per giunta si colloca in un terreno confinante tra il diritto e la storia politica, e pertanto soffre di un intrinseco grado di soggettivismo, che tuttavia si cercherà di ridurre quanto più possibile.

¹²⁷ Cfr. *supra*, par. 1.1.

¹²⁸ "Art. 290. 1. Un atto legislativo può delegare alla Commissione il potere di adottare atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell'atto legislativo. Gli atti legislativi delimitano esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega di potere. Gli elementi essenziali di un settore sono riservati all'atto legislativo e non possono pertanto essere oggetto di delega di potere. 2. Gli atti legislativi fissano esplicitamente le condizioni cui è soggetta la delega, che possono essere le seguenti: a) il Parlamento europeo o il Consiglio possono decidere di revocare la delega; b) l'atto delegato può entrare in vigore soltanto se, entro il termine fissato dall'atto legislativo, il Parlamento europeo o il Consiglio non sollevano obiezioni. Ai fini delle lettere a) e b), il Parlamento europeo delibera a maggioranza dei membri che lo compongono e il Consiglio delibera a maggioranza qualificata. 3. L'aggettivo «delegato» o «delegata» è inserito nel titolo degli atti delegati.";

esecutiva, quanto – ancor più in generale – dal fatto che essa ed essa sola possiede un’articolata serie di prerogative di chiaro stampo amministrativo, particolarmente nel settore della concorrenza.

Il Consiglio, viceversa, non solo non possiede prerogative di questa genere ma, per contro, svolge diversi compiti, afferenti alla determinazione dell’indirizzo politico¹²⁹ e alla produzione normativa. In più, l’ormai netta prevalenza¹³⁰ delle deliberazioni a maggioranza all’interno del Consiglio, favorita come visto dall’unilateralità della relativa clausola passerella¹³¹, ha sostanzialmente svincolato le relative decisioni dal potere di veto di singoli Governi nazionali, e risultano perciò sostanzialmente superate le ricostruzioni che vedono le determinazioni consiliari come mera sommatoria degli assensi dei ventotto Governi degli Stati membri¹³².

Muovendo da simili considerazioni, una parte della dottrina preconizza l’evoluzione del Consiglio in una vera e propria «camera delle regioni» che fornisca rappresentanza agli attuali Stati membri «*degradati* a semplici enti territoriali»¹³³ di un’Unione ormai compiutamente federata. Anche al di là di ricostruzioni eccessivamente avveniristiche, è comunque evidente che il ruolo del Consiglio si sta spingendo sempre più in tale direzione, e il parallelismo con il modello di Stato federale è, *mutatis mutandis*, sempre più giustificabile perlomeno su un piano descrittivo.

“Art. 291. 1. Gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l’attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell’Unione. 2. Allorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell’Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 del trattato sull’Unione europea, al Consiglio. 3. Ai fini del paragrafo 2, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono preventivamente le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell’esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione. 4. I termini «di esecuzione» sono inseriti nel titolo degli atti di esecuzione.”

¹²⁹ Si consideri la cruciale competenza in materia di bilancio, peraltro condivisa con il Parlamento con le modalità e le particolarità già segnalate *supra*, par. 2.2.

¹³⁰ Anche “assiologica”, se si considera che la clausola passerella (art. 48, par. 7, co. 2, TUE) che può portare dall’unanimità alla maggioranza qualificata è “a senso unico”, cioè non percorribile per portare una deliberazione dalla maggioranza all’unanimità.

¹³¹ Art. 48, par. 7, co. 2, TUE, sul quale la richiamata sentenza del Tribunale costituzionale tedesco esprime peraltro forti perplessità quanto alla natura incontrollata della progressiva erosione della sovranità statale e richiede, con determinazione di dubbia effettività politica, un aggravio procedimentale nell’iter deliberativo interno allo Stato tedesco (cfr. BVerG, 30 giugno 2009, cit., par. 319 s., nonché, in proposito, Böse, *La sentenza*, cit., p. 270).

¹³² Tale passaggio si potrà dire compiuto quando sarà adottato il regime di computo delle maggioranze previsto dal Trattato di Lisbona e che risulta per ora in uno stato di indeterminata sospensione (cfr. *supra*, par. 2.2): in tal modo le votazioni saranno svincolate dal “peso specifico” dei singoli Esecutivi e saranno funzionali solamente alla popolazione rappresentata e al numero di Stati aderenti.

¹³³ Così DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., p. 2271, corsivo nel testo.

Se tutto questo è vero, perdono di fondamento tutte le obiezioni che tendono a stigmatizzare un eccessivo coinvolgimento del Consiglio nei processi deliberativi dell'Unione¹³⁴. Tali critiche, infatti, mostrano di confondere la "legittimazione di provenienza" del Consiglio (formato, certamente, da esponenti degli esecutivi nazionali) con il ruolo che tale organo è chiamato a svolgere nell'ordinamento dell'Unione, mentre è solo a quest'ultimo aspetto che si può e deve prestare attenzione per comprendere correttamente le dinamiche decisionali all'interno dell'ente sovranazionale¹³⁵.

In definitiva, constatare che il Consiglio, specialmente nella forma che il Trattato di Lisbona ha dato al sistema di computo dei voti, continui a detenere una posizione paritaria con l'assemblea parlamentare, o al limite che si veda tuttora attribuite prerogative maggiori e più penetranti in talune materie, non dovrebbe suscitare eccessive perplessità. O perlomeno perplessità non maggiori di quanto accada in qualunque Stato federale¹³⁶.

Proprio il collegamento con il modello di Stato federale¹³⁷ consente di esaminare un diverso ordine di obiezioni, maggiormente ficcante, sul quale è necessario soffermarsi con maggiore approfondimento.

Riprendendo lo snodo centrale dell'iter argomentativo della più volte richiamata sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 30 giugno 2009, al cuore del problema sta l'esercizio dei **diritto di voto** del cittadino¹³⁸, un voto eguale in quanto sublimazione dell'eguaglianza sostanziale

¹³⁴ Per tutti, MAGI, *Attribuzione alla "nuova" unione di poteri normativi in materia penale nonostante un persistente deficit democratico: possibile contrasto con il principio costituzionale della riserva di legge?*, in *Dir. pubbl. comp.*, 3/2008, pp. 1553 ss., ove l'Autrice mostra chiaramente di fondare la denuncia del deficit democratico dell'Unione (anche) sul fatto che l'organo consiliare sarebbe dotato di poteri soverchianti quello parlamentare nella determinazione delle scelte normative: tralasciando il rilievo per il quale tali considerazioni, come si è cercato di dimostrare *supra*, non appaiono condivisibili nel merito alla luce dell'odierna architettura istituzionale dell'Unione, non può non rilevarsi come ad apparire erronea è l'impostazione metodologica rivolta a comparare e contrapporre la posizione del Parlamento a quella del Consiglio (e non già a quella della Commissione, vero e proprio "esecutivo" dell'Unione). Stigmatizza l'inattualità di tale concezione BERNARDI, *Le «qualità»*, cit., p. 340.

¹³⁵ Si rammenti quanto riportato circa le procedure di dialogo interistituzionale tra Parlamento e Consiglio e come esse abbiano ridotto sensibilmente la conflittualità tra le due istituzioni (cfr. *supra*, in questo paragrafo).

¹³⁶ E infatti il surriferito orientamento del *Bundesverfassungsgericht*, il quale giudica in senso critico la previsione delle clausole passerella, si comprende solo all'interno della prospettiva "statocentrica" da questo adottata: la clausola passerella allontana la decisione non tanto dalla fonte popolare legittimante il potere, quanto dal controllo che ogni singolo Stato membro (e segnatamente la Germania) può esercitare sulla decisione stessa. Sul grado di legittimazione democratica delle camere federali, con particolare riguardo all'ordinamento tedesco, cfr. le osservazioni critiche rispetto alla citata pronuncia di BÖSE, *La sentenza*, cit., p. 285 s..

¹³⁷ E con la garanzia, da questo prevista, che il cittadino mantenga un legame di carattere rappresentativo, benché mediato, anche con membri della camera non (direttamente) eletta.

¹³⁸ Lì del cittadino tedesco, ma ovviamente il discorso si può, e si deve, in qualche misura sopraelevare.

dei cittadini in termini di dignità e quindi di facoltà di influenza sulle determinazioni collettive¹³⁹. Potrebbe dirsi sinteticamente che al cittadino deve essere garantita la possibilità di un collegamento più o meno diretto con i corpi istituzionali chiamati a decidere del suo destino.

Il cittadino pertanto partecipa per tramite del proprio voto, libero ed eguale, e in tal senso può rappresentare un problema il fatto che l'elezione al Parlamento europeo non sembra garantire tale eguaglianza¹⁴⁰ poiché, in virtù del c.d. "principio del contingentamento"¹⁴¹, il peso di un voto può variare da Stato a Stato in un rapporto che si eleva fino a dodici volte se il confronto avviene tra Stati molto piccoli e Stati molto popolosi¹⁴²; inoltre, il sistema elettorale è tuttora grandemente influenzato dalle singole varianti nazionali del sistema-modello elaborato nel 1976 e

¹³⁹ «Perno della sentenza è il diritto di voto del cittadino tedesco ..., che la Corta adopera come leva processualcostituzionale per poter effettuare nell'ambito di un ricorso individuale ... una completa disamina del Trattato di riforma» (BÖSE, *La sentenza*, cit., p. 268). Al di là di tale profilo processuale, il diritto di voto viene posto al centro dell'analisi sotto un triplice profilo: il voto per l'elezione del *Bundestag*, e quindi per l'espressione della sovranità individuale all'interno dello Stato nazionale; il voto come partecipazione democratica alle decisioni, ovunque siano assunte; il voto come libera autodeterminazione del popolo tedesco all'adesione a uno Stato federale europeo mediante una piena riforma costituzionale, consentita nei termini dell'art. 146 *Grundgesetz*.

¹⁴⁰ Per certi aspetti potrebbe essere censurata anche la libertà di voto, nella misura in cui le campagne elettorali vengono condotte – su base nazionale, per le ragioni che si illustreranno *infra* nel testo – sulla base di temi di rilievo nazionale, con scarsissimi cenni alle prerogative dell'eligenda assemblea sovranazionale e alle scelte di indirizzo politico che essa potrà essere chiamata ad adottare. Tale difetto di informazione e di dibattito potrebbe essere riguardato come un serio *vulnus* alla libera determinazione della volontà dell'elettore, il quale è indotto a "usare" il voto alle consultazioni elettorali europee per influenzare altre e diverse dinamiche politiche interne. Questo è tuttavia solo un cenno, in parte apodittico, a una problematica che assume caratteri e contorni più affini alla scienza politica che a quella giuridica, non ritenendosi che tale dimensione possa condurre a un invalidamento del sistema rappresentativo Trattasi, infatti, di una patologia e non di una fisiologia del sistema stesso, che – per scomodare un argomento utilizzato in altro contesto, che peraltro subito *infra* si approfondirà – attiene alla democrazia *in action*, mentre la democrazia, per il giurista, «è piuttosto un concetto normativo, che presuppone la capacità di una comunità politica di formare una volontà comune, [mentre] le ulteriori condizioni extragiuridiche per una democrazia *efficiente* non sono – da un punto di vista giuridico – presupposti di un potere democraticamente legittimato» (così BÖSE, *La sentenza*, cit., p. 267, corsivo aggiunto).

¹⁴¹ Art. 14, par. 2, TUE: «Il Parlamento europeo è composto di rappresentanti dei cittadini dell'Unione. Il loro numero non può essere superiore a settecentocinquanta, più il presidente. La rappresentanza dei cittadini è garantita in modo degressivamente proporzionale, con una soglia minima di sei membri per Stato membro. A nessuno Stato membro sono assegnati più di novantasei seggi».

¹⁴² Su tale profilo, con il corredo di diversi esempi statistici, insiste il Tribunale costituzionale tedesco, nella più volta citata sentenza, ai parr. 284 ss., anche al fine di affermare che il Parlamento europeo rappresenta i popoli europei e non il popolo d'Europa.

meramente emendato da una decisione del 2002¹⁴³, con caratteri anche notevolmente divergenti¹⁴⁴.

Questa obiezione solleva *due questioni*: se essa sia fondata, e in quale modo porre rimedio alla disegualianza che essa dimostra.

Una disamina comparata nei sistemi costituzionali europei e non¹⁴⁵, mostra che la surriferita obiezione potrebbe voler provare troppo, «pone[ndo] condizioni ... che neppure gli Stati federali riescono a soddisfare»¹⁴⁶: il contingentamento dei seggi è infatti un principio generalmente seguito quando si tratta di determinare non solo la composizione della camera federale ma anche di quella direttamente eletta, come – fra gli altri – nel caso del Regno Unito, ove la legge elettorale vigente conduce a una divergenza di rappresentanza che, seppure non raggiunge gli estremi segnalati su scala europea¹⁴⁷, crea comunque disegualianze tollerate¹⁴⁸.

Inoltre, anche a voler ritenere fondata questa obiezione, è importante comprendere in quale direzione debbano muovere le possibili soluzioni al problema di eguaglianza che essa pone. Il Tribunale costituzionale tedesco indica chiaramente¹⁴⁹ che il legame tra il cittadino e la decisione finale deve essere perciò riportato nella primigenia sede nazionale, potenziando il ruolo dei Parlamenti nazionali e frenando la diaspora delle materie oggi sottoposte all'unanimità (*rectius*, al

¹⁴³ Gli atti cui ci si riferisce nel testo sono, per completezza, l'Atto del Consiglio del 20 settembre 1976 allegato alla decisione del Consiglio 76/787/CECA, CEE, Euratom («Decisione dei rappresentanti degli stati membri riuniti in sede di Consiglio concernente l'Atto relativo all'elezione dei rappresentanti nell'Assemblea a suffragio universale diretto»), pubblicata in GUCE, L 278, del 8 ottobre 1976, e la decisione del Consiglio 2002/772/CE, Euratom («Decisione del Consiglio, del 25 giugno 2002 e del 23 settembre 2002, che modifica l'atto relativo all'elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom»), pubblicata in GUCE, L 283, del 21 ottobre 2002.

¹⁴⁴ Fra tutti: la possibilità di prevedere soglie di sbarramento non superiori al 5% (vi sono Stati che non hanno soglia, altri che hanno individuato soglie intermedie, e alcuni che hanno infine adottato quella massima, anche per contrastare la base proporzionale del sistema-modello); l'età minima di elettorato attivo (18 anni, ma in alcuni Paesi 16); la possibilità di ripartire il territorio nazionale in circoscrizioni, la cui dimensione è lasciata alla completa discrezionalità degli Stati (fonte: Parlamento europeo, *Note sintetiche sull'Unione europea. Il Parlamento europeo: modalità di elezione*, consultabili all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/it/displayFtu.html?ftuld=FTU_1.3.4.html, url consultato il 10 febbraio 2015). Che tali elementi, soprattutto la dimensione delle circoscrizioni e le soglie di sbarramento, possano rivoluzionare integralmente il comportamento elettorale dei partiti e la risposta degli elettori è conclusione pacifica e risalente nella dottrina costituzionalistica.

¹⁴⁵ Cfr. i dati riportati da BÖSE, *La sentenza*, cit., p. 285 s.

¹⁴⁶ BÖSE, *La sentenza*, cit., p. 285.

¹⁴⁷ L'esempio, tratto dal lavoro di Martin Böse più volte citato, è quello del rapporto tra un rappresentante inglese (pari, nel 2009, a 94.000 elettori) e uno gallese (pari, sempre all'epoca di stesura del suddetto lavoro, a 72.000 elettori), con una differenza di oltre il 30%.

¹⁴⁸ E pertanto non si vede perché non più tollerabili quando ci si sposti dalla dimensione nazionale a quella europea.

¹⁴⁹ Ma come si vedrà tutto l'impianto della sentenza muove in questa direzione.

veto dei singoli rappresentanti nazionali) verso il principio di maggioranza. Così facendo, tuttavia, si omette di considerare che attribuire maggiore rilevanza al diniego del consenso di uno o più rappresentanti nazionali nelle numerose materie già sottoposte a voto maggioritario è una soluzione del tutto ineffettiva sul piano giuridico (la decisione viene comunque validamente adottata nell'ordinamento di riferimento), pericolosa sul piano politico (l'obbligo costituzionale posto in capo al rappresentante nazionale a votare negativamente comporta un irrigidimento nelle posizioni e il concreto rischio di emarginazione) e distonica sul piano del processo di integrazione, poiché in tal modo «l'Unione viene esposta ad esigenze costituzionali tra loro contrastanti, che non è in grado di soddisfare [e] in questo modo il processo di integrazione non viene solamente “decelerato” ma posto su un binario morto»¹⁵⁰. La soluzione, invece, se si accetta che il problema esista, non può che essere cercata in un progressivo *miglioramento delle dinamiche di interazione diretta tra il cittadino e il luogo finale delle decisioni*, ossia le istituzioni europee.

Su tale legame insiste un'ulteriore problematica obiezione, quella dell'*affermata carenza di un popolo europeo e di un'opinione pubblica europea*: le moderne democrazie sperimentano infatti la necessità di un tramite istituzionale tra il cittadino e il potere, che è interpretato in chiave aggregativa/associativa dal sistema partitico, che a sua volta confluisce nella suddivisione in gruppi parlamentari che naturalmente e istituzionalmente caratterizza le assemblee elette.

Nel quadro dell'integrazione europea questo percorso di legittimazione, che muove dal singolo, passa attraverso partiti e (tramite i meccanismi elettorali) gruppi parlamentari, e termina con l'espressione di volontà della deliberazione normativa, presenta carenze e immaturità evidenti già nel primo dei passaggi descritti, quello che lega i singoli ai partiti europei. Una sfera pubblica frammentata nelle diverse realtà nazionali, dibattiti condotti sempre sotto l'angolo visuale nazionale, istituzioni e meccanismi politici “tradotti” in termini noti alla concettualizzazione interna, contrapposizioni ideologiche inattuali nella dimensione sovranazionale, pressoché assoluta ignoranza sulle dinamiche politiche degli altri Stati membri, rappresentano le evidenti caratteristiche di un sistema partitico che appare fieramente aggrappato a logiche nazionali e teso a strumentalizzare le vicende europee in chiave interna¹⁵¹, con il risultato di lasciare in una (più o

¹⁵⁰ BÖSE, *La sentenza*, cit., p. 285.

¹⁵¹ «EP elections are often conceptualized as ‘second-order’ elections ..., being contested by national political parties, which propose national candidates and structure their electoral competition around national issues and themes» (BRESSANELLI, PICCIO, *The EP elections and political representation through national parties: the Italian case*, in *Atti del XXV Convegno SISIP*, cit., disponibile all'indirizzo www.sisip.it/files/papers/2011/daniela-piccio-e-edoardo-bressanelli-985.pdf, p. 5)

meno colpevole) ignoranza il proprio elettorato circa gli effetti del proprio voto alle elezioni del Parlamento europeo.

Tale prospettiva, diffusamente rimarcata in dottrina, anche tra gli Autori che maggiore entusiasmo hanno dimostrato verso il progresso democratico dell'Unione post-Lisbona¹⁵², impone di accennare almeno ai tratti di una riflessione, benché si tratti anche stavolta di terreno proprio della scienza politica e meno di quella giuridica¹⁵³. I punti appaiono due: anche stavolta occorre in primo luogo comprendere se l'impressione, registrata in dottrina ed empaticamente condivisa, posseda un reale fondamento empirico; poi, verificato tale fondamento, occorre chiedersi se il difetto sia, sempre nel senso più volte impiegato, "patologico" o "fisiologico" e in questo secondo caso se siano ipotizzabili possibili rimedi *de jure condito*.

Quanto alla prima questione, la risposta sembra in realtà meno scontata del previsto: analisi politologiche condotte su base statistica già con riferimento alla penultima tornata elettorale per il Parlamento europeo (giugno 2009) hanno concluso, con specifico riguardo all'Italia, che nonostante le segnalate carenze esiste una sostanziale corrispondenza tra le dinamiche partitiche interne e quelle dei rispettivi partiti europei, e che esiste anche una rilevanza concordanza tra i rapporti tra i diversi partiti nazionali e i loro "omologhi" europei¹⁵⁴. Non è ovviamente questa la sede per confutare o supportare tali conclusioni, ma il dato – qualora confermato, anche solo in linea di tendenza, anche negli altri Stati membri – dimostrerebbe l'esistenza di un importante legame comunicativo tra i partiti nazionali, luogo di sintesi delle istanze politiche dei cittadini, e i partiti e i gruppi parlamentari europei¹⁵⁵, luogo di assunzione delle decisioni finali.

Ciò non toglie tuttavia che resti problematico il passaggio iniziale (dall'elettore al partito nazionale) e che non possano perciò solo essere sminuite le problematiche già evidenziate: in particolare, ciò non significa «that no democratic deficit exists in the EU. On the contrary, ...the

¹⁵² La elenca tra i residui difetti di democraticità BERNARDI, *All'indomani*, cit., p. 63 s..

¹⁵³ Una prudente "astensione" in proposito è dichiarata ad esempio da Ciro Grandi, nella sua monografia più volte citata, p. 137 s..

¹⁵⁴ «Results showed that the Italian and the EP groups' positions with respect to the key policy dimensions characterizing the European political space were overall quite close to each other. [...]Furthermore, a similar pattern of congruence was observed for the space of inter-party competition at the national and the EU levels» (BRESSANELLI, PICCIO, *The EP elections*, cit., p. 12).

¹⁵⁵ I partiti europei possono essere sovrapposti, con un grado di approssimazione neppure troppo spinto, ai gruppi parlamentari nel Parlamento europeo, poiché essi esistono pressoché solo in quanto esistano i relativi gruppi e perché, per contro, nella plenaria di Strasburgo non esiste il gruppo misto. In proposito, alcuni Autori ritengono addirittura che «differences within each of the groups are so impressive that the label of 'party' is, in most cases, wholly instrumental» (così FABBRINI, *L'europeizzazione dell'Italia: l'impatto dell'Unione Europea sulle istituzioni e le politiche italiane*, Roma-Bari, 2003, p. 9 s., citato in BRESSANELLI, PICCIO, *The EP elections*, cit., p. 7).

processes of political representation at the EU level lack a number of fundamental preconditions for being assimilated to a democratic polity. ... Nonetheless, ... voters may, *although indirectly or even inadvertently*, find their national party preferences being reflected in the EP groups, when the positions of the national parties that they vote for and those of the EP groups are similar one to the other, and when the same policy issues are bound together at the two polity levels. In fact, one could argue that *political representation of the European citizens may take place even despite the poor democratic functioning of the representative processes in the EU*»¹⁵⁶.

Per quanto possa essere sgradevole l'affermazione per cui il processo rappresentativo avvenga "inavvertitamente", ossia senza una vera e propria coscienza finale da parte dell'elettorato, ciò non toglie che l'analisi ora riferita possa affievolire anche le perplessità da ultimo segnalate circa l'assenza di una base di pubblica opinione comune all'interno del popolo europeo e le stringenti difficoltà comunicative dovute non da ultimo all'ostacolo linguistico¹⁵⁷.

Ancora, e venendo al secondo corno del problema in rassegna, anche a voler assumere persistente un deficit di *commune sentire*, ci si deve domandare se la critica sia rivolta alla manifestazione patologica di un sistema astrattamente funzionante oppure a una carenza strutturale dello stesso, in grado di inficiarne in radice l'idoneità a fondare il legame cittadino-decisione che si tenta di rinvenire. In proposito, pare di doversi aderire alla già cennata opinione espressa da Martin Böse nel più volte citato contributo: «Democrazia è ... un concetto normativo, che presuppone soltanto la capacità di una comunità politica di formare una volontà comune. Un *demos* europeo che soddisfi queste esigenze si può riconoscere sulla base di valori condivisi, nonostante gli accertati deficit come comunità politica (cfr. art. 6 TUE). Le ulteriori condizioni extragiuridiche per una democrazia efficiente non sono – da un punto di vista giuridico – presupposti di un potere democraticamente legittimato, ma devono essere formate nell'ambito di questa»¹⁵⁸. Del resto nessuno si sognerebbe mai di sollevare una questione di legittimità costituzionale (quindi di validità) di una norma eccedendo l'assenza di dibattito pubblico, la disaffezione dei cittadini per la politica, o financo la maggiore o minore capacità rappresentativa in termini assoluti dei partiti di maggioranza che tale norma hanno contribuito ad approvare¹⁵⁹.

¹⁵⁶ BRESSANELLI, PICCIO, *The EP elections*, cit., p. 18, corsivi (parzialmente) aggiunti.

¹⁵⁷ Enfaticcato, ad esempio, da BÖSE, *La sentenza*, cit., p. 287.

¹⁵⁸ BÖSE, *La sentenza*, cit., p. 287, con il relativo corredo bibliografico.

¹⁵⁹ Ovvero il fatto che il 50%+1 dei voti ricevuti corrisponda a una più o meno ridotta quantità astratta di elettori, tema di enorme attualità in una condizione di costante calo della percentuale di affluenza alle urne, che si è attestata (fonte: Ministero dell'Interno) al 75% degli aventi diritto nelle elezioni per il rinnovo del Parlamento tenutesi nel 2013.

Anche da un punto di vista storico, del resto, è noto che l'evoluzione dello Stato-apparato ha preceduto quella della nazione intesa come comunità politica.

Il problema appare quindi incentrato su una dimensione "patologica"¹⁶⁰: il sistema prevede infatti strutture istituzionali¹⁶¹ in grado di assicurare un legame giuridicamente accettabile tra il cittadino e la decisione, mentre l'onere di colmare il *gap* obiettivamente sussistente tra l'"accettabile" e il "desiderabile" ricade sugli odierni attori del sistema medesimo, che è in costante e attuale evoluzione e al quale quindi possono e devono essere lasciati i necessari spazi di progresso.

Riportando quindi per l'ennesima volta il *focus* dell'attenzione sul legame cittadino-decisione, si è visto come tale legame non debba necessariamente passare attraverso un "classico" meccanismo rappresentativo e come possa beneficiare di ulteriori momenti di tramite politico. Nella medesima prospettiva, di ricerca cioè di una *legittimazione democratica non tradizionale*, muove una ulteriore opinione rivolta a valorizzare il contributo (come visto, sempre più penetrante) della **giurisdizione**, e particolarmente delle giurisdizioni di vertice, chiamate a svolgere il ruolo di primi attori in «un meccanismo di *checks and balance* ispirato al pluralismo (e alla moltiplicazione) delle istanze giudiziarie: di un sistema, cioè, che, sebbene ancora nell'ottica della complementarietà e/o sussidiarietà, vede sempre più prepotentemente affiancarsi alle Consulte nazionali, la Corte di Giustizia dell'UE e la Corte EDU»¹⁶².

Rilevanti e notevoli sono i peculiari problemi del coinvolgimento della giurisdizione nel sistema di democratizzazione dell'Unione, sia sotto il profilo del globale ripensamento della separazione dei poteri sia per quanto concerne il fondamento delle decisioni democratiche (la libera volontà del potere costituito oppure canoni di razionalità materiale, tutti da determinare ed esplicitare¹⁶³); per contro, vengono (non del tutto senza ragione) valorizzati i pregi di tale opzione, primo fra tutti un maggiore legame della decisione con il fatto e quindi maggiori possibilità di

¹⁶⁰ Impiego qui la coppia concettuale più volte utilizzata "patologico-fisiologico", sempre per distinguere criticità che si riferiscono alla (erronea/inadeguata) messa in atto di un modello (ossia alla sua "patologia") e criticità che invece ritengo connaturate al modello stesso (ossia al suo fisiologico funzionamento, alla sua "fisiologia").

¹⁶¹ Tra le quali non può dimenticarsi il Consiglio, il quale pure riceve una legittimazione democratica, benché indiretta, da parte dei cittadini europei, come si è cercato di dimostrare *supra* anche in funzione dell'approdo argomentativo ora raggiunto.

¹⁶² DI GIOVINE, *Diritti insaziabili*, cit., p. 271. Si rinvia alle pagine 270 ss. di tale lavoro per una più completa illustrazione di questa prospettiva.

¹⁶³ In proposito, «viene lamentato il rischio che, assumendo come postulato di partenza, valori quali l'imparzialità, il consenso e la ragionevolezza, che dovrebbero invece rappresentare il *risultato* del percorso argomentativo, il modello possa surrettiziamente trascendere esso stesso in una forma di imperialismo morale» (così DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., p. 2273 s., corsivo nel testo, ove vd. in particolare nt 176).

impiego dell'equità giudiziale per aumentare il grado di adattamento del diritto oggettivo alla varietà dei casi concreti¹⁶⁴, avvicinando così non tanto il cittadino alla decisione quanto la decisione al cittadino, in una sorta di *pendent* tra minore partecipazione nella genesi della decisione e maggiore chance di tutela contro gli effetti concreti della stessa sulla posizione giuridica singolare.

Giova però interrompere qui il percorso di destrutturazione del *topos* del *deficit* democratico che si è tentato di tracciare *per augmentationem* nelle pagine precedenti, non potendosi (né parendo utile) dare conto di tutti i possibili esiti di questa ricerca di nuove forme democratiche che si pone oggi ancora come una terra di conquista per la dottrina penalistica che intenda indagare gli aspetti formali del principio di legalità in ambito europeo.

Appare invece utile fare un sintetico riepilogo delle conclusioni raggiunte.

4.2.1.5 *Alcune conclusioni.*

Il percorso che si è cercato di ricostruire nei precedenti paragrafi ha preso le mosse dalla considerazione per la quale la riserva di legge, identificata come corollario "storicamente condizionato" del principio di legalità, ne condivide la finalità garantistica e in tale finalità trova al contempo il suo fondamento e il suo limite.

Si è poi appurato come la riserva di legge soffra di sempre più importanti condizionamenti e tensioni all'interno dell'ordinamento nazionale, risentendo in particolare della prevalenza dell'asse governo-maggioranza all'interno del sistema parlamentare, con conseguente patologica compressione degli spazi di dibattito e partecipazione democratica che facevano sì che la riserva stessa potesse essere considerata il miglior luogo possibile dove concentrare le istanze di ponderazione e ampia condivisione delle scelte decisionali fondamentali per la convivenza civica.

Dopo aver richiamato i caratteri fondanti del sistema decisionale dell'Unione, si è allora soprattutto cercato di distinguere quali tra le critiche mosse alle supposte carenze democratico-garantistiche di tale sistema possedessero un carattere patologico rispetto a un sistema astrattamente idoneo a consentirle e quali invece incidessero su tale struttura in maniera tale da impedirle in radice di svolgere la funzione legalitaria.

¹⁶⁴ E non è forse un caso se in questo senso uno dei cardini della moderna crisi della legalità sia individuato nel venir meno della credibilità di una concezione normativa ferrea e stringente, che lascia invece il posto a un modello di «ponderazione che cerca di non ignorare le esigenze manifestate dalla concretezza della situazione, che cerca cioè una soluzione che non è sempre necessariamente pre-data ma deriva da una valutazione delle sue conseguenze sociali – di accettabilità sociale, di minore tensione, di coerenza con le opzioni strategiche – in un certo senso fatta *ex post* perché oltre lo schema rigido fornito dalla legge» (PALAZZO, *Legalità penale*, cit., p. 1287).

All'esito di tale indagine, ci si può spingere ad affermare che nessuna delle critiche mosse alla democraticità del sistema istituzionale dell'Unione è davvero idonea ad incidere sulla sua strutturale idoneità a raggiungere lo standard garantistico richiesto dal principio di legalità. Nessuna di esse, cioè, è in grado di minare la *validità* delle decisioni assunte nelle competenti sedi sovranazionali.

Persistono, invece, alcune criticità non fisiologiche al sistema bensì patologiche, le quali non inficiano la tenuta giuridica dello stesso ma penalizzano ancora in maniera non irrilevante le assai maggiori potenzialità che il medesimo sistema possiede nella direzione indicata. Tra queste, la perdurante distanza tra il cittadino europeo e l'assunzione delle decisioni vede contendersi il campo soluzioni le più diverse, ma orientate tutte a superare la tradizione concezione di democrazia rappresentativa per giungere¹⁶⁵ a configurare una democrazia a carattere deliberativo¹⁶⁶ ovvero¹⁶⁷ a prospettare un diverso e più penetrante coinvolgimento del potere giudiziario in prospettiva multilivello, con tutti gli evidenti problemi di ingerenza del potere giudiziario che ciò comporta. Il tutto arricchito dalla comune consapevolezza che la dimensione globale ha sovvertito i rapporti politici ed economici in maniera tale da rendere del tutto inattuale anche la classica ripartizione tra i poteri, dovendosi invece mirare a tutelare il cittadino dall'abuso di nuove e spesso (mi)sconosciute forze socio-economiche non più¹⁶⁸ rappresentate dal potere esecutivo e/o dal potere giudiziario.

È allora in assonanza con autorevole dottrina che si può concludere riaffermando che «le formulazioni illuministiche della legalità penale non reggono più il confronto con la prepotente realtà dei fatti» e che vi è «un'urgenza di comprendere che per salvare le sacrosante esigenze sottese alla legalità penale non basta più pigramente e illusoriamente insistere sul passato, ma occorre mettere mano al più presto al futuro. ... Cincischiare ancora con formula svuotate dai fatti rischia solo di rendere definitivamente irrecuperabili i valori sostanziali e profondi della legalità»¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Valorizzando la componente democratica della riserva di legge.

¹⁶⁶ Ovvero quella concezione di democrazia che non si sofferma tanto sul dato statistico della massimizzazione della partecipazione dei cittadini alla decisione politica ma si concentra sulla valorizzazione del processo decisionale e del metodo di raggiungimento e di giustificazione dell'intesa. Cfr. sul punto DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., p. 2272.

¹⁶⁷ Focalizzando l'attenzione sul nucleo garantistico della legalità.

¹⁶⁸ O, perlomeno, non solo.

¹⁶⁹ PALAZZO, *Legalità penale*, cit., p. 1280 s..

4.2.2 I corollari *astorici*: la conoscibilità e la prevedibilità del precetto.

Il fronte c.d. storico-universalistico del principio di legalità si compone di due sotto-principi, il primo inerente la “qualità” intrinseca della norma penale e il secondo la vigenza temporale della norma stessa¹⁷⁰.

Prendendo le mosse da primo di questi, deve rilevarsi che l’attenzione per gli aspetti “**qualitativi**” della norma attiene a quel nucleo proprio del garantismo legalitario in quanto concerne il rapporto tra il cittadino, le sue azioni e l’esercizio del potere, toccando in concreto la prevedibilità della risposta penale dell’ordinamento e pertanto la possibilità per il singolo di orientare le proprie azioni e, secondo la nota espressione, «esattamente calcolare gl’inconvenienti di un misfatto»¹⁷¹.

Questo nucleo fondativo è stato declinato in dottrina in diversi principi: anzitutto la *precisione* nella formulazione dei precetti, così da sottrarre quanto più possibile la determinazione del comando concreto al giudice, consentendone una ragionevole predeterminazione; la *determinatezza* dei fatti puniti, così che «l’interprete, nel ricondurre un’ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile»¹⁷²; la tassatività delle ipotesi delittuose, affinché al legislatore prima, e al giudice poi, sia inibito consentire od operare estensioni analogiche *in malam partem*.

Come detto, il corollario storico della legalità trova esplicito fondamento nell’art. 7 Convenzione EDU e nell’art. 49, par. 1, CDFUE: è proprio a partire da queste disposizioni, e segnatamente (per le ragioni che si illustreranno subito *infra*) dalla giurisprudenza della Corte EDU, che le suddette garanzie «via via sono state distillate, anzitutto, a partire dal “testo scarno” dell’art. 7 CEDU (“*Nessuna pena senza legge*”), un principio che ... si iscrive tra gli *inviolable core rights*, ossia in quel “nucleo duro” ... che nel sistema convenzionale non ammette alcuna deroga»¹⁷³.

Nel sistema convenzionale, come evidenziato da più parti in dottrina, «i contorni di ciò che specificamente attiene alla legalità, alla precisione, alla determinatezza, alla tassatività e all’irretroattività si perdono e tutto confluisce nel valore garantistico fondamentale dell’esclusione

¹⁷⁰ Così ad esempio BERNARDI, *I principi di sussidiarietà*, cit., p. 39.

¹⁷¹ Cfr. *supra*, nt. 27.

¹⁷² C. cost., 8 giugno 1981, n. 69, richiamata in MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 164, nt. 3.

¹⁷³ MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in MANES, ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione*, cit., p. 28.

d'imprevedibili soperse da parte delle autorità pubbliche, giudici compresi, nei confronti dei diritti e delle libertà individuali»¹⁷⁴. Tutti i corollari universalistici possono pertanto essere apprezzati unitariamente nella giurisprudenza EDU sotto forma di accessibilità della norma e prevedibilità dell'esito applicativo.

La *prospettiva convenzionale* risulta particolarmente determinante ai nostri fini per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo¹⁷⁵, la Corte EDU è il soggetto che da più tempo e con risultati ermeneutici più avanzati affronta il tema della legalità avendo quali interlocutori e destinatari numerosi Paesi con tradizioni costituzionali e normative diverse, e ha potuto (e dovuto) sviluppare un "linguaggio comune" in una materia tanto delicata e cruciale per il rispetto dei diritti fondamentali; in secondo luogo¹⁷⁶, in ragione del più volte richiamato meccanismo di "comunicazione" tra sistema UE e sistema convenzionale, l'interpretazione dell'art. 49, par. 1, CDFUE, e più in generale della tutela della legalità nell'ordinamento dell'Unione non può prescindere dal livello di protezione garantito dalla CEDU, eventualmente promuovendo un grado di tutela più elevato.

Tuttavia, per ragioni di carattere contingente, «sino a quando l'Unione non ha posseduto una propria disposizione in tema di legalità penale, i giudici di Lussemburgo non hanno sfruttato le possibilità offerte né dalle «tradizioni costituzionali comuni» né dallo stesso art. 7 CEDU per sviluppare i corollari legalistici concernenti le ... «qualità» delle fonti penali»¹⁷⁷. *Con l'importante eccezione della retroattività in mitius*¹⁷⁸, *il livello di tutela di tali corollari è nel sistema dell'Unione del tutto allineato agli approdi conseguiti in sede convenzionale, con anzi alcune pronunce di dubbia compatibilità tanto con lo standard offerto in sede nazionale quanto con la giurisprudenza di Strasburgo.*

Conviene quindi ripercorrere con opportuna sintesi il contenuto di tali approdi, per soffermarsi brevemente su alcuni aspetti critici. Poiché inoltre l'esame dell'accessibilità e della prevedibilità della norma penale è necessariamente un giudizio in concreto, deve trarsi la conclusione contraria rispetto a quanto dedotto in merito al versante democratico-procedimentale della legalità in punto di applicabilità del *freno d'emergenza*: tale istituto, infatti,

¹⁷⁴ ZAGREBELSKY, *La Convenzione*, cit., p. 107.

¹⁷⁵ Si direbbe: dal punto di vista dell'autorevolezza.

¹⁷⁶ Dal punto di vista della vincolatività.

¹⁷⁷ BERNARDI, *I principi di sussidiarietà*, cit., p. 45.

¹⁷⁸ Sulla quale cfr. il par. seguente.

essendo focalizzato sulla violazione in concreto dei principi fondativi della legislazione penale nazionale, può ben essere impiegato quando la singola disposizione o il singolo strumento contravvengano a tali parametri. È infine per il medesimo motivo che, a seguito della predetta sintesi, appare opportuno rinviare sin d'ora alla disamina casistica che ha costituito l'oggetto del capitolo terzo del presente lavoro, ove si è cercato di apprezzare (fra l'altro) anche il concreto rispetto dei parametri di legalità sostanziale che sono ora in rassegna.

Il sistema convenzionale si caratterizza, come noto, per una forte (e necessitata¹⁷⁹) **autonomia concettuale e definitoria**. Nell'ambito di tale autonomia, sono state elaborate nozioni specifiche di concetti fondamentali per il tema qui in parola, come si tenterà ora di schematizzare:

- la nozione di "legge", innanzitutto, è del tutto svincolata dalla fonte formale e dai profili procedurali che nei singoli sistemi nazionali distinguono la legge da altre fonti del diritto, «così da ricomprendere ogni testo normativo di qualunque livello nella gerarchia nazionale delle norme»¹⁸⁰. Di più, nel concetto di "legge", anche in considerazione degli ordinamenti di *common law* che sono Parte della Convenzione, è ricompresa anche la giurisprudenza, e ciò accade in due sensi: il primo e più intuitivo, è quello che valorizza la presenza della giurisprudenza nella gerarchia delle fonti di produzione del diritto negli ordinamenti di *common law* e in tutti quegli ordinamenti che consentono, in maniera più o meno esplicita, la determinazione creativa delle norme da parte del giudice; in un secondo senso, poi, che riguarda tutti i Paesi compresi quelli di più stretta *civil law*, la Corte riconosce l'immancabile elemento di interpretazione giudiziale che caratterizza il passaggio dalla norma astrattamente intesa alla regola del caso concreto¹⁸¹. Per il sistema convenzionale, pertanto, è il complesso costituito dalla disposizione normativa e dalla sua applicazione giudiziale, se del caso compresa mediante l'aiuto di consulenti e professionisti, ad assumere unitariamente la qualifica di "legge";

- del pari, la Corte EDU ha individuato una nozione autonoma anche di "*materia penale*". Posto infatti che il diritto penale non è, in senso stretto, una materia, nel senso che esso non

¹⁷⁹ In vista del già richiamato fine di poter dialogare e spiegare effetti in ciascuno degli oggi quarantasette Stati parte della Convenzione. «L'unico scopo che muove la Corte europea – e ne delimita la legittimazione in proposito – è di identificare nozioni *utili* al fine dell'applicazione della Convenzione» (così, ad es., ZAGREBELSKY, *La Convenzione*, cit., p. 76, corsivo aggiunto).

¹⁸⁰ ZAGREBELSKY, *La Convenzione*, cit., p. 77, ove, in nt. 10, si ricorda come la Corte EDU abbia incluso nel novero delle leggi le regole disciplinari di un ordine professionale tedesco e le delibere dell'italiano CSM.

¹⁸¹ Si consideri infatti che la Corte, giudicando assai frequentemente su ricorsi individuali, si trova di fronte a casi concreti, nei quali a essere assunta quale supposta violazione convenzionale è proprio la concreta applicazione che l'ordinamento nazionale abbia fatto di una data norma, vuoi perché erroneamente applicata vuoi perché convenzionalmente incompatibile essa stessa.

possiede un oggetto predeterminato ma si atteggia a strumento di protezione di qualsivoglia¹⁸² interesse, afferente a qualsiasi ramo dell'ordinamento, i sistemi nazionali tendono a impiegare criteri formalistici per distinguere ciò che è penale da ciò che non lo è. Poiché la Corte EDU non può utilizzare la stessa prospettiva¹⁸³, essa ha elaborato un set di criteri a carattere sostanziale che le consentono di verificare se la norma sottoposta al suo (indiretto) sindacato sia o meno soggetta all'art. 7 CEDU. Tali criteri, noti come "criteri Engel" dalla notissima pronuncia nella quale sono stati elaborati¹⁸⁴, sono i seguenti: «a) la sanzione consegue ad una "infrazione" e non ha invece carattere preventivo; b) la qualificazione penalistica che sia prevalente nei diversi Stati contraenti, quando questa non sia già espressa dal sistema normativo nazionale; c) la natura stessa della infrazione, consistente nella violazione di un precetto rivolto alla generalità dei cittadini e non ad una speciale categoria di essi; d) la natura punitiva (e non risarcitoria o restitutoria) e la gravità della sanzione (particolarmente la privazione della libertà e la sanzione pecuniaria¹⁸⁵), diretta a fini preventivi e repressivi»¹⁸⁶.

Muovendo da tali autonome definizioni, la Corte è stata ad esempio chiamata a giudicare della prevedibilità del mutamento giurisprudenziale in relazione a una vetusta causa di non punibilità fondata, nel diritto inglese di *common law*, su risalente e mai smentita giurisprudenza: il riferimento è al notissimo caso *S.W. c. Regno Unito*¹⁸⁷, ove il ricorrente lamentava la negazione della causa di non punibilità del c.d. *marital rape*, motivata dalle Corti nazionali sulla base di una conclamata non più attuale aderenza con l'evoluzione della coscienza sociale, e ove la Corte di Strasburgo ha confermato tale esito ritenendo l'evoluzione giurisprudenziale ragionevolmente prevedibile alla luce dei mutati assetti dei rapporti familiari propria del tessuto sociale del

¹⁸² Almeno ad una prima approssimazione.

¹⁸³ In primo luogo, perché, come già rilevato, si deve rapportare con quarantasette sistemi diversi; in secondo luogo, perché il criterio formale consentirebbe agli Stati parte di sottrarsi alle censure della Corte *sub* art. 7 mediante una semplice "truffa delle etichette" (l'espressione è diffusa; cfr. ad es., ZAGREBELSKY, *La Convenzione*, cit., p. 85).

¹⁸⁴ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, ric. n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72.

¹⁸⁵ È noto in particolare come nel nostro sistema la natura gravemente afflittiva della sanzione pecuniaria sia fatta derivare dall'astratta possibilità di sua conversione nelle forme della libertà controllata e del lavoro sostitutivo, comunque lesive della libertà personale, almeno in potenza; nel sistema convenzionale, invece, in ragione del rilievo primario che il diritto di proprietà riveste nell'architettura assiologica della CEDU, tale passaggio non è necessario e non vi è ulteriore esigenza di giustificare la gravità della lesione dei diritti del reo.

¹⁸⁶ Per brevità si è inteso mutuare la sintesi dei criteri dall'autorevole contributo di ZAGREBELSKY, *La Convenzione*, cit., p. 85 s. In giurisprudenza i "criteri Engel" sono ripresi ad es. da Corte EDU, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/01, e dalla notissima Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e a. c. Italia*, ric. n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10. Vd. inoltre BERNARDI, *Commento all'art. 7*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001.

¹⁸⁷ Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92.

ricorrente. Ancora, in termini di tassatività, la Corte ha affermato, in linea peraltro con il prevalente orientamento dei tribunali costituzionali nazionali¹⁸⁸, che la qualità di una legge svizzera in materia di pubblicazioni oscene fosse sufficiente a garantirne una sufficiente “prevedibilità sociale” a discapito dell’inevitabile grado di genericità dei concetti attinenti la moralità pubblica¹⁸⁹. Ancora, sul diverso fronte dei c.d. “illeciti artificiali”, la Corte ha affermato che non possa essere applicata al singolo un’opzione ermeneutica nuova rispetto all’orientamento vigente all’epoca della commissione del fatto quando il *revirement* non poteva essere previsto neppure con l’ausilio di consulenza professionale e quando non fosse possibile, per l’indole appunto “artificiale” dell’illecito, percepirne in via autonoma la censurabilità¹⁹⁰. Sul fronte dell’accessibilità, inoltre, la Corte ha affermato che non vengono in rilievo le specifiche modalità formali con le quali la norma viene portata a (potenziale) conoscenza del singolo bensì il complessivo risultato informativo¹⁹¹.

Con più recente e peculiare arresto, la Corte ha poi addirittura tratto dall’art. 7 CEDU l’esigenza che la norma penale sia qualitativamente caratterizzata in modo tale da rendere verificabile l’esistenza «di un nesso psicologico tra il soggetto agente e la violazione»¹⁹², introducendo nel tessuto convenzionale il *principio di responsabilità colpevole* mediante la riconduzione di tale principio alle medesime radici garantiste della legalità¹⁹³. Tale operazione ha l’effetto di offrire al principio di colpevolezza «un “ancoraggio” diverso rispetto, ad esempio, a quello del contesto italiano – dove il *nullum crimen sine culpa* si deriva tratteggiatamente da una lettura sistematica del principio di personalità della responsabilità penale e del principio rieducativo»¹⁹⁴. Se tale arresto rappresenti il definitivo superamento della giurisprudenza con la quale la Corte EDU consentiva (in ragione dell’assenza di un’espressa indicazione di segno contrario nel testo convenzionale) forme di responsabilità oggettiva è presto per dirlo; ma certamente la pronuncia segna un’importante svolta nell’interpretazione evolutiva del testo dell’art. 7 CEDU, per la quale via «potrebbero essere almeno in parte soddisfatte le pretese di quei

¹⁸⁸ Cfr. ad es., C. cost., 16 dicembre 1970, n. 191.

¹⁸⁹ Il riferimento è a Corte EDU, 24 maggio 1988, *Müller e a. c. Svizzera*, ric. n. 10737/84.

¹⁹⁰ Corte EDU, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02.

¹⁹¹ Il riferimento è a Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ric. n. 6538/74.

¹⁹² ZAGREBELSKY, *La Convenzione*, cit., p. 74.

¹⁹³ Il riferimento è a Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi Srl e a. c. Italia*, ric. n. 75909/01.

¹⁹⁴ MANES, *La lunga marcia*, cit., p. 30, con riferimenti anche al diritto tedesco.

giuristi che in merito al principio di colpevolezza sembrano non accontentarsi dell'acceso contenuto all'art. 48.1 della Carta dei diritti fondamentali UE»¹⁹⁵.

Senza voler indugiare oltre sulla disamina della giurisprudenza CEDU in materia, può concludersi riaffermando che per il giudice di Strasburgo, e pertanto anche nell'ordinamento dell'Unione, «la prevedibilità della norma penale ... si configura ... come risultante di due ulteriori criteri qualitativi, rispettivamente afferenti al momento genetico ed al momento interpretativo della fattispecie: la determinatezza e l'interpretazione ragionevole»¹⁹⁶.

Tale approccio è stato *fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte di giustizia*, prima con l'affermazione¹⁹⁷ del divieto di interpretazione estensiva/analogica¹⁹⁸ e poi con l'estensione delle garanzie legalistiche ad «ogni disposizione di diritto comunitario che impone o consente di imporre sanzioni»¹⁹⁹, affermando infine che ai fini della valutazione della prevedibilità in concreto dell'esito applicativo deve farsi riferimento non solo ai canoni di legge scritta ma anche alla prassi applicativa degli organi chiamati a determinare l'ammontare delle sanzioni.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, si è tuttavia segnalata una serie di sentenze in materia di *sanzioni amministrative nel settore della concorrenza*, le quali «restituiscono una sensazione di complessiva scarsa attenzione al principio di legalità»: ivi la Corte di giustizia afferma infatti che le imprese coinvolte in una procedura sanzionatoria in detto settore «devono tener conto della possibilità che, in qualsiasi momento, la Commissione decida di aumentare il livello delle ammende rispetto a quello applicato in passato»²⁰⁰. La complessiva lettura della pronuncia citata non aiuta a dare ragione di tale conclusione, la quale appare – soprattutto alla luce dei paragrafi limitrofi – sostanzialmente apodittica nell'affermare non imprevedibile un aumento...prevedibile. Può in proposito solo auspicarsi che la Corte acquisisca sempre maggiore dimestichezza con

¹⁹⁵ BERNARDI, *I principi di sussidiarietà*, cit., p. 65.

¹⁹⁶ MARTUFI, *Qualità intrinseche*, cit., p. 433.

¹⁹⁷ Ad es. la nota CGCE, 12 dicembre 1996, C-74/95 e C.129/75, *Procedimenti penali a carico di X*.

¹⁹⁸ Si è infatti rilevato in dottrina che le sentenze che negano la possibilità per le direttive, di per sé e indipendentemente da una legge nazionale di attuazione, di avere l'effetto di fondare o aggravare la responsabilità penale di un soggetto, «sembrano risentire delle difficoltà nel distinguere tra analogia e interpretazione estensiva» (BERNARDI, *I principi di sussidiarietà*, cit., p. 46; vd. anche la letteratura ivi citata in nt. 117). Riprova ne è la stessa sentenza CGCE, 12 dicembre 1996, citata alla nota precedente, ove si afferma che il divieto di interpretazione estensiva *in malam partem* sarebbe fondato sulle tradizioni costituzionali comuni e sull'art. 7 CEDU, nei quali tuttavia non si vieta affatto l'interpretazione estensiva bensì l'effetto (interpretativo o analogico) *imprevedibile* di tale operazione giudiziale (per questa osservazione vd. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà*, cit., p. 49, nt. 130).

¹⁹⁹ MARTUFI, *Qualità intrinseche*, cit., p. 437. Cfr. ad es., CGUE, 22 maggio 2008, C-266/06, *Evonik Degussa*.

²⁰⁰ Così la più citata di tali sentenze, CGUE, 28 giugno 2005, C-189/02, C-202/02, C-205/02, C-206/02, C-207/02, C-209/02 e C-213/02, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, punto 229.

l'assunto che i parametri legalistici in discorso non sono suscettibili di violazioni, né in tempo di guerra e neppure in favore di un *amicus curiae* come la Commissione, né in ambito strettamente penale e neppure quanto a sanzioni amministrative pacificamente gravate da stigma afflittivo.

Alla luce del quadro sinteticamente tratteggiato nelle pagine che precedono, si può passare ora a valutare non già quale sia l'interpretazione che il supremo organo giurisdizionale dell'Unione dà (e, ragionevolmente, darà) al principio di legalità e ai suoi corollari di accessibilità e prevedibilità bensì al punto di vista del legislatore europeo. L'intento è quello di comprendere in primo luogo se le sopradescritte esigenze qualitative della norma penale (perlomeno di quella scritta di provenienza europea) siano avvertite dagli organi dell'Unione, potendosi pertanto attendere la relativa applicazione; e in secondo luogo quello di riflettere su quali siano i limiti di applicazione dei suddetti principi nell'odierno quadro normativo, nel quale il legislatore europeo non possiede²⁰¹ che una competenza a emanare "norme minime" in materia penale.

A riscontro del primo quesito, già si è visto che esistono diversi strumenti di *soft law*, taluni specificamente inerenti la materia penale, mediante i quali alcune istituzioni effettuavano dichiarazioni di intenti circa il loro futuro comportamento quali attori del processo di produzione normativa dell'Unione. Si tratta ad esempio della Risoluzione del Consiglio dell'8 giugno 1993, «relativa alla qualità redazionale della legislazione comunitaria»²⁰²; dell'Accordo interistituzionale del 22 dicembre 1998 «sugli orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della legislazione comunitaria»²⁰³; del Progetto interistituzionale «Legiferare meglio»²⁰⁴; e, ancora, della «Joint Practical Guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in the drafting of European Union legislation»²⁰⁵.

Specificamente dedicati alla materia penale sono invece i riferimenti alla qualità della legislazione europea di terzo pilastro, in particolare quanto alla precisione della terminologia impiegata, alla facilità di accesso dei testi e alla coerenza interna ed esterna tra questi, operati dal già citato Programma di Stoccolma²⁰⁶.

²⁰¹ O perlomeno non pare possedere (cfr. *supra*, par. 1.2.3).

²⁰² In GUUE C 166 del 17 giugno 1993.

²⁰³ In GUUE C 73 del 17 marzo 1999.

²⁰⁴ In GUUE C 321 del 31 dicembre 2003.

²⁰⁵ Pubblicata, in lingua inglese e francese, dalle direzioni generali dei servizi giuridici delle tre istituzioni, in una prima edizione nel 2003 e in una seconda nel 2013, quest'ultima disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/techleg/index.html> (url consultato il 10 febbraio 2015).

²⁰⁶ *Ivi*, p. 14.

Di particolare importanza, in proposito, si rivelano alcuni *documenti preparatori*²⁰⁷ redatti nel 2009 in seno al Consiglio²⁰⁸, e recanti orientamenti e linee guida sulla futura attività normativa in materia penale. Senza pretesa di completezza, in essi si legge la preoccupazione che la frammentazione della discussione politica nei vari organi del Consiglio «may result in incoherent and inconsistent use of criminal provisions in EU legislation», e che «provisions negotiated in different bodies within the Council might unjustifiably deviate from wording that is normally used in EU criminal legislation as well as in international instruments in the field of criminal law, thus creating unnecessary difficulties of interpretation of EU law and problems for national legislators in the process of implementation», e l'invito a che «the description of conduct which is identified as punishable under criminal law must be worded precisely in order to ensure predictability as regards its application, scope and meaning».

Potendosi quindi concludere positivamente²⁰⁹ sul fatto che le istituzioni, o almeno il Consiglio, abbiano presenti le esigenze proprie del principio di accessibilità/prevedibilità delle norme penali, si deve ora indagare fino a quale punto la norma europea possa/debba possedere tali caratteristiche. Il problema non è di poco momento: punti fermi della questione sono l'elevato rango del principio in rassegna, il carattere di norme minime attribuito al contenuto delle direttive penali dall'art. 83 TFUE e la tendenza dei legislatori nazionali a dare esecuzione alle norme minime (che spesso minime non sono) mediante la mera trascrizione delle stesse in una fonte formale di origine nazionale, anche per evitare rischi in termini di infrazione.

In proposito si contendono il campo²¹⁰ *due diverse prospettive*.

²⁰⁷ Segnatamente: doc. 14162/09, JAI 654, DROIPEN 118, del 9 ottobre 2009; doc. 16542/1/09 rev 1, JAI 868, DROIPEN 160, del 25 novembre 2009; e doc. 16798/09, JAI 886, DROIPEN 163, del 27 novembre 2009, tutti richiamati da BERNARDI, *I principi di sussidiarietà*, cit., p. 52, nt. 141.

²⁰⁸ Si sarebbe tentati di osservare come sia appunto il Consiglio a porsi giusti quesiti inerenti la qualità delle norme penali, Consiglio rappresentato come l'organo che partecipando alla produzione normativa in materia penale renderebbe persistente il supposto *deficit* di democraticità dell'Unione: i profili, beninteso, sono diversi, ma alla luce delle conclusioni raggiunte nel precedente paragrafo, appare più importante ai fini di un futuro sviluppo del diritto penale europeo la prospettiva qui richiamata nel testo piuttosto che la pigra reiterazione delle surriferite censure. In ogni caso non risultano adottati simili atti né da parte della Commissione (che pure si è preoccupata, cfr. *supra*, in nt. 21, delle coordinate di sviluppo della *politica* penale europea, altro tema di evidente crucialità) né da parte del Parlamento.

²⁰⁹ La conclusione non paia ingenua: l'astratta consapevolezza e le dichiarazioni d'intenti non significano certo che tali intenti vengano poi messi in pratica, come anche dimostrano i risultati della breve indagine condotta al capitolo terzo. Tuttavia anche le dichiarazioni programmatiche hanno un peso, soprattutto nell'equilibrio interistituzionale, fornendo argomenti (anche in eventuali future sedi giurisdizionali) per lamentarne il mancato rispetto e pretenderne l'ottemperanza.

²¹⁰ Come detto, muovendo dalla considerazione – accettabile in sede di prima approssimazione – per la quale l'Unione non possenga competenza penale diretta, non si affronteranno gli alquanto diversi problemi che ingenera sul punto l'eventuale previsione di una norma incriminatrice in una fonte regolamentare. In proposito si può tuttavia

Si è inizialmente affermato che l'Unione non sarebbe in alcun modo soggetta all'operatività di tali principi, per la ragione per la quale norme non self-executing (come necessariamente sono le norme penali portate da direttive) non entrerebbero mai in diretto contatto con la fattispecie concreta e quindi non contribuirebbero direttamente a determinare la percezione di liceità/illiceità nel cittadino destinatario del comando penale né avrebbero un ruolo di qualche rilievo nella determinazione degli effetti tipici dello stigma sanzionatorio penale.

Una seconda e successiva opinione, *confortata dalla posizione espressa dalla Commissione nella già ricordata Comunicazione del 20 settembre 2011*²¹¹, ritiene invece che anche le norme europee debbano possedere chiarezza e precisione redazionale ma in misura non paragonabile a quella pretesa dagli organi nazionali chiamati a darvi attuazione concreta²¹². Questa conclusione risulta mediana tra due esigenze contrastanti: da un lato, quella di lasciare al legislatore nazionale un sufficiente margine di discrezionalità nell'attuazione della misura, che diversamente diverrebbe non già di armonizzazione ma di unificazione, rivelandosi un atto adottato *ultra vires* e quindi illegittimo all'interno della ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri cristallizzato nei Trattati; dall'altro lato, l'esigenza di fornire agli stessi legislatori nazionali la chiarezza necessaria per comprendere i risultati che sono chiamati ad attuare²¹³.

All'interno di questo quadro si colloca *l'ulteriore profilo, patologico, che vede molti legislatori nazionali attuare le direttive (e, precedentemente, le decisioni quadro) in materia penale mediante trasposizione testuale del contenuto*²¹⁴, noncuranti del suo grado di precisione/tassatività/determinatezza e preoccupati solo di minimizzare il rischio di essere chiamati a rispondere per mancata o errata esecuzione degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione. In tal modo, fra l'altro, le istituzioni europee sono spinte ad aggravare il tasso di precisione dei testi adottati così da ridurre il rischio che i legislatori nazionali, trasponendo

affermare che tali regolamenti non potranno non possedere tutte le caratteristiche che deve possedere una norma penale di origine nazionale.

²¹¹ Cfr. *supra*, nt. 21.

²¹² Cfr. ad es. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà*, cit., pp. 53 ss..

²¹³ «Il principio della certezza del diritto impone che la condotta da considerarsi criminosa sia definita chiaramente» (così la Commissione nel citato documento, p. 9).

²¹⁴ Quanto tale condotta sia censurabile, oltre che illegittima, è evidenziato da più parti in dottrina. Tra gli altri, cfr. KAIJAFI-GBANDI, *The importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, in *Eur. Crim. Law Rev.*, 1/2011, p. 27, ove l'Autrice rileva che «to clearly delimit a minimum core of the conduct to be proscribed ... would pose a dilemma to national legislators: either to unilaterally adopt a precise definition and risk diverging from the actual objective of the EU, which the European legislator did not adequately describe; or fail to give a clear description of the offense, thereby violating the principle of *n.c.s.l. certa*», e che è proprio in ragione di tali timori che è prevedibile che gli Stati membri traspongano le direttive penali alla lettera, ciò che «would constitute an outright breach of the principle of legality».

verbatim, rendano ineffettiva l'istanza di criminalizzazione in ragione dell'indeterminatezza delle disposizioni penali risultanti e/o che immettano negli ordinamenti nazionali delle norme destinate ad essere vittima di censure di invalidità, con il risultato di essere sterilizzate da solerti interpretazioni adeguatrici o addirittura sottoposte al vaglio di qualche giurisdizione costituzionale particolarmente sensibile.

Anche i redattori del più volte citato *Manifesto per una politica criminale europea* condividono questo approccio, riconoscendo come «l'esercizio sussidiario di competenze di armonizzazione penale dell'Unione Europea comporti necessariamente margini di attuazione per gli Stati membri – e pertanto un certo grado di indeterminatezza degli atti giuridici europei» e richiedendo in proposito *un graduale incremento della determinatezza in funzione dell'obiettivo, di armonizzazione o di unificazione*, prefissato: «quanto minori siano i margini di attuazione lasciati agli Stati membri dagli atti giuridici di armonizzazione, tanto più dovranno tali atti soddisfare di per sé anche le istanze europee di determinatezza. Qualora un atto giuridico europeo sia indirizzato alla unificazione (“piena armonizzazione”) delle disposizioni penali degli Stati membri, tale atto dovrà osservare in quanto tale, come se fosse una fattispecie penale, il principio europeo di determinatezza»²¹⁵.

Ulteriore problema è poi rappresentato dall'eventuale rinvio che la norma penale nazionale (adottata su iniziativa europea o meno poco importa) operi verso un'altra norma, europea, che non posseda di per sé natura penale: non sono infatti infrequenti i casi nei quali il legislatore nazionale ritenga opportuno o sia obbligato a proteggere mediante una norma penale una prescrizione sostanziale di carattere extrapenale e contenuta in un atto normativo europeo, normalmente dotato di applicabilità diretta. La tutela penale delle norme regolamentari solleva infatti un importante problema di precisione e tassatività, essenzialmente per il fatto che essa viene originariamente elaborata senza che il legislatore si sia prefisso la sua incorporazione, mediante rinvio, in un precetto penale: nonostante ciò, appare «ovvio [che] il precetto regolamentare UE «votato a forme di tutela nazionale a carattere criminale» dovrà possedere un livello di determinatezza consono al suo «destino penale»»²¹⁶. In mancanza, il principio di determinatezza della norma penale sarà messo in gioco in maniera scoperta e diretta, non fornendo alternativa all'interprete che quella di sollevare questione di validità del regolamento

²¹⁵ Così il *Manifesto*, cit., *sub par.* 4, lett. a), della prima parte.

²¹⁶ BERNARDI, *I principi di sussidiarietà*, cit., p. 60.

avanti la Corte di Lussemburgo, perlomeno nella misura in cui costituisca oggetto di un obbligo di incriminazione.

4.2.3 (segue): l'efficacia della legge penale nel tempo.

Secondo e ultimo profilo afferente allo studio dei corollari storici-universalistici della legalità è quello dell'**efficacia della norma penale nel tempo**.

Due sono le dinamiche con le quali il rapporto tra norma penale e tempo può venire in rilievo: quella più classica è senza dubbio rappresentata dal divieto di retroattività *in pejus*, che costituisce precipitato diretto dell'esigenza di prevedibilità delle conseguenze delle azioni individuali che deve essere inderogabilmente garantito al cittadino; specularmente alla prima, ma sorretta da giustificazioni pressoché opposte, è l'esigenza di dare applicazione retroattiva a norme più favorevoli al reo, esigenza che è recentemente stata fatta oggetto di un'importante evoluzione giurisprudenziale di cui si darà sinteticamente conto.

4.2.3.1 Il divieto di retroattività *in pejus*.

Il principio di irretroattività *in pejus*, come si è anticipato, affonda le radici nel nucleo centrale della legalità garantista, recepito pacificamente nell'ordinamento europeo, inizialmente per tramite dell'art. 7 CEDU e dei principi fondamentali comuni agli Stati membri, come ad esempio affermato nella risalente sentenza *Kirk*²¹⁷. Solo successivamente, come già si è osservato, il contenuto precettivo dell'art. 7 CEDU è stato trasfuso nell'art. 49, par. 1, CDFUE, senza alcuna rilevante modifica contenutistica.

Non giova quindi soffermarsi sulla portata e sulla valenza del corollario di irretroattività nei sistemi nazionali degli Stati membri né nel sistema europeo. Più utile è far cenno a taluni profili, in parte già emersi, che sembrano invece confliggere con l'apparentemente granitica tenuta del suddetto principio.

Innanzitutto viene in considerazione l'art. 49, par. 2, CDFUE, ove si prevede che «Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni»²¹⁸.

²¹⁷ CGCE, 10 luglio 1984, causa 63/83, *Kirk*, in particolare il punto 22 *in diritto*: «Il principio della irretroattività delle norme penali è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli stati membri, sancito dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come un diritto fondamentale, che fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte deve garantire l'osservanza».

²¹⁸ Il parallelo con il secondo periodo dell'art. 7 CEDU è quasi testuale: «Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili» specie se si considera che le già citate *Spiegazioni* alla Carta si affrettano a precisare che «Si è semplicemente soppresso al

La dottrina si è interrogata sul significato e sulla portata della deroga, sostenendosi posizioni differenziate cui appare opportuno qui fare cenno²¹⁹. Vi è innanzitutto chi ritiene che la norma si riferisca anche ai c.d. crimini internazionali, ovvero a quelli previsti dall'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia²²⁰. Altri invece ritiene che tra questi ultimi solo i crimini previsti dai principi generali comuni siano sottratti alla garanzia di irretroattività, mentre «i crimini di matrice convenzionale o consuetudinaria sono assoggettati ai vincoli sanciti dall'art. 7, comma 1, CEDU»²²¹. Un'ulteriore opinione, poi, «muovendo dalle decisioni (tutte di irricevibilità) emesse dagli organi della Convenzione»²²², si domanda se «La retroattività dei crimini secondo i principi generali di diritto [costituisca] eccezione o riaffermazione del principio»²²³ di irretroattività, valorizzando una sostanziale preesistenza dei crimini stessi ai fatti della Seconda Guerra mondiale, anche sulla base della più generale preesistenza dell'intangibilità della difesa della dignità umana. Una posizione più estrema²²⁴, muovendo dalla considerazione che «this provision is formulated in a general way ... evidently ... in particular to enable the application of the national and international legislation enacted during and after World War II», rileva che a meno di utilizzare una lettura restrittiva dei concetti di «general principles of law» e di «civilised nations» divenga «very difficult to establish with any accuracy what offences are meant by Article 7(2)», nelle quali offese potrebbero addirittura essere ricompresi tutti i crimini che ledono i diritti fondamentali dell'uomo previsti dalla Convenzione²²⁵, con un evidente cortocircuito col il primo paragrafo di ciascuna delle due norme in rassegna.

paragrafo 2 il termine «civili»; *la soppressione non implica nessun cambiamento del senso del paragrafo*, che contempla in particolare i crimini contro l'umanità. Conformemente all'articolo 52, paragrafo 3, questo diritto ha *significato e portata identici* al diritto garantito dalla CEDU» (p. 15, corsivi aggiunti).

²¹⁹ Si seguirà la preziosa sintesi offerta da DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., pp. 2219 ss., cui si rimanda per approfondimenti anche bibliografici.

²²⁰ Ovvero le convenzioni, la consuetudine e i principi di diritto. In tal senso BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, 1999, pp. 7 e 55, richiamato in DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., p. 2220, nt. 50.

²²¹ BERNARDI, *Commento*, cit., p. 268.

²²² DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., pp. 2220.

²²³ ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, Torino, 2008, p. 316.

²²⁴ VAN DIJK, VAN HOOF, *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, Den Haag, 1998, p. 487, richiamato in DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., p. 2221, nt. 58.

²²⁵ «One could think in this context, in particular, of the right to life and to the physical and psychological integrity of the person, the prohibition of slavery and torture, and the prohibition of racial discrimination», VAN DIJK, VAN HOOF, *Theory*, cit., p. 488. Dal medesimo luogo e dalle pagine precedenti sono tratte tutte le altre precedenti citazioni nel testo.

Tale quadro, dal quale potrebbe concludersi che «la tenuta del *nullum crimen sine lege* esca ... fortemente indebolita»²²⁶, presenta un grado di incertezza per così dire “latente”, nel senso che – non ponendosi il problema della retroattività per crimini commessi nei decenni più recenti²²⁷ – un’interpretazione *lata* potrebbe favorire un processo di “politicizzazione” di tale deroga in situazioni di particolare allarme sociale come ad esempio un eventuale intensificarsi della minaccia terroristica²²⁸.

Un secondo profilo problematico è già stato evidenziato *supra* dal punto di vista della prevedibilità dell’incriminazione²²⁹ ma esso rileva specularmente anche (e soprattutto) sotto il profilo dell’irretroattività: il ragionamento della Corte di giustizia, infatti, si distacca dal classico impiego dell’argomento prevedibilità, solitamente impiegato con riferimento alla legittimità di mutamenti di carattere giurisprudenziale²³⁰, per giustificare quella che è invece una vera e propria modifica della disposizione normativa con efficacia retroattiva *in malam partem*.

Si potrebbe essere tentati di sminuire la rilevanza di tali pronunce per diverse ragioni: innanzitutto perché si tratta di sanzioni *amministrative*, inerenti la *concorrenza* e irrogate dalla *Commissione*, ovvero di una situazione nella quale una relativamente bassa lesività sanzionatoria incontra un settore che costituisce il cuore dell’implementazione delle politiche europee e che vede protagonista un organo le cui deliberazioni posseggono un importante componente tecnica e pertanto obiettiva.

La tentazione, oltre a scontrarsi con l’evidente obiezione che tutti questi rilievi si fondano su ragioni manifestamente extragiuridiche, viene abbandonata non appena ci si avvicina alla motivazione adottata dalla Corte in proposito, il cui grado di apoditticità si è già denunciato e che ora vale la pena di ripercorrere brevemente.

²²⁶ DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., p. 2223.

²²⁷ Cfr. Corte EDU, 22 marzo 2001, *K.-H. W. c. Germania*, ric. n. 37201/97, e la coeva *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, ric. n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, entrambe inerenti episodi di omicidio relativi a tentativi di attraversamento della frontiera tra Berlino Est e Berlino Ovest, pronunce nelle quali la Corte ha ritenuto che l’incriminazione fosse assolutamente prevedibile alla luce del diritto vigente al tempo del fatto. Di particolare interesse sono poi le *concurring opinions* del secondo caso citato, specialmente quella del Giudice Zupančič, tutta incentrata sulla distinzione tra prevedibilità soggettiva e accessibilità oggettiva della norma, ove si riafferma l’estraneità di tali situazioni alla deroga del par. 2.

²²⁸ Del resto BERNARDI, *Commento*, cit., p. 269, richiama l’attenzione sul fatto che nella scarsa determinatezza della norma in questione potrebbero essere fatte rientrare condotte di pirateria aerea e di reclutamento di mercenari.

²²⁹ Si tratta, evidentemente, della giurisprudenza *Dansk Rørindustri*, citata *supra*, nt. 200.

²³⁰ Come nel caso del *marital rape* (cfr. *supra*, nt. 187).

Oggetto della pronuncia sono le sanzioni previste dal regolamento del Consiglio del 6 febbraio 1962, n. 17²³¹, e precisamente all'art. 15, ove si attribuisce alla Commissione il potere di «infliggere alle imprese ed alle associazioni di imprese ammende che variano da un minimo di mille unità di conto ad un massimo di un milione, con facoltà di aumentare quest'ultimo importo fino al 10 per cento del volume d'affari realizzato durante l'esercizio sociale precedente da ciascuna delle imprese che hanno partecipato all'infrazione», e si prescrive che «per determinare l'ammontare dell'ammenda, occorre tener conto, oltre che della gravità dell'infrazione, anche della sua durata». Al fine di regolamentare e rendere trasparente e prevedibile la determinazione delle sanzioni all'interno di margini così ampi, la Commissione ha adottato, nel 1998, degli "orientamenti" mediante i quali si è impegnata a limitare la propria discrezionalità impiegando un sistema di computo per quote (c.d. "tariffazione delle ammende"). L'effetto di tali orientamenti è stato quello, perlomeno in taluni casi, di aumentare l'ammontare delle ammende comminate dalla Commissione, come appunto nel caso dei ricorrenti, che lamentano quindi una violazione del principio di irretroattività delle sanzioni.

Nulla questio né sull'applicabilità del principio alle sanzioni del regolamento 17/62 né sul fatto che gli orientamenti siano stati la causa dell'innalzamento delle sanzioni irrogate alle singole società coinvolte; si sono invece succedute due differenti opzioni interpretative, da parte del Tribunale chiamato a dirimere in primo grado la controversia, e da parte della Corte di giustizia, in sede di impugnazione.

Il Tribunale, in sintesi²³², afferma che gli orientamenti non sono atto in grado di modificare il contesto normativo delle sanzioni, che resterebbe definito unicamente dal regolamento; la prassi decisionale anteriore della Commissione non rientrerebbe in tale contesto normativo, e pertanto le variazioni tra le sanzioni commisurate in base alla prassi anteriore e quelle determinate in base agli orientamenti sarebbero incidenti di carattere applicativo, inidonei a porre reali problemi di irretroattività, poiché appunto la cornice normativa di irrogazione delle sanzioni sarebbe rimasta invariata.

La Corte, investita del ricorso in impugnazione, non condivide tale premessa²³³, riconoscendo agli orientamenti la qualifica di "diritto" ai sensi della Convenzione EDU, per il fatto che essi possiederebbero (anche) un valore giuridico esterno come possibili parametri di

²³¹ In GUCE n. 13 del 21 febbraio 1962.

²³² Punti 201-207.

²³³ Punti 209-223.

illegittimità di una decisione che irragionevolmente se ne discostasse. Pertanto, la Corte deve valutare se tale modificazione nel “diritto” applicabile ai ricorrenti fosse ragionevolmente prevedibile al tempo dell’infrazione: la risposta, positiva anche sulla base della natura professionale dei ricorrenti e del conseguente maggiore standard di prudenza e avvedutezza esigibile, si fonda in sostanza sul fatto che, anche sulla base di precedente giurisprudenza della stessa CGUE, fosse noto che la Commissione, nonostante avesse adottato gli orientamenti, restasse libera di modificarli in funzione di maggiori sopravvenute esigenze di tutela della concorrenza; è quindi per tale ragione che le imprese ricorrenti non potevano fare affidamento su tale prassi e avrebbero pertanto dovuto considerare la possibilità di una modifica²³⁴.

Il ragionamento appare francamente apodittico e sostanzialmente errato, nella misura in cui prima afferma la rilevanza normativa degli orientamenti (facendoli rientrare nella nozione di “diritto”) e successivamente ne rileva la (ovvia) persistente modificabilità, ciò che tuttavia non ha nulla a che fare con la prevedibilità idonea a vincere una possibile eccezione di irretroattività. Se gli orientamenti sono una sorta di fonte secondaria, è perfettamente ovvio che, come tutte le fonti sottordinate, essi possano essere modificate dal soggetto che è titolato per farlo, ed è altrettanto ovvio che tali modifiche debbano essere contenute nei limiti della norma sovraordinata che consente alla prima i propri spazi di autonoma regolazione: ciò è tipico di qualunque norma, ma nulla dice circa la prevedibilità del mutamento. Il ragionamento, estremizzato, potrebbe essere adottato per qualunque fonte, affermando che, siccome il titolare del potere di modifica può sempre modificarla, allora ogni modifica è prevedibile *ex se*. Con buona pace di un’irretroattività ridotta così a un simulacro di se stessa.

L’auspicio è ovviamente che tale filone abbia fatto storia e che la Corte sia in grado di impedire il riproporsi di tali «usi *insoliti* della irretroattività»²³⁵.

²³⁴ «...dalla giurisprudenza della Corte emerge che il fatto che la Commissione abbia inflitto, in passato, ammende di una certa entità per diversi tipi di infrazioni non può impedirle di aumentare tale entità entro i limiti indicati dal regolamento n. 17, se ciò è necessario per garantire l’attuazione della politica comunitaria della concorrenza, ma che, al contrario, l’efficace applicazione delle norme comunitarie della concorrenza implica che la Commissione possa sempre adeguare il livello delle ammende alle esigenze di questa politica. (228) Ne deriva, come già statuito al punto 173 della presente sentenza, che le imprese coinvolte in un procedimento amministrativo che possa dare luogo ad un’ammenda non possono riporre un legittimo affidamento nel fatto che la Commissione non supererà il livello delle ammende praticato anteriormente né in un metodo di calcolo di queste ultime. (229) Di conseguenza, tali imprese devono tenere conto della possibilità che, in qualsiasi momento, la Commissione decida di aumentare il livello delle ammende rispetto a quello praticato nel passato» (punti 227 e ss.).

²³⁵ Così, moderatamente, DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., p. 2223, corsivo nel testo.

4.2.3.2 *La retroattività in mitius.*

Come anticipato in apertura del presente paragrafo, il regime dell'efficacia temporale della norma penale si è arricchito storicamente di un ulteriore profilo, quello della **c.d. retroattività in mitius**. Tale profilo è stato negli ultimi anni fatto oggetto di imponenti evoluzioni giurisprudenziali, che hanno viste protagoniste le Corti di Lussemburgo e soprattutto di Strasburgo e che lasciano tuttora aperti diversi interrogativi sull'esatta definizione dei contorni del principio.

Questo lavoro non può avere la pretesa di indagare a fondo il tema, né ciò sarebbe in linea con gli scopi prefissati²³⁶. Ci si può quindi, e deve, limitare a tentare di tracciare le coordinate fondamentali delle questioni aperte, previo un sintetico esame dello stato dell'arte nel panorama europeo.

Utile chiave di lettura è offerta dal più volte citato lavoro di Carlo Sotis²³⁷, nel quale si cerca di dimostrare come, «nonostante sembri regnare in Europa l'anarchia su quale sia la *ratio* (e quindi su quale sia la portata) di questo principio, [sia] possibile intersecare le dottrine delle tre corti e scorgere i denominatori su cui sviluppare un discorso europeo sulla *ratio* (e quindi sulla portata) della retroattività favorevole»²³⁸.

Perché si parli di anarchia e perché ci si riferisca alle tre Corti è noto: mentre secondo la Corte costituzionale italiana il principio di retroattività *in mitius* si fonda su esigenze di eguaglianza e pertanto "afferenti" all'art. 3 Cost., il testo della Convenzione EDU tace sul punto, e l'art. 49, par. 1, CDFUE appare considerarlo come un corollario del principio di legalità; su tale scenario di partenza sono intervenute due pronunce, la prima della Corte di giustizia²³⁹ e la seconda della

²³⁶ Appare opportuno quindi rinviare ai numerosi contributi in materia. Senza pretesa di completezza, cfr., tra i lavori più recenti, PECORELLA, *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in DOLCINI, PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 636 ss.; GATTA, *Abolition criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008; DE VERO, *La successione di leggi penali*, in DE VERO (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2010; VALENTINI, *Diritto penale intertemporale: logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012; GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013; nonché ovviamente la manualistica, e, fra i commentari, ROMANO, *Commentario*, cit., sub art. 2.

²³⁷ SOTIS, *Le "regole"*, cit., in particolare pp. 81 ss, ove l'Autore imposta la fase di «collaudo» dei principi indagati nella prima parte del suo lavoro proprio con riferimento alla «circolazione degli argomenti e fondamento europeo della retroattività *in mitius*».

²³⁸ SOTIS, *Le "regole"*, cit., p. 82. La scelta di affidarsi all'illustre Autore per condurre l'indagine in rassegna si fonda essenzialmente su questo, che in questa sede interessa non tanto ricostruire i caratteri del principio di retroattività *in mitius* negli ordinamenti nazionali e/o nell'ordinamento italiano, e neppure verificarne dogmaticamente limiti e problemi, bensì comprendere quale sia l'approccio che in sede europea - nel centro del sistema multilivello su cui ci si è soffermati *supra*, par. 4.1 - si stia facendo strada e quali siano quindi i possibili futuri sviluppi in materia, tali da costituire parametri accettabili per il legislatore penale europeo.

²³⁹ CGUE, *Berlusconi e a.*, cit. (ove per vero il tema della retroattività *in mitius* compare in un mero *obiter dictum*).

Corte EDU²⁴⁰, le quali hanno offerto (o sembrano aver offerto) ricostruzioni diverse e forse incompatibili del principio in esame, ricostruzioni sulle quali ha operato un prudente e attendista *distinguishing*, la stessa Corte costituzionale italiana con una più recente sentenza²⁴¹.

In sintesi le tappe del percorso:

- la *giurisprudenza costituzionale* in materia è nota: la retroattività *in mitius* è un principio costituzionale che si fonda sull'art. 3 Cost.. Ciò è stato affermato «con la sent. n. 394 [del 2006, con la quale] la Corte riconosce, per la prima volta in modo esplicito, che il principio di retroattività della legge penale *in bonam partem* ha un fondamento anche costituzionale, che rinviene nell'art. 3 Cost. Si legge infatti nella sentenza che «[i]l principio di eguaglianza (...) impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice»²⁴². La spiegazione viene identificata nella sperequazione che diversamente si produrrebbe qualora nello stesso momento ci si trovasse a punire (o a continuare a punire) il medesimo fatto in modi diversi solo in funzione del *tempus commissi delicti*. Come acutamente osservato, l'identificazione di tale *ratio* implica altre due premesse, implicite ma fondamentali: la prima, la considerazione del diritto penale come *extrema ratio*, rende necessitata una simile conclusione che invece in altri settori dell'ordinamento appare assai meno impellente²⁴³; la seconda, l'adozione di una «concezione oggettivistica»²⁴⁴ di un diritto penale del fatto, implica che la segnalata diseguaglianza non possa essere ricondotta ad equità mediante un'idea di sanzione meramente correlata alla disobbedienza alla legge. In altre parole, continuare a punire o a punire più severamente chi abbia commesso un fatto che successivamente non è più ritenuto meritevole (o così meritevole) di sanzione è irragionevolmente sperequativo perché non risponde più alla mutata concezione del legislatore circa l'illiceità o quanto meno la gravità del fatto commesso²⁴⁵, perdendo così anche le chance di rappresentare un'occasione

²⁴⁰ Corte EDU, *Scoppola*, cit..

²⁴¹ C. cost., n. 236/11, cit..

²⁴² PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente, in forumcostituzionale.it*, 2007, p. 1.

²⁴³ «Nelle materie diverse da quella penale, «il fatto che alla stessa categoria di soggetti si applichi un trattamento differenziato per effetto del mutamento della disciplina non contrasta col principio di eguaglianza, poiché il trascorrere del tempo costituisce di per sé un elemento differenziatore» (così v. la sent. n. 18/94)» (PELLIZZONE, *Il fondamento*, cit., p. 1).

²⁴⁴ Espressamente C. cost. n. 394 del 2006, punto 6.4 del *considerato in diritto*.

²⁴⁵ «I fatti realizzati prima e dopo l'entrata in vigore della norma penale favorevole [sono] identici solo nella loro materialità ma non sul piano della "rimproverabilità"» (GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola"*, cit., p. 2036).

rieducativa per il condannato, che percepirebbe in tale modo la pena come (anche solo parzialmente) ingiusta²⁴⁶. «Il collegamento del principio della retroattività in *mitius* al principio di eguaglianza ne segna, peraltro, anche il limite: nel senso che, a differenza del principio della irretroattività della norma penale sfavorevole – assolutamente inderogabile – detto principio deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli (sentenze n. 74 del 1980 e n. 6 del 1978; ordinanza n. 330 del 1995)»: come tali deroghe possano essere ritenute legittime la Corte lo può appurare volta a volta mediante uno stretto sindacato di ragionevolezza intrinseca, valutando la «sussistenza di interessi costituzionali antagonisti nel caso concreto» ed eventualmente procedendo al loro bilanciamento con il principio di retroattività *in mitius*²⁴⁷.

- Nel *panorama europeo* si rinviene una netta prevalenza del principio di retroattività *in mitius*²⁴⁸, benché «più articolato risult[i] il panorama della soluzioni adottate»²⁴⁹: mentre infatti «i sistemi europei di *common law* non prevedono, in relazione allo *statute law*, una regola generale che disponga l'applicabilità della legge penale più favorevole a fatti commessi prima della sua entrata in vigore»²⁵⁰, «i sistemi di *civil law*, al contrario, sono uniti dal comune accoglimento del principio ... [e] si dividono, però, attorno a differenti idee circa le deroghe che il legislatore può apportare al principio»²⁵¹ e sul fondamento del principio e di dette deroghe.

- Tale diffusa divergenza nel panorama dei Paesi membri spiega perché la Convenzione EDU taccia radicalmente sul punto²⁵², trattandosi per di più di un'omissione deliberata²⁵³. La giurisprudenza della Corte EDU, fino al 2009, si attestava pacificamente sull'irrelevanza del

²⁴⁶ E l'ingiustizia, lo si ripete, sta in questo, che «si punirebbe, o si punirebbe più severamente, una persona per un fatto che chiunque altro, dopo l'entrata in vigore della nuova legge, può commettere impunemente o con conseguenze più miti» (così, tra gli altri, MARINUCCI, DOLCINI, *Corso*, cit., p. 267).

²⁴⁷ Per approfondimento cfr. fra gli altri, GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola"*, cit., parr. 8 e 9.

²⁴⁸ Cfr. ad es. VALENTINI, *Diritto penale*, cit. p. 184.

²⁴⁹ DODARO, *Principio di retroattività favorevole e «termini più brevi» di prescrizione dei reati*, in *Giur. cost.*, 6/2006, p. 4119.

²⁵⁰ Pur rientrando «nella discrezionalità del legislatore autorizzare di volta in volta la retroattività *in mitior* delle nuove norme» (DODARO, *Principio*, cit., p. 4119).

²⁵¹ *Op. loc. ult. cit.*, con ulteriori riferimenti di diritto comparato.

²⁵² O perlomeno è comunemente indicato quale giustificazione.

²⁵³ Come testimoniato dall'esame dei lavori preparatori, nei quali il principio era stato inizialmente inserito e poi espunto (come rilevato nella *dissenting opinion* del caso Scoppola; per questo rilievo cfr. PECORELLA, *Il caso Scoppola*, cit., p. 404, nt. 22).

principio rispetto alla Convenzione, la quale non lo prevedeva e neppure lo escludeva²⁵⁴, «essendo il sistema convenzionale sempre aperto all'eventuale maggior standard garantistico promosso nel singolo ordinamento»²⁵⁵. Benché poi esigenze astrattamente afferenti al nucleo razionale della retroattività *in mitius* fossero saltuariamente emerse in altre pronunce della Corte di Strasburgo²⁵⁶, esse erano sempre state lette sotto la visuale di altri principi più chiaramente espressi nella Convenzione, essenzialmente l'articolo 6.

- La *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, invece, prende espressamente posizione sul tema, statuendo – nell'art. 49, par. 1, rubricato «Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene» – che «se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima». La formulazione è sintetica e non offre particolari appigli per una lettura orientata sul piano della *ratio*, e anche per quanto riguarda le possibili deroghe il testo appare muto e bisognoso di integrazione ermeneutica. Se, come visto, la dottrina e le stesse *Spiegazioni* della Carta propendono per una sostanziale sovrapposibilità tra l'art. 49 CDFUE e l'art. 7 CEDU, cui «è stata aggiunta la regola della retroattività della legge penale più mite, esistente in vari Stati membri e che figura nell'articolo 15 del Patto relativo ai diritti civili e politici»²⁵⁷, sono viceversa possibili ricostruzioni alternative, che colleghino la retroattività *in mitius* alla legalità e all'irretroattività (come appare possibile concludere, su un piano meramente testuale, dal fatto che l'"aggiunta" è operata proprio nel par. 1) o viceversa che la correlino alla proporzione, trattata nel par. 3 del medesimo articolo²⁵⁸. Dato rilevante resta comunque che la Carta ha un testo, «l'unico a contenere una previsione esplicita sulla retroattività più favorevole», e di conseguenza la Corte di giustizia, che tale Carta è chiamata a interpretare e applicare, «è l'unica che può fare leva su una disposizione»²⁵⁹.

- In questo panorama interviene, nel maggio 2005, l'attesissima²⁶⁰ sentenza *Berlusconi*, nella quale la Corte di giustizia prende posizione sul punto, benché in un (mero?) *obiter dictum*²⁶¹,

²⁵⁴ Cfr. i casi richiamati in NICOSIA, *Commento all'art. 7*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 284.

²⁵⁵ *Op. loc. ult. cit.*.

²⁵⁶ Cfr. sempre NICOSIA, *Commento*, cit., p. 284 s..

²⁵⁷ *Ivi*, p. 14.

²⁵⁸ Cfr. la ricostruzione offerta da SOTIS, *Le "regole"*, cit., pp. 101 ss., e pp. 109 ss.

²⁵⁹ *Op. ult. cit.*, p. 86.

²⁶⁰ Anche per tutta un'altra serie di tematiche, esplorate - fra gli altri - nel volume collettaneo di BIN, BRUNELLI, PUGIOTTO, VERONESI, *Ai confini del 'favor rei'*, Torino, 2005.

affermando che il principio in rassegna appartiene al diritto comunitario in quanto principio comune agli Stati membri (e non, come ci si poteva aspettare, perché positivizzato nella CDFUE²⁶²). La Corte, tuttavia, “non si espone”²⁶³, non impiegando il principio ai fini della decisione²⁶⁴ e neppure dilungandosi nell’illustrarne fondamento e limiti²⁶⁵.

- Qualche anno più tardi, il 17 settembre 2009, la Grande Camera della Corte EDU si pronuncia sul più volte citato caso *Scoppola*: la sentenza riguarda diversi profili²⁶⁶, ma riveste un ruolo fondamentale proprio rispetto alla violazione del principio di retroattività *in mitius*, accertata e censurata dalla Corte sotto la lente dell’art. 7 CEDU. «È questa la parte della sentenza che riveste maggiore interesse, per la novità delle conclusioni ..., ma anche per le perplessità che solleva ... e per gli aspetti problematici che si possono intravedere nell’operazione interpretativa ‘spregiudicata’ effettuata dalla Corte»²⁶⁷. Come già riferito²⁶⁸, infatti, la pronuncia si basa *in parte qua* su una lettura innovativa dell’art. 7 CEDU fondata su due ordini di argomenti, uno attinente alla c.d. “circolazione del precedente” e l’altro alla (presunta) *ratio* comune tra il suddetto principio e il principio di legalità previsto dal medesimo articolo 7: il primo argomento muove dalla presa d’atto di alcune novità nel panorama normativo europeo che avrebbero reso non più attuale la soluzione da sempre attestata nella giurisprudenza di Strasburgo persuadendo il giudice

²⁶¹ «(68) ... il principio dell’applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. 69 Ne deriva che tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l’ordinamento comunitario» (CGUE, *Berlusconi*, cit., punti 68 s.).

²⁶² Tale scelta, probabilmente, risente del clima di generale indifferenza per i contenuti della Carta di Nizza fino al Trattato di Lisbona, derivante dal fatto che l’incertezza circa la qualificazione giuridica del documento non poteva non riverberare sulla tenuta giuridica delle argomentazioni che vi si fondassero. Anche per tale ragione le norme della Carta si vedono impiegate, fino a Lisbona, principalmente come argomenti a sostegno di altre, più certe, *rationes decidendi*.

²⁶³ Per tale espressione SOTIS, *Le “regole”*, p. 86.

²⁶⁴ Fondata esclusivamente sull’incapacità di una direttiva di fondare *direttamente* la responsabilità penale di un singolo, secondo i caratteri già illustrati nel secondo capitolo del presente lavoro («(70) Si pone tuttavia la questione se il principio dell’applicazione retroattiva della pena più mite si applichi qualora questa sia contraria ad altre norme di diritto comunitario. (71) Non è però necessario decidere tale questione ai fini delle controversie principali, poiché la norma comunitaria in questione è contenuta in una direttiva fatta valere nei confronti di un soggetto dall’autorità giudiziaria nell’ambito di procedimenti penali», CGUE, *Berlusconi*, cit., punti 70 s.).

²⁶⁵ Fatto salvo quanto si dirà *infra* in questo paragrafo.

²⁶⁶ Per una visione d’insieme dei quali si rinvia ai commenti pubblicati in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2010, pp. 389 ss., a firma di Silvia Buzzelli e Claudia Pecorella.

²⁶⁷ PECORELLA, *Il caso Scoppola*, cit., p. 403 s..

²⁶⁸ Cfr. *supra*, par. 4.1.

convenzionale a un vero e proprio espresso *overruling*²⁶⁹; il secondo attiene invece il fondamento razionale del principio²⁷⁰ ed è collocato al punto 108 della sentenza, laddove «si evoca la *ratio* del principio in questione facendo riferimento al canone della proporzione [e] aggiunge[ndo] un ultimo periodo sul collegamento tra proporzione, certezza del diritto e retroattività *in mitius*»²⁷¹.

- Segue di un paio d'anni la (anch'essa già richiamata) sentenza n. 236 del 2011²⁷² della Corte costituzionale italiana, investita di una questione attinente la L. n. 251/05²⁷³ e già sollevata nel 2008 con esito negativo. Senza voler esaminare il merito della vicenda, è però importante precisare come la medesima questione (ossia l'incompatibilità costituzionale della citata legge, nel testo risultante da precedente censura di costituzionalità, con il principio di retroattività *in mitius*) era stata sollevata sotto la lente dell'art. 3 Cost., come era naturale alla luce del già riferito orientamento del giudice costituzionale italiano e della dottrina, mentre in questo caso il parametro è un altro, ed è rinvenuto appunto nell'art. 7 CEDU quale parametro interposto stabilito nell'art. 117, co. I, Cost.²⁷⁴. La Corte, con «un'argomentazione giocata sul filo di lana di mettere da parte la sentenza *Scoppola* senza, tuttavia, contraddirla»²⁷⁵, conferma il proprio precedente orientamento²⁷⁶: se infatti si dovesse ritenere che il principio di retroattività *in mitius* abbia mutuato dall'art. 7 CEDU una maggiore rigidità rispetto a quanto elaborato sino ad allora dalla Consulta, tale giurisprudenza farebbe ingresso nell'ordinamento italiano pur sempre per

²⁶⁹ «Un consensus s'est progressivement formé aux niveau européen et international pour considérer que l'application de la loi pénale prévoyant une peine plus douce, même postérieure à la commission de l'infraction, est devenue un principe fondamental du droit pénal» (punto 106).

²⁷⁰ E diviene fondamentale per la Corte per «agganciare la retroattività *in mitius* al principio di legalità» (SOTIS, *Le "regole"*, cit., p. 72), poiché diversamente non avrebbe potuto giudicare su tale principio, ovvero avrebbe dovuto fondarlo su un diverso principio fondamentale. Peraltro, la scelta della Corte è stata certamente deliberata e intenzionale, poiché le precedenti scansioni argomentative già avrebbero consentito di accogliere il ricorso del sig. Scoppola, e poiché (sulla scorta di precedente giurisprudenza, cfr. Corte EDU, 30 settembre 2004, *Zaprianov c. Bulgaria*, ric. n. 41171/98) la mancata applicazione della retroattività *in mitius* avrebbe potuto essere valorizzata all'interno della già accertata violazione dell'art. 6 CEDU. In questo senso cfr. anche PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 4/2011, p. 3049.

²⁷¹ «Che non è per nulla persuasivo (per non dire di peggio)» (SOTIS, *Le "regole"*, cit., p. 72 s.).

²⁷² Sulla quale, tra gli altri, cfr. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 settembre 2011, ora anche in DAMICO, RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, pp. 1989 ss..

²⁷³ L. 5 dicembre 2005 n. 251, in G.U. 7 dicembre 2005, n. 285, *ex-Cirielli*, peraltro oggetto della già citata sent. 393 del 2006.

²⁷⁴ «Canale di ingresso» delle norme EDU nel nostro ordinamento, come già chiarito.

²⁷⁵ SOTIS, *Le "regole"*, cit., p. 77.

²⁷⁶ Anche in questo caso, peraltro, come osservato da PINELLI, *Retroattività*, cit., p. 3050, la Corte avrebbe potuto evitare di sviluppare il *distinguishing*, poiché la disposizione oggetto di censura riguardava la disciplina della prescrizione, che la stessa Corte EDU pacificamente esclude dall'applicazione dell'art. 7 della Convenzione. Il *distinguishing* è pertanto voluto, e ricercato.

tramite dell'art. 117 Cost., e «da questo ripete[rebbe] il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che [ne] segue»²⁷⁷; ma ciò non è, perché è la stessa Corte EDU ad affermare che «infliggere una pena più severa *solo* perché essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato», allora la retroattività ben si potrà negare «quanto le ragioni per escluderla siano altre e consistenti»²⁷⁸.

- A tale pronuncia del giudice delle leggi ne segue poi *un'altra*, anch'essa di interesse, la n. 230 del 2012²⁷⁹, con la quale la Corte ha “gelato gli entusiasmi”²⁸⁰ di quella parte della giurisprudenza che aveva iniziato a estendere l'applicazione delle regole in materia di successione di norme penali, segnatamente *in bonam partem*, anche ai mutamenti giurisprudenziali²⁸¹, in ossequio alla già richiamata nozione autonoma di “legge” la quale, ai sensi del diritto convenzionale, ricomprende indifferentemente la legge scritta e la sua interpretazione giudiziale. Con tale pronuncia, infatti, la Corte costituzionale ha riaffermato che la mancata rilevanza del mutamento giurisprudenziale *in bonam partem* non contrasta con la CEDU, la quale neppure nella sentenza *Scoppola* sarebbe giunta ad affermare ciò e la cui giurisprudenza sarebbe comunque da interpretare alla luce dell'art. 117 Cost. come ricordato poc'anzi, né contrasta con il generale principio di uguaglianza né, ancora, con il principio di retroattività *in mitius*.

L'iter giurisprudenziale che si è cercato di ripercorrere cursoriamente nelle pagine che precedono mostra come ad oggi risulti davvero *complicato tentare di offrire una ricostruzione coerente e unitaria* delle diverse e apparentemente contraddittorie spinte alle quali è soggetto il principio in rassegna, a meno di volersi discostare dal dato materiale e provare a immaginare scenari più ottativi che descrittivi. I problemi sono numerosi, e per tutti vale la medesima domanda, ossia quale sorte abbiano le relative soluzioni alla luce del nuovo vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e soprattutto del dirompente (ma spregiudicato) *overruling* di Strasburgo. Certo è, strutturalmente, che lo scenario si è oggi arricchito di una dimensione plurale

²⁷⁷ C. cost., 236/11, cit., punto 13.

²⁷⁸ C. cost., 236/11, cit., punto 13, corsivo aggiunto.

²⁷⁹ Per la quale cfr. la nota di NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettiva avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3-4/2012, pp. 164 ss.

²⁸⁰ Così NAPOLEONI, *Mutamento*, cit., p. 167.

²⁸¹ La più rilevante è certamente Cass. pen., SS.UU., 21 gennaio.13 maggio 2010, n. 18288, *Beschi*, sulla quale vd. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni unite. Un tema ancora aperto*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 26 ss.

di livelli di tutela, efficacemente descritta con l'immagine dei cerchi concentrici²⁸²: un nucleo più intenso di tutela sarebbe costituito dal combinato disposto della applicazione vivente della Carta EDU, concretizzatasi nella giurisprudenza Scoppola, e degli artt. 49 e 52, par. 3, CDFUE, nella parte in cui consentono la diretta applicazione nelle materie regolate dal diritto dell'Unione dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta e il cui contenuto non può essere inferiore al livello di tutela garantito dalla CEDU; un secondo livello, vedrebbe penetrare il medesimo "pacchetto di tutela" ma non più attraverso la diretta applicazione della CDFUE bensì per tramite degli ordinari meccanismi di ingresso del diritto convenzionale nell'ordinamento italiano (art. 117, co. 1, Cost.); un terzo e ultimo profilo sarebbe costituito dalla già riferita giurisprudenza costituzionale che attribuisce alla retroattività *in mitius* la copertura dell'art. 3 Cost.. Tuttavia, la schematizzazione non consente *ex se* di riempire di contenuto i diversi livelli di tutela, mentre è proprio su tali aspetti che si sono ad oggi verificati i contrasti di rilievo²⁸³, i quali permangono²⁸⁴.

Senza pretesa di completezza, seguono quindi alcune brevi considerazioni che si limiteranno a porre problemi più che a tentarne una soluzione.

Uno dei profili per cui si caratterizza la disciplina della retroattività *in mitius* è quello di impiegare a termine di paragone non solo la legge del *tempus commissi delicti* e quella del tempo del giudizio ma anche tutte quelle che si siano susseguite nel tempo intercorrente tra la prima e la seconda (c.d. *leges intermediae*). La regola è come noto contenuta nell'art. 2, co. 2 e 3, c.p.²⁸⁵, mentre nulla è dato desumersi dal testo dell'art. 49 CDFUE e (men che meno) da quello dell'art. 7 CEDU. Peraltro, il dato non è uniforme nemmeno nei Paesi di *civil law*, ove sono presenti discipline difformi²⁸⁶. Neppure la *ratio* giustificativa è uniforme a quella della retroattività: infatti, «sostanzialmente diverse sono le ragioni che 'impongono' di applicare una norma meno severa vigente al momento del giudizio ... e quelle che hanno giustificato in passato l'applicazione da

²⁸² VIGANÒ, *Voce Retroattività della legge penale più favorevole*, in VIGANÒ, LEO (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto 2014 Treccani – Sezione diritto penale*, ed. Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2014, pubblicato in *penalecontemporaneo.it*, 20 dicembre 2013, pp. 9 ss.

²⁸³ Anche perché, realisticamente, nessuna Corte potrebbe negare espressamente la (perlomeno astratta) diretta applicazione dei principi sanciti nella CDFUE così come l'autorità e i modi di penetrazione degli obblighi convenzionali.

²⁸⁴ «Malgrado il rinnovato interesse manifestato dalla dottrina, alcune delle più rilevanti questioni interpretative legate al fondamento e al rango della retroattività favorevole appaiano ancor oggi lontane dal trovare soddisfacente risoluzione» (MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2013, p. 488).

²⁸⁵ Cfr. *amplius* ROMANO, *Commentario*, cit., sub art. 2.

²⁸⁶ Come ricordato da PECORELLA, *Il caso Scoppola*, cit., p. 406, in particolare nt. 30.

parte della giurisprudenza di leggi intermedie favorevoli al reo, non più in vigore al momento del fatto». Tali ultime ragioni attengono a un generico scopo di favorire il reo in un contesto, tendenzialmente non più attuale, di particolari asperità nelle cornici sanzionatorie e nelle modalità di esecuzione della pena, rivolte quindi a non vanificare l'aspettativa di clemenza che poteva essersi ingenerata all'entrata in vigore del provvedimento più mite poi abrogato, magari per riproporre la medesima cornice in vigore al momento del fatto²⁸⁷. Benché il punto meriti maggiori riflessioni, la Corte EDU nel caso Scoppola ha acriticamente²⁸⁸ incluso nel "restyling" dell'art. 7 CEDU anche la regola in discorso, e naturalmente le perplessità sollevate circa l'effettiva riconducibilità della retroattività *in mitius* alla legalità non possono che venire amplificate quando ci si accinge a indagare le conseguenze dell'affermazione stessa.

Ulteriore profilo è quello dell'*illegittimità* della legge sopravvenuta più favorevole (*intermedia* o meno): fermo restando, infatti, che i reati commessi nel vigore della legge illegittima²⁸⁹ restano coperti dal ben più stringente principio di irretroattività *in pejus*, l'ordinamento italiano pacificamente conclude per l'assoluta carenza di effetti in capo alla legge sopravvenuta, più favorevole ma illegittima²⁹⁰, mentre nulla sembra dato desumere dalla pronuncia della Corte EDU²⁹¹ né dall'impostazione concettuale ivi assunta; quanto alla fonte europea, l'art. 49 CDFUE, pur consentendo - come si vedrà subito *infra* - un'astratta limitabilità del

²⁸⁷ Oggi di tale regola vengono viceversa enfatizzate le criticità, una fra tutte l'evidente pericolo di strumentalizzazione, da parte del potere legislativo (e si rimanda in proposito a quando descritto nel precedente par. 4.2.1). Cfr. le osservazioni svolte nell'opera da ultimo citata, p. 407.

²⁸⁸ Il rilievo è sempre di PECORELLA, *Il caso Scoppola*, cit., p. 406.

²⁸⁹ A prescindere da quale sia il parametro di illegittimità e/o dalla sua fonte.

²⁹⁰ La spiegazione è magistralmente offerta da C. cost. 394/06, cit., par. 6.4 del *considerato in diritto*: «..., è giocoforza ritenere che il principio di retroattività della norma penale più favorevole in tanto è destinato a trovare applicazione, in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima. Il nuovo apprezzamento del disvalore del fatto, successivamente operato dal legislatore, può giustificare - in chiave di tutela del principio di eguaglianza - l'estensione a ritroso del trattamento più favorevole, a chi ha commesso il fatto violando scientemente la norma penale più severa, solo a condizione che quella nuova valutazione non contrasti essa stessa con i precetti della Costituzione. La *lex mitior* deve risultare, in altre parole, validamente emanata: non soltanto sul piano formale della regolarità del procedimento dell'atto legislativo che l'ha introdotta e, in generale, della disciplina delle fonti (v., con riferimento alla mancata conversione di un decreto-legge, sentenza n. 51 del 1985); ma anche sul piano sostanziale del rispetto dei valori espressi dalle norme costituzionali. Altrimenti, non v'è ragione per derogare alla regola sancita dai citati art. 136, primo comma, Cost. e 30, terzo comma, della legge n. 87 del 1953, non potendosi ammettere che una norma costituzionalmente illegittima - rimasta in vigore, in ipotesi, anche per un solo giorno - determini, paradossalmente, l'impunità o l'abbattimento della risposta punitiva, non soltanto per i fatti commessi quel giorno, ma con riferimento a tutti i fatti pregressi, posti in essere nel vigore dell'incriminazione o dell'incriminazione più severa».

²⁹¹ Qui correttamente, nel senso che la Corte EDU resta in definitiva un giudice del caso concreto e il caso concreto, quello del sig. Scoppola, non poneva una questione del genere, la quale quindi non è stata affrontata.

principio, nulla dice circa la validità delle norme in comparazione né è possibile desumere alcunché dalla giurisprudenza pertinente²⁹².

Ancora, viene in rilievo il tema delle *leggi eccezionali e temporanee*, alle quali espressamente la legge italiana (art. 2, co. 5, c.p.) esclude l'applicazione del regime di retroattività *in mitius*: anche in questo caso non vi sono ad oggi elementi testuali o arresti giurisprudenziali in grado di dare esplicita risposta all'interrogativo circa la compatibilità di tale eccezione rispetto all'ordinamento europeo o al sistema convenzionale. Come rilevato in dottrina²⁹³, tuttavia, il quesito non è di poco momento, e deve stimolare l'interprete a determinare con maggiore chiarezza il fondamento della deroga, talora indicata nella mera necessità di attribuire una qualche efficacia a tali norme²⁹⁴, più classicamente individuata nella diversità materiale delle situazioni regolate dalle due norme (eccezionale/temporanea e ordinaria) e nella diseguaglianza che si creerebbe nel comparare situazioni differenti²⁹⁵, e da ultimo scorta nella disomogeneità assiologica dei giudizi di valore sottesi alla diversa regolazione predisposta dal legislatore, ciò che sarebbe ravvisabile anche nella giurisprudenza costituzionale²⁹⁶. Tali giustificazioni non appaiono tuttavia più del tutto soddisfacenti se comparate al «rinnovato afflato personalistico riconosciuto al principio della *lex mitior*»²⁹⁷. Un'analisi comparatistica, sul piano dottrinale, conduce tuttavia a constatare un sostrato comune, negli Stati membri dell'Unione, circa disciplina e fondamento del regime delle norme eccezionali e temporanee²⁹⁸, e a portare «alla luce una profonda connessione tra la *ratio* della deroga in esame ed esigenze variamente riconducibili ai principi di necessità e proporzione della sanzione penale»²⁹⁹: considerato che anche nella sentenza Scoppola è dato rinvenire una

²⁹² E segnatamente dalla sentenza *Berlusconi*, nella quale, come visto, la Corte si limita a porsi la domanda ma ritiene superfluo cercare una risposta in ragione del particolare regime degli effetti delle direttive sulla penale responsabilità dei singoli.

²⁹³ Cfr. MARTUFI, *Eccezioni*, cit., pp. 493 ss..

²⁹⁴ È infatti evidente che la natura temporalmente o tipologicamente eccezionale di tali norme collide frontalmente con la possibilità che esse resistano alla riespansione del regime ordinario. L'argomento, se ha un'inecepibile tenuta logica, è assiologicamente debole, perché non dà ragione del *perché* ciò debba avvenire.

²⁹⁵ In questo senso cfr. la dottrina richiamata in MARTUFI, *Eccezioni*, cit., p. 494, nt. 40.

²⁹⁶ A giudizio della quale «il presupposto per l'applicazione retroattiva della legge penale più mite sarebbe costituito dall'«omogeneità tra i contesti fattuali o normativi in cui operano le disposizioni che si succedono nel tempo», posto che è «proprio la diversità del contesto che giustifica la deroga posta dal quinto comma dell'art. 2 c.p.»» (così, in sintesi, MARTUFI, *Eccezioni*, cit., p. 495, con richiami tratti da C. cost. 236/2011, cit., punto 13 del *considerato in diritto*, citata nel medesimo senso anche da SOTIS, *Le "regole"*, cit., p. 120, nt. 274).

²⁹⁷ MARTUFI, *Eccezioni*, cit., p. 496.

²⁹⁸ Cfr. l'articolata analisi offerta da MARTUFI, *Eccezioni*, cit., pp. 497 ss. e 500 ss..

²⁹⁹ *Op. ult. cit.*, p. 503. Similmente SOTIS, *Le "regole"*, cit., p. 120 s.

simile connessione³⁰⁰, e che, come rilevato da attenta dottrina³⁰¹, tale connessione potrebbe essere ritenuta sussistente o comunque accettabile anche per l'ordinamento dell'Unione, la proporzione potrebbe essere la chiave di lettura attraverso cui sviluppare un discorso comune sull'*an* (a questo punto scontato) e soprattutto sui confini dell'ammissibilità del regime temporale delle norme in questione.

Da ultimo, ma non meno importante, si pone la questione relativa al *limite del giudicato*, che nel nostro ordinamento resta permeabile alle istanze di applicazione retroattiva di una *lex mitior* che elimini alla radice la valutazione di illiceità penale del fatto commesso e che al contrario si erige a barriera invalicabile per i casi di mere modificazioni quantitative di pena³⁰². Viceversa, nulla nella lettura dell'art. 49, par. 1, CDFUE lascia intendere che il giudicato possa essere superato: anzi, il riferimento al momento applicativo della pena potrebbe far propendere per la conclusione opposta³⁰³. Quanto al diritto convenzionale, invece, è la stessa Corte EDU, nel decidere il caso Scoppola, ad affermare espressamente che il raffronto tra le norme applicabili al caso concreto deve avvenire tra «la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori *adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva*»³⁰⁴. Si dovrebbe pertanto concludere per una differenziazione dei livelli di tutela offerti (omogeneamente) nelle due sedi sovranazionali e nella sede nazionale, conseguendone «che, *al di fuori* dell'ambito, per così dire, di operatività 'internazionale' del principio di retroattività *in mitius*, l'ordinamento italiano resterà libero di riconoscere una *ulteriore copertura costituzionale*, di respiro puramente 'interno', al principio medesimo»³⁰⁵. Tuttavia, pare di poter osservare che dietro tale distinzione resti vivo e problematico il tema dell'esatta individuazione della *ratio* del principio medesimo: la tangibilità del giudicato è infatti prevista, nell'ordinamento italiano, in casi che non si discostano qualitativamente ma solo quantitativamente da quelli nei quali tale limite oppone invece valida

³⁰⁰ Nel già citato punto 108 della motivazione.

³⁰¹ SOTIS, *Le "regole"*, cit., pp. 109 ss.

³⁰² Restando poi diversamente regolato il caso, per certi aspetti "intermedio", della modificazione *qualitativa* della sanzione, segnatamente da detentiva a pecuniaria, oggi previsto all'attuale terzo comma dell'art. 2 c.p..

³⁰³ In questo senso, ad es., VIGANÒ, *voce Retroattività*, cit., p. 11: «il dato testuale della CDFUE non sembra autorizzare [diversa] conclusione, facendo riferimento espresso al momento finale della "applicazione" della norma, evidentemente da parte del giudice che pronuncia la sentenza destinata a divenire definitiva». Altrettanto vero è però che l'"applicazione della pena" continua anche dopo la sentenza di condanna, e quindi forse la "legge del momento applicativo" potrebbe anche essere quella che sopravvenga *in executivis*. Il testo è troppo scarno e il lessico troppo ambiguo per consentire di escludere con sufficiente grado di sicurezza, l'uno o l'altro esito.

³⁰⁴ Corte EDU, *Scoppola*, cit., punto 109, corsivo aggiunto.

³⁰⁵ VIGANÒ, *voce Retroattività*, cit., p. 11.

resistenza, mentre in sede convenzionale il limite è acriticamente assunto a carattere quasi “ontologico” del principio stesso³⁰⁶. Dove questo di discorso conduca non è dato saperlo, per il fatto – più volte ricordato – che mancano pronunce della Corte di giustizia e pronunce pertinenti della Corte EDU. Certo è che l’argomento dell’espressa limitazione del giudicato è impiegata da tutti i commentatori e anche dalla Corte costituzionale italiana per affermare la diversità strutturale tra la retroattività *in mitius* e il *nullum crimen* sancito dall’art. 7 CEDU e la conseguente possibilità di pensare altre possibili limitazioni, purché ragionevoli.

Sullo sfondo delle riflessioni ora cennate sta poi un ulteriore tema, che è non a caso quello dal quale questa analisi ha preso le mosse, ossia *la diversità di approccio concettuale* che insiste tra la Corte di Strasburgo e i singoli ordinamenti nazionali: come giustamente rilevato, infatti, lo stesso caso Scoppola avrebbe avuto soluzione «pacifica, nel nostro ordinamento, se l’avvicendamento normativo avesse avuto ad oggetto disposizioni di diritto penale sostanziale»³⁰⁷, evidenziando come la nozione autonoma di “legge” nell’ordinamento convenzionale sia gravida di conseguenze di rilievo nella decisione dei singoli casi. Discorso analogo si deve fare con riguardo ai mutamenti giurisprudenziali tanto *in malam* quanto *in bonam partem*, che la Corte EDU tratta quali componenti della “legge penale” applicabile al caso concreto mentre l’ordinamento interno mostra sostanzialmente di ignorare, nonostante gli spunti e le spinte di provenienza sovranazionale³⁰⁸, tali categorie, seppure con alcuni interessanti arresti³⁰⁹. Il principale freno a tale

³⁰⁶ «Il principio della retroattività della legge penale meno severa ... si traduce nella norme secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all’imputato» (così sempre il punto 109 cit., senza alcun altro approfondimento razionale o comparatistico in merito).

³⁰⁷ PECORELLA, *Il caso Scoppola*, cit., p. 405. Fulcro della decisione è infatti considerare le vicende modificative dell’art. 442 c.p.p. come eventi di diritto sostanziale (inerenti «la sévérité de la peine à infliger en cas de condamnation selon la procédure abrégée», Corte EDU, Scoppola, cit., punto 113), mentre nel nostro ordinamento la loro qualificazione è altrettanto pacificamente processuale e quindi indifferente al regime di cui all’art. 2 c.p..

³⁰⁸ Per vero, come notato in NAPOLEONI, *Mutamento*, cit., p. 165, «un rimedio già fruibile *de iure condito* nel nostro ordinamento – ma che sconta il notevole tasso di “discrezionalità” nell’applicazione dell’istituto – è rappresentato dal riconoscimento, a favore dell’imputato, della rilevanza scusante dell’errore inevitabile sulla norma penale (art. 5 c.p., come manipolato dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale)». E tuttavia il rimedio è, appunto, *scusante*, mentre l’approccio convenzionale è rivolto ad escludere la sussistenza stessa di una norma violata, con effetti ben più radicali.

³⁰⁹ In sede civile, ad es., si segnalano fra gli altri Cass. civ., 13 luglio 2010, ord. n. 16471 («visto dalla parte di chi ha già fatto ricorso al giudice di cassazione, l’*overruling* si risolve in un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata e in una somministrazione all’arbitro del potere - dovere di giudicare dell’atto introduttivo in base a forme e termini il cui rispetto non era richiesto al momento della proposizione dell’atto di impugnazione; ... allorché si assista, come nella specie, ad un mutamento, ad opera della Corte di cassazione, di un’interpretazione consolidata a proposito delle norme regolatrici del processo, la parte che si è conformata alla precedente giurisprudenza della stessa Corte, successivamente travolta dall’*overruling*, ha tenuto un comportamento non imputabile a sua colpa e perciò è da escludere la rilevanza preclusiva dell’errore in cui essa è incorsa; ... in questa direzione orienta il principio

evoluzione è dato proprio dalla richiamata sentenza della Corte costituzionale 230 del 2012, la quale - per quanto qui d'interesse³¹⁰ - rileva come la Corte EDU, nonostante l'impiego della suddetta nozione autonoma di "legge", mai abbia applicato il principio di retroattività *in bonam partem* ai mutamenti giurisprudenziali, soggiungendo poi (ma il punto è specificamente rivolto al caso concreto ad essa sottoposto) che neppure la stessa Corte di Strasburgo ha mai inteso affermare che il principio di retroattività *in mitius* deroghi al giudicato³¹¹: come rilevato, il punto della decisione è un *distinguishing* (condotto tra l'applicazione che la Corte EDU fa dei due principi in gioco), che conduce al rilievo per cui «diverso ... è il rispettivo fondamento [dei due principi], che per il principio di irretroattività *in duriolem* risiede nella cardinale esigenza di permettere la conoscenza anticipata delle conseguenze penali della propria condotta, quale garanzia contro persecuzioni arbitrarie; per il principio di retroattività *in mitius*, nella parità di trattamento, la quale richiede di estendere le modifiche della norma penale, conseguenti ad una mutata valutazione del disvalore del fatto, anche a chi l'abbia commesso anteriormente: prospettiva, questa, che – diversamente dalla prima – non esclude la configurabilità di ragionevoli deroghe»³¹², ma che soprattutto importa di individuare quale sia il soggetto legittimato a manifestare tale mutata valutazione.

Non è questa la sede per approfondire ulteriormente tematiche così specifiche.

Pare invece opportuno concludere sul punto segnalando che taluni tentativi di *reductio ad unum* degli orientamenti espressi o latenti nei tre sistemi considerati sussistono. Uno è quello da cui si sono prese le mosse, e che ha visto Carlo Sotis³¹³ impegnato nella dimostrazione della

costituzionale del giusto processo, la cui portata non si esaurisce in una mera sommatoria delle garanzie strutturali formalmente enumerate all'art. 111 Cost., comma 2 (contraddittorio, parità delle parti, giudice terzo ed imparziale, durata ragionevole di ogni processo), ma rappresenta una sintesi qualitativa di esse (nel loro coordinamento reciproco e nel collegamento con le garanzie del diritto di azione e di difesa), la quale risente dell'"effetto espansivo" dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo (cfr. Corte cost., sentenza n. 317 del 2009, punto 8 del Considerato in diritto); ... il mezzo tecnico per dare protezione alle aspettative della parte che abbia confezionato il ricorso per cassazione confidando sulle regole processuali suggerite da un costante orientamento giurisprudenziale, poi superato da un revirement, è rappresentato dall'istituto della rimessione in termini [allora art. 184-bis c.p.c.]», nonché Cass. civ., SS.UU., 11 luglio 2011, n. 15144. Sul fronte penale, cfr. la già richiamata sentenza *Beschi*.

³¹⁰ Cfr. per il resto le osservazioni di VIGANÒ, voce *Retroattività*, cit., p. 5.

³¹¹ Nel caso Scoppola il tema è infatti un altro, discutendosi della portata retroattiva di modificazioni *normative*. Che poi il caso Scoppola abbia avuto ripercussioni sul più generale tema dell'intangibilità del giudicato (stavolta non come *giudizio* ma come *oggetto*) è noto ma è altra questione, sulla quale cfr. la soluzione adottata in C. cost. n. 210 del 2013 (con nota, fra gli altri, di ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, pp. 261 ss.).

³¹² NAPOLEONI, *Mutamento*, cit., p. 174.

³¹³ Per una sintesi dell'iter argomentativo del citato Autore vedasi, sempre in SOTIS, *Le "regole"*, cit., il primo paragrafo della seconda sezione del capitolo quarto, pp. 109 ss.

comune riconducibilità della retroattività *in mitius* a un comune sostrato di necessità-proporzione, sulla cui base l'Autore (re)interpreta testi e pronunce facendo emergere un collegamento ideale che possa consentire una progressiva convergenza ed evitare ulteriori chiusure frontali nel meccanismo di dialogo tra Corti come quella cui si è fatto cenno nel precedente paragrafo 4.1.

Se la ricostruzione sarà accolta anche in sede giurisdizionale non è possibile affermarlo, ma è possibile concludere dicendo che essa, nonostante alcune (apparenti?) forzature³¹⁴, rappresenta un terreno comune dotato di notevole "appeal" per tutti e tre gli ordinamenti di riferimento, i quali – sempre nell'ottica della gestione delle incoerenze di cui si è già detto – necessitano di sviluppare le certamente preesistenti basi concettuali comuni per giungere a soluzioni che siano in grado di circolare in ragione della loro autorevolezza argomentativa.

³¹⁴ Una fra tutte, l'operazione di "taglia e incolla" dell'inciso finale dell'art. 49, par. 1, CDFUE, che viene traslato nel par. 3 del medesimo articolo (in particolare p. 112), operazione che lascia perplessi non tanto per la negazione del valore ermeneutico di un dato testuale inequivocabilmente contrario (è infatti noto che l'interpretazione testuale sia recessiva nelle sedi internazionali, e la sentenza Scoppola ne è un'importante riprova), quanto piuttosto perché la "traslazione" si fonda sulla previa affermazione della tesi che l'Autore intende sostenere, ovvero che il sistema dell'Unione fonda la retroattività *in mitius* sulla proporzione.

4.3 Il principio di proporzione e alcuni suoi supposti corollari.

Il presente paragrafo intende cercare di fare il punto sui caratteri, sull'estensione e sulla funzione del principio di proporzione nel diritto dell'Unione europea.

Ciò comporta diverse premesse e alcuni *caveat*.

Iniziando da questi ultimi, innanzitutto si deve chiarire che questo lavoro non ha né le pretese né lo spazio per esaminare a fondo il principio di proporzione, né in se stesso, né nelle sue declinazioni proprie dell'ordinamento nazionale di riferimento. Neppure si svolgerà un'indagine approfondita circa l'origine del principio in sede internazionale ed europea. Tutti questi dati, in ragione della prospettiva adottata, saranno dati per presunti, e in alcuni casi illustrati sinteticamente in funzione degli scopi dell'argomentazione³¹⁵.

Ulteriore avvertenza inerisce il lessico e le categorie: come si vedrà immediatamente *infra*, il principio in rassegna costituisce un principio sovraconstituzionale³¹⁶ di ampia portata, ma al contempo la sua concettualizzazione è piuttosto variabile nelle diverse tradizioni costituzionali, e in questo senso l'ordinamento italiano ne offre, specialmente nella più circoscritta dimensione penalistica, una declinazione sostanzialmente diversa da quella più comune sotto un profilo comparatistico, e soprattutto rispetto a quella adottata dalla Corte di giustizia. Per tali ragioni, essendo il presente lavoro votato a tentare di identificare principi appartenenti all'ordinamento dell'Unione, si cercherà per quanto possibile di adottare la concettualizzazione propria di quest'ultimo, con differenze non secondarie rispetto a quanto si potrebbe rinvenire in una trattazione territorialmente circoscritta.

Questa premessa giustifica pertanto la ricomprensione, all'interno di un unico macro-paragrafo, di una serie di principi e di temi che agli occhi del penalista italiano potrebbero apparire eccessivamente eterogenei³¹⁷, e che probabilmente se analizzati sotto una lente dogmaticamente orientata effettivamente lo sono³¹⁸. Ma il fine, più volte ribadito, rende più opportuno tentare di

³¹⁵ Anche stavolta, pertanto, in piena applicazione del "metodo funzionalista".

³¹⁶ Il termine, *Uberverfassungsrang*, è impiegato in MAUGERI, *Il principio*, cit., p. 75, con riferimento all'opera di ÖHLINGER, *Verfassungsrecht*, Wien, 1997, ivi citata.

³¹⁷ Muove dalla necessità di «un preliminare sforzo di "disambiguazione"», MANES, *Voce Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in VIGANÒ, LEO (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto 2013 Treccani – Sezione diritto penale*, ed. Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2013, par. 2.

³¹⁸ Non si ritiene necessario approfondire il punto, ma è opportuno ricordare, del tutto cursoriamente, che mentre il principio di sussidiarietà penale è posto in correlazione più o meno diretta con la proporzione (cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2009, pp. 8 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, pp. 29 ss.), «chi avesse pensato di ridurre tecnicamente l'offensività al rispetto del principio di proporzione avrebbe ... tradito il significato più intimo dell'offensività» (DONINI, *Il principio di offensività. Dalla*

mutuare categorie (forse esterne al nostro ordinamento ma certamente) proprie dell'ordinamento sovranazionale e quindi più *utili*, appunto, a rendersi conto dei limiti effettivi³¹⁹ che il legislatore penale europeo potrà incontrare nel proprio ordinamento.

Il lavoro seguirà pertanto questa struttura: in un primo momento si descriverà in sintesi l'origine e la forma del principio di proporzione nonché i suoi fondamenti positivi rintracciabili nel diritto dell'Unione, spostando poi il *focus* sulle implicazioni del principio medesimo nel campo più specificamente penalistico, segnando in tal modo i suoi legami con i più classici principi di offensività e *ultima ratio*³²⁰; da ultimo si rivolgerà lo sguardo all'esperienza giudiziale, con una particolare digressione nell'universo delle sanzioni amministrative proprie del settore della concorrenza, per gli spunti, anche comparativi, che possano suggerire circa il probabile impiego che la Corte di giustizia sarà portata a fare del principio in parola.

penalistica italiana ai programmi europei, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, p. 19). Per contro, Martin Böse prende apertamente le mosse nel suo *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)*, in *Eur. Crim. Law Rev.*, 1/2011, p. 35 ss., affermando che «The principle of proportionality [includes], in particular, the *ultima ratio* principle and the protection of legal interests», ribadendo successivamente (p. 39) che «the *ultima ratio* principle is a restriction that can be derived from the principle of proportionality», e (p. 42) «theory of legal interest [and] *ultima ratio* [principles]» sono «sub-principles» del principio di proporzionalità.

³¹⁹ E quindi giustiziabili.

³²⁰ Si tenderà a limitare il più possibile l'impiego dell'espressione "sussidiarietà penale", per evitare ogni possibile equivoco (peraltro meramente lessicale) con il principio di "sussidiarietà europea" e in considerazione del fatto che la letteratura offre un'equivalente espressione di sicuro impatto significante, quella appunto di *extrema* o *ultima ratio*.

4.3.1 Il principio di proporzione: storia e attualità.

Se il concetto di proporzione sorge nelle scienze matematiche e si sviluppa poi in rami anche umanistici del sapere, quali la filosofia e l'arte, esso è divenuto in tempi relativamente più recenti un approdo tipico anche delle scienze sociali ed economiche, e tra esse del diritto³²¹.

È l'Illuminismo a introdurre l'idea della necessaria proporzione tra reato e pena³²², idea che trova proclamazione solenne nell'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789³²³.

Dall'originario alveo del diritto penale il principio viene mutuato in ogni ambito del diritto, in quanto criterio di gestione dei conflitti tra interessi, ovvero – più tecnicamente – tra principi: «the proportionality principle is widely perceived as the preferred procedure for managing disputes involving an alleged conflict between two rights claims, between a rights provision and a state or public interest (constitutional law), or between a private interest and a state or public interest (administrative law)»³²⁴.

È pertanto sempre nel diritto pubblico, e in particolare nel diritto di polizia prussiano del XIX secolo, che il principio in rassegna trova affermazione nelle modalità oggi prevalenti nel diritto continentale. È in particolare a partire dal caso *Kreuzberg*³²⁵ che si afferma la necessità di verificare che il mezzo impiegato dalla pubblica autorità per perseguire uno scopo legittimo deve essere il meno invasivo per la sfera giuridica individuale del soggetto che ne subisce l'azione³²⁶.

A partire da tale specifica applicazione, il principio si espande soprattutto in corrispondenza con l'ingresso del welfare State nei moderni ordinamenti costituzionali: «the essence of the proportionality principle is that it makes it possible to combine a liberal rights-based constitutional

³²¹ Per una prospettiva giusfilosofica, con riferimenti all'elaborazione concettuale del mondo classico, cfr. POOLE, *Proportionality in Perspective*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 16/2010, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1712449> (url consultato il 10 febbraio 2015).

³²² Cfr. l'opera di Cesare Beccaria, ma – prima di questi – le *Costituzioni di Sua Maestà il Re di Sardegna*, emanate tra il 1723 e il 1729 da Vittorio Amedeo II di Savoia, ove si prevede che la pena sia “adeguata”, “giusta” e, appunto, “proporzionata” rispetto alla “quantità dei delitti”, fornendo così dei parametri idonei ad arginare l'arbitrio giudiziale.

³²³ «La Legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie [omissis]».

³²⁴ HARBO, *The Function*, cit., 2/2010, p. 158.

³²⁵ *Oberwaltungsgericht* (Tribunale amministrativo superiore prussiano), 14 giugno 1882, in *PROVGE*, 9, 353 ss., richiamata da più commentatori, tra gli altri GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 12.

³²⁶ «La polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni» (l'espressione è di FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, p. 354, richiamato da GALETTA, *Principio*, cit., p. 14).

rationality with a strong commitment to a welfare state»³²⁷. Tale espansione si verifica quindi in corrispondenza con l'ingresso nell'ordinamento di una scala di valori nuova e assai più complessa, nella quale i diritti necessariamente interagiscono tra loro, limitandosi a vicenda e rendendo pertanto necessario un loro bilanciamento reciproco: è in questo senso che la costruzione classica della proporzione come selezione del mezzo *idoneo* e *meno invasivo*, si arricchisce di un terzo elemento, la c.d. proporzionalità in senso stretto, la quale persegue il mantenimento di un equilibrio tra la gravità dell'intervento pubblico sulla sfera privata, la rilevanza dell'interesse pubblico perseguito e l'importanza di quello privato leso.

La *struttura classica* del principio continentale di proporzionalità è pertanto *triadica*, ed è sintetizzabile nei tre test di:

- idoneità (*Geeignetheit*), in termini di rapporto tra lo scopo prefissato e il mezzo approntato: il mezzo sarà idoneo qualora possieda una qualche efficienza causale rispetto allo scopo, apprezzabile anche solo in una dimensione astratta³²⁸;

- necessità (*Erforderlichkeit*), in termini di rapporto tra il mezzo (idoneo) prescelto e tutti gli altri mezzi (idonei) possibili, da un lato, e la lesione dell'interesse individuale, dall'altro: sarà necessario quel mezzo che, a pari idoneità, arrechi il minor danno possibile all'interesse privato³²⁹;

- proporzione *strictu sensu* (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), in termini di rapporto tra scopo (pubblico) perseguito e interesse (privato) violato: «quanto più sensibilmente si ritiene di dovere intervenire nella sfera giuridica del singolo, tanto più rilevante dovrà essere l'interesse generale della collettività che con quell'intervento si intende perseguire»³³⁰. In tal modo, non “qualunque” intervento pubblico, purché idoneo e necessario, è ammissibile, ma i pubblici poteri possono essere chiamati a desistere dal perseguimento di un determinato interesse qualora questo sia recessivo di fronte all'importante lesione cagionata al privato dall'intervento idoneo e necessario a perseguirlo.

La prospettiva concretizzata nel principio di proporzione così concepito è chiaramente influenzata da canoni di razionalità materiale, fondata su un rapporto di adeguatezza intercorrente

³²⁷ HARBO, *The Function*, cit., p. 158.

³²⁸ Il mezzo è pertanto idoneo anche se, occasionalmente, si riveli non in grado di raggiungere l'obiettivo, purché sia mantenuta l'efficienza causale sul piano astratto.

³²⁹ E pertanto, se il mezzo idoneo è uno solo, esso ha per ciò stesso già superato il test di necessità.

³³⁰ GALETTA, *Voce Principio di proporzionalità [dir. amm.]*, in *Enciclopedia del diritto Treccani*, ed. Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2012, in fine par. 2.

tra *due* termini correlati la cui congruità è dimostrata sulla base di valutazioni e conoscenze extragiuridiche, appunto permeate da una razionalità di tipo materiale³³¹.

Il modello concettuale elaborato dalla dottrina e della giurisprudenza tedesche non è tuttavia l'unico. Il *diritto amministrativo inglese*, ad esempio, ha elaborato una concezione del controllo giudiziale degli atti autoritativi che si discosta dal test tripartito di matrice tedesca. Si tratta del c.d. *Wednesbury reasonableness test*³³², per il quale l'atto della pubblica autorità può essere censurato giudizialmente per irragionevolezza solo «if it is so unreasonable or irrational that no reasonable public body could have made it, the typical example being the school teacher who is dismissed because she has red hair»³³³.

Un altro modello presente nel panorama costituzionale europeo è quello adottato dalla *giurisprudenza costituzionale italiana*, con particolare riferimento alla valutazione della proporzione tra fatto di reato e relativa sanzione: l'orientamento costante della Corte costituzionale è in proposito infatti quello di censurare le asimmetrie punitive che si appalesino irragionevoli tra fattispecie sostanzialmente comparabili³³⁴, e tuttavia la stessa censurabilità della (pur evidente) disparità di trattamento viene avocata «nel prisma della ragionevolezza-eguaglianza, ritenendo *conditio sine qua non* per una decisione di accoglimento l'individuazione di un cd. *tertium comparationis* che evidenzi la sperequazione sanzionatoria»³³⁵. Se l'esigenza dell'individuazione della sanzione-parametro si può certamente ascrivere al tradizionale *self restraint* della Consulta nel censurare le scelte politiche del legislatore, è un fatto che la Corte proceda a dichiarare l'illegittimità costituzionale di cornici sanzionatorie solo quando la loro sproporzione sia segnalata rispetto a fattispecie omogenee, omogeneità che viene a sua volta assoggettata a stretto scrutinio per poter legittimare una decisione ablatoria resa "a rime obbligate"³³⁶. In altre parole, al Corte censura la sproporzione solo quando essa si ponga in termini

³³¹ Per questa osservazione si veda ad esempio SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2012, in particolare p. 114 s..

³³² Elaborato dalla House of Lords nel caso *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation* (1948).

³³³ HARBO, *The Function*, cit., p. 161, nt. 10.

³³⁴ In tale senso ad es. MANES, voce *Principio di proporzionalità*, cit..

³³⁵ *Op. loc. ult. cit.*.

³³⁶ Per approfondimenti cfr. sempre *op. ult. cit.*, in particolare al par. 3.1 ove è riferita la vicenda che ha portato, dopo una prima pronuncia di manifesta infondatezza (C. cost., ord. 22 luglio 2011, n. 240), alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del sequestro di persona a scopo di estorsione nella parte in cui non prevede l'applicabilità della diminuzione di pena per i fatti di lieve entità (C. cost., 19 marzo 2012, n. 68).

relativi, ossia rispetto a un'altra figura che si assume in sé proporzionata, e non quando le sia richiesta una valutazione di carattere assoluto, fondata cioè sul mero raffronto tra fatto e pena.

All'interno di questa varietà di modelli³³⁷, l'ordinamento comunitario ha sviluppato una propria elaborazione del principio di proporzione, seppure in via di prima approssimazione si possa affermare che la Corte di giustizia abbia attinto prevalentemente al modello tedesco del sindacato tripartito.

4.3.1.1 *Il principio di proporzione materiale: l'elaborazione concettuale.*

Non previsto dai Trattati istitutivi, il principio di proporzione è stato impiegato sin da subito quale strumento per bilanciare gli effetti della regolamentazione del mercato interno. La prima pronuncia nella quale può rinvenirsi traccia di tale approccio fa data al 1956³³⁸, nella quale la Corte di giustizia della CECA censura un provvedimento dell'Alta Autorità per non aver selezionato, tra tutti gli strumenti idonei allo scopo, quello meno invasivo per le imprese destinatarie. Si riconoscono chiaramente i primi due termini del sindacato di proporzionalità proprio dell'ordinamento tedesco.

Se in altre pronunce viene applicato il medesimo schema decisionale³³⁹, la prima pronuncia nella quale il tema emerge invece espressamente fa data a quattordici anni più tardi: il caso, sollevato da una corte tedesca, riguardava l'applicazione di norme regolamentari³⁴⁰ relative all'obbligo di versamento di cauzioni per l'esportazione. La base giuridica sulla quale tali norme erano state emanate, l'allora art. 40, par. 3, TCE, faceva riferimento al concetto di "necessità", consentendo che l'organizzazione comune del mercato in questione potesse comprendere «tutte le misure necessarie al raggiungimento degli obiettivi definiti dall'art. 39» del medesimo Trattato.

³³⁷ Varietà che peraltro si arricchisce se lo sguardo si eleva al di fuori dei confini dell'Unione: per una prospettiva comparatistica sui sistemi canadese e israeliano cfr. HICKMAN, *Proportionality: Comparative Law Lessons*, in *Judicial Review*, 2007, pp. 31 ss.

³³⁸ Corte di giustizia CECA, 29 novembre 1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique*.

³³⁹ Ad es., CGCE, 13 luglio 1962, C-19/61, *Mannesmann AG c. Alta Autorità*, ove si afferma che «l'Alta Autorità, nell'elaborare e nell'applicare i meccanismi finanziari che essa istituisce per salvaguardare l'equilibrio del mercato, ha senza dubbio l'obbligo di *tener conto della realtà economica alla quale questi meccanismi vanno applicati*, affinché gli scopi perseguiti siano raggiunti *nel modo migliore e col minimo sacrificio possibile per le imprese partecipanti*; questa esigenza di giustizia va tuttavia temperata col principio della certezza del diritto, che a sua volta trae origine da considerazioni di equità e di economia. Queste due esigenze vanno conciliate *in modo da implicare il minimo sacrificio possibile per il complesso delle persone soggette alla Comunità*» (par. 1, corsivi aggiunti).

³⁴⁰ Contenute esattamente nel regolamento del Consiglio del 13 giugno 1967, n. 120, e nel regolamento della Commissione del 21 agosto 1967, n. 473.

La Corte, nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*³⁴¹, facendo espresso riferimento a tale norma, svolge una verifica, seppur sintetica, circa l'esistenza e l'idoneità di altri mezzi a far conseguire il medesimo scopo prefissato dalla normativa in questione (parr. 11-13 *in diritto*), concludendo per la loro maggiore gravosità e/o minore efficacia rispetto al sistema di cauzioni approntato, e confermando pertanto la validità della normativa censurata nel giudizio *a quo*. La controversia in questione, peraltro, coinvolgeva in maniera ben più rilevante i rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale: il giudice *a quo*, infatti, non si limitava a censurare la validità delle citate norme regolamentari rispetto all'ordinamento comunitario ma ne rilevava un contrasto anche rispetto ad alcuni diritti fondamentali sanciti nella costituzione tedesca. È per tale ragione che la Corte, nei primi paragrafi della parte *in diritto*, si affretta a precisare che, nonostante «il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non [possa] sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato [...] è tuttavia opportuno accertare se non sia stata violata alcuna garanzia analoga, inerente al diritto comunitario. La tutela dei diritti fondamentali costituisce infatti parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità»³⁴². È rispetto a tale più rilevante interesse, quello cioè di evitare lo scontro con il sistema di protezione dei diritti fondamentali a livello nazionale, che la Corte, come già visto *supra*, avoca a sé tale controllo, «reconciling fundamental rights and supremacy»³⁴³.

Ad alcuni anni più tardi fa data un'altra pronuncia di interesse, nella quale la Corte sottopone a un test di proporzionalità una misura nazionale volta a limitare una delle libertà fondamentali previste dai Trattati, la libera circolazione delle merci. Si tratta della sentenza *Cassis de Dijon*, relativa alle restrizioni imposte dal diritto tedesco all'importazione e alla commercializzazione di liquori in funzione di particolari livelli di gradazione alcolica³⁴⁴. In tale

³⁴¹ CGCE, 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

³⁴² CGCE, *Internationale Handelsgesellschaft*, cit., punti 3 e 4.

³⁴³ SAUTER, *Proportionality in EU law: a balancing act?*, in *TILEC Discussion Papers*, 3/2013, 25 gennaio 2013, p. 7.

³⁴⁴ CGCE, 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, meglio nota come "caso Cassis de Dijon". In estrema sintesi, la legge tedesca censurata prevedeva che talune bevande alcoliche potessero essere distribuite solo qualora presentassero una gradazione alcolica non inferiore a determinati standard, così penalizzando la libera circolazione dei medesimi liquori qualora, prodotti all'estero secondo disciplinari

pronuncia la Corte esamina la disposizione nazionale per identificarne il legittimo scopo di tutela (rinvenuto, nel caso concreto, nella protezione dei consumatori dal punto di vista informativo) e vaglia alla luce di ciò non soltanto l'idoneità della restrizione a conseguire lo scopo prefissato ma anche l'eventuale presenza di mezzi meno limitativi della libertà fondamentale interessata, finendo per concludere che, poiché la medesima finalità protettiva poteva essere perseguita mediante l'imposizione di obblighi di etichettatura dei prodotti, la misura prevista dal diritto tedesco doveva intendersi sproporzionata e quindi comunitariamente incompatibile.

Lo sviluppo, anche successivo, della giurisprudenza della Corte di giustizia ha mostrato che l'adesione al modello tedesco è solo apparente e che l'ordinamento dell'Unione ha progressivamente elaborato una propria concezione rispetto al principio di proporzione.

Si giunge così al punto nodale della questione: l'esame della copiosa giurisprudenza in materia conduce a conclusioni le quali, seppure con varietà di accenti, tendono a *escludere che esista una concezione unitaria circa il principio di proporzione nelle pronunce della Corte di Lussemburgo*.

Tradizionalmente³⁴⁵ si distingue tra almeno due modelli, o meglio, tra due diversi approcci che la Corte adotta in due diverse categorie di situazioni: una dimensione "orizzontale", rappresentata dai casi nei quali la Corte giudica della proporzionalità di misure adottate da organi dell'Unione, e che possiede delle somiglianze strutturali con un giudizio di legittimità costituzionale, nel quale cioè la Corte si comporta come organo di vertice del sistema costituito dall'ordinamento dell'Unione; una dimensione "verticale", costituita dai casi nei quali la Corte è chiamata a censurare misure nazionali emanate in settori di rilevanza comunitaria.

Il quadro complessivo appare tuttavia influenzato da una serie più articolata di variabili le quali «might not provide a solid enough empirical basis for a general theory regarding the court's application of the proportionality principle»³⁴⁶. Tale dato è stato salutato con favore da una parte della dottrina, la quale ritiene che «the usefulness of the proportionality test lies in that it gives the courts maximum flexibility in reviewing administrative discretion within acceptable limits», ma è stato altresì osservato che si debba verificare «whether the discretionary margin is too wide for the sake of legal certainty». Tale difformità di opinioni conduce a considerare un ulteriore profilo,

e tradizioni diverse, presentassero gradazioni inferiori. La pronuncia costituisce un vero e proprio *leading case* in materia di c.d. discriminazioni indirette (cfr. TESAURO, *Diritto*, cit., pp. 408 ss.).

³⁴⁵ Cfr., fra gli altri, HARBO, *The Function*, cit., p. 172.

³⁴⁶ HARBO, *The Function*, cit., p. 180.

di carattere assai più generale, consistente nel retroterra culturale all'interno del quale siffatte opinioni vengono sviluppate. Già *supra*, a proposito della crisi del principio di legalità, si è avuto modo di evidenziare l'esistenza di opinioni che salutano con favore un potenziamento del ruolo delle corti nelle dinamiche multilivello in una sorta di "compensazione" del depotenziamento del ruolo del legislatore: anche in questo caso gli esiti dell'indagine giurisprudenziale si legano a doppio filo al pensiero dominante, nell'autore di volta in volta considerato, circa l'autonomia del legislatore, la natura del controllo giudiziale, la natura stessa dei diritti individuali e il loro rapporto con l'interesse pubblico.

Il tema è amplissimo e i suoi esiti probabilmente ad oggi irrisolti; inoltre, questo discorso costituisce solo una più generale premessa rispetto agli obiettivi che questo paragrafo si è posto.

È pertanto opportuno riferire solo in sintesi i capisaldi di tali riflessioni, e tentare di incrociarli con i risultati delle indagini casistiche effettuate dalla dottrina. In tal modo si potrà riprendere l'indagine circa l'evoluzione attuale del principio in rassegna.

In una prima approssimazione, la Corte di giustizia appare interpretare il principio di proporzionalità in maniera analoga al modello tedesco solo quando si trova a giudicare delle misure nazionali confliggenti con le libertà fondamentali³⁴⁷, mentre sembra adottare un più blando test di non manifesta irragionevolezza quando deve giudicare della legittimità di misure adottate dall'Unione³⁴⁸. Inoltre, anche quando applica il modello triadico dell'idoneità-necessità-proporzionalità, la Corte appare modellare il terzo e più pregnante test di proporzionalità *strictu sensu* in maniera più o meno stringente a seconda del risultato che intende raggiungere.

Questa applicazione "a senso unico" del più restrittivo criterio della proporzionalità in senso stretto, in uno con gli ampi spazi discrezionali lasciati al legislatore dell'Unione tramite l'adozione del blando criterio di non manifesta irragionevolezza, sarebbe votata – nell'opinione prevalente – al raggiungimento di uno scopo specifico, quello di favorire l'integrazione europea, in pieno clima funzionalistico.

L'esame della giurisprudenza mostra in realtà *una casistica più ricca e variabile*, nella quale emerge l'importanza di altri fattori, come la presenza di un diritto fondamentale tra i termini del bilanciamento, ovvero la fonte (legislativa o amministrativa) della misura scrutinata.

³⁴⁷ «It will quash national legislation if it finds that the national legislator has not chosen the *less restrictive alternative*» (HARBO, *The Function*, cit., p. 172, corsivo nel testo).

³⁴⁸ «The court will only quash the regulatory measures if it finds them *manifestly inappropriate*» (HARBO, *The Function*, cit., p. 172, corsivo nel testo).

Peraltro, la stessa nozione di *diritto* fondamentale (nel già citato caso *Handelsgesellschaft*, ad esempio, il diritto di proprietà) si confonde spesso con quella di *principio* fondamentale (nel medesimo caso, la costruzione del mercato comune), per cui il quadro generale risulta ulteriormente complicato dal fatto di doversi rapportare con diverse tavole assiologiche che si sovrappongono e si intersecano.

Ciò accade in particolare quando diritti di carattere economico siano coinvolti, poiché essi normalmente posseggono nella scala di valori nazionale una posizione inferiore a quella, centrale, che gli viene attribuita nell'ordinamento dell'Unione³⁴⁹.

Tale conclusione tuttavia si attenua quando il bilanciamento non sia operato tra un principio fondamentale di natura economica e una sua limitazione altrettanto economica e pertanto omogenea, bensì tra un diritto economico (una delle quattro libertà fondamentali, ad esempio) e un diritto di diversa natura, particolarmente quando tutelato da norme del Trattato o della Convenzione EDU: questo è il caso, ad esempio, della trasparenza della pubblica amministrazione³⁵⁰, del diritto di manifestazione del pensiero³⁵¹ e della protezione della dignità umana³⁵². In quest'ultimo caso, in particolare, si è evidenziato come l'importante restrizione alla libera circolazione delle merci³⁵³ sia stata bilanciata con un diritto fondamentale dotato di enorme rilievo.

Tale ultima osservazione consente di introdurre nell'armamentario ermeneutico non solo la tipologia del diritto non-economico coinvolto ma anche la sua gradazione assiologica nell'ordinamento di riferimento³⁵⁴. L'affermazione potrebbe tuttavia apparire smentita dalla

³⁴⁹ L'esempio più frequentemente richiamato è CGCE, 20 maggio 1976, C-104/75, *de Peijper*, nel quale la Corte cassa una misura nazionale in materia di informazione circa la compravendita di prodotti farmaceutici a seguito di una serrata analisi circa le ulteriori possibili misure meno restrittive, sostituendosi in tutto e per tutto all'autorità nazionale nella scelta della misura appropriata. Cfr. la più ampia analisi in HARBO, *The Function*, cit., pp. 173 ss..

³⁵⁰ Cfr. ad es., CGUE, 6 dicembre 2001, C-353/99P, *Consiglio c. Hautala*, nel quale la Corte ha bilanciato il diritto della ricorrente (Parlamentare europea) ad avere accesso a documentazione riservata del Consiglio, verificando puntualmente se e in quale misura tali diritti potessero essere conciliati in una *discosure* parziale.

³⁵¹ Il *leading case* in materia è certamente CGUE, 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Austria*, nel quale la Corte ha ritenuto non ulteriormente comprimibile il diritto di espressione e manifestazione del pensiero (esercitato per trenta ore consecutive sull'autostrada del Brennero, impedendone conseguentemente il funzionamento), neppure rispetto alla libertà fondamentale di circolazione delle merci.

³⁵² Il pensiero corre al già citato caso *Omega* (cfr. *supra*, nt. 57).

³⁵³ Nel caso *Omega*, ora citato, la Corte ha ritenuto legittima perché proporzionata la totale restrizione alla vendita di un gioco di simulazione bellica in Germania, sulla base del contrasto tra la realistica rappresentazione dell'uccisione dell'avversario con il principio fondamentale della dignità umana tutelato dal *Grundgesetz*.

³⁵⁴ Un esempio è la sentenza CGUE, 14 dicembre 2004, C-210/03, *Swedish Match AB e Swedish Match UK Ltd c. Secretary of State for Health*, nella quale la proibizione assoluta di vendita di tabacco per uso orale viene ritenuta

recente pronuncia *Melloni*³⁵⁵ e più in generale da tutte le pronunce caratterizzate dal *refrain* per il quale «il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato»³⁵⁶. Ciò è solo in parte vero, e introduce un ulteriore canone di interpretazione delle scelte compiute dalla Corte in materia di proporzionalità, *ovvero il grado di integrazione della politica europea di riferimento*³⁵⁷, ciò che spiegherebbe perché in tema di diritti sociali e di espressione sembra essere lasciato al legislatore nazionale un margine di discrezionalità maggiore, vuoi perché le relative politiche sono soggette a un minor grado di integrazione³⁵⁸ vuoi perché in questi casi il bilanciamento è più complesso per essere i due termini in gioco del tutto disomogenei³⁵⁹.

Al criterio del grado di integrazione si dovrebbe aggiungere la pertinenza del diritto oggetto di bilanciamento ai *diritti connessi con la cittadinanza europea* e soprattutto con la progressiva evoluzione che tale istituto ha conosciuto nei tempi più recenti, in special modo quando tali diritti non entrino nel caso di specie in diretto conflitto con le libertà di accesso al mercato comune: secondo questa lettura, quindi, la Corte riterrebbe *easy cases* le situazioni nelle quali la sfera della cittadinanza e quella del mercato non siano in conflitto, dovendo invece bilanciare da un lato l'importanza del diritto e dall'altro il grado della sua limitazione negli *hard cases* nei quali le due sfere entrino in conflitto³⁶⁰.

Un ulteriore profilo relazionale impiegato dalla Corte è quello del rapporto tra interesse pubblico e interesse individuale, tipico dei casi relativi ai diritti di espressione e manifestazione del pensiero fino al caso, emblematico, della regolamentazione dello sciopero: questi sono i casi nei quali risulta più evidente l'applicazione della stretta proporzionalità, dovendosi bilanciare – ad

proporzionata al sacrificio imposto ai produttori in ragione della soverchiante importanza dell'obiettivo di tutela della salute umana rispetto alla libertà economica di esercizio di una professione (che veniva peraltro compressa in maniera solo parziale dal divieto in parola).

³⁵⁵ Anch'essa già citata *supra*, capitolo 2, nt. 73.

³⁵⁶ Così in *Melloni* (punto 59), ma anche - tra le pronunce già citate - già *Handelsgesellschaft* (punto 3).

³⁵⁷ Particolare rilievo al «degree of harmonisation» è attribuito da SAUTER, *Proportionality*, cit., p. 15 s., e dalla dottrina ivi citata, per la quale in tali casi «the more important the restriction, the stricter the test is likely to be» (ivi).

³⁵⁸ Ciò accade soprattutto nel settore sanitario, dove «the Court seems cautious to avoid upsetting national healthcare systems by applying a strict [less restrictive measure] test. This may be because Member States remain in charge of the level of health services they want to provide and indeed in charge of the organisation and delivery of health services and medical care» (SAUTER, *Proportionality*, cit., p. 12).

³⁵⁹ In tal senso SAUTER, *Proportionality*, cit., p. 10.

³⁶⁰ Ad es. il già citato caso *Schmidberger* (cfr. *supra*, nt. 351).

esempio – il diritto di proprietà/iniziativa economica del datore di lavoro con l’interesse collettivo dei lavoratori scioperanti³⁶¹.

Muovendo ora dalla ricerca di criteri informativi delle decisioni giudiziali ai limiti che la Corte si pone nello scrutinio, deve essere evidenziato come l’atteggiamento di maggiore severità adottato nei bilanciamenti c.d. verticali sia temperato da alcuni parametri³⁶²: agli Stati membri sembra infatti garantito il rispetto del c.d. *equally effective mean*, per cui se la misura censurata, per quanto pervasiva, si dimostra l’unica a garantire *quel* dato (e legittimo) livello di protezione essa sarà tendenzialmente legittima; ancora, la Corte, per rispetto alla reciproca sovranità degli Stati membri, tende a non effettuare comparazioni tra le misure adottate dal singolo Stato e le scelte operate in altri Stati membri; da ultimo, la Corte rifiuta di considerare mezzi alternativi a quello censurato e che però si pongano come del tutto ipotetici nel quadro delle possibilità offerte dalla legislazione statale, evitando di gravare lo Stato di un eccessivo «onere probatorio»³⁶³.

In conclusione, pertanto, appare chiaro come i diversi ed articolati tentativi della dottrina di ricostruire in chiave unitaria e coerente l’impiego del principio di proporzione da parte della Corte di giustizia risultino in ogni caso insoddisfacenti: se da un lato la pletora di criteri, sotto-criteri, eccezioni e incertezze legittimerebbe di fatto la radicale negazione dell’esistenza di un approccio veramente coerente del giudice dell’Unione in materia di proporzione, dall’altro – anche ritenendo che l’elevato grado di complessità non possa negare una sostanziale coerenza di approccio – detta complessità è tale da inficiare perlomeno la certezza e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e da lasciare la sensazione di un ampio grado di arbitrio che la Corte di giustizia si riserva nel condurre quella che nei fatti si rivela un’operazione di politica giudiziaria nei riguardi nell’obiettivo della massima integrazione³⁶⁴.

La **lettura degli esiti** dell’analisi casistica deve allora essere condotta con diverse lenti, e precisamente introducendo quegli elementi di politica e filosofia del diritto cui già si faceva cenno: occorre infatti considerare le ragioni per le quali una Corte di vertice necessiti di riferirsi più o

³⁶¹ Ad es. cfr. i casi CGUE, 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers’ Federation e Finnish Seamen’s Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti (Viking)*, e CGUE, 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet (Laval)*.

³⁶² Per esemplificazioni circa i rilievi che ora si sintetizzeranno vd. SAUTER, *Proportionality*, cit., p. 19 s., notando sin d’ora che i tre limiti in parola soffrono comunque robuste eccezioni che li rendono una chiave di lettura solo tendenziale.

³⁶³ Così ad es. in CGUE, 23 ottobre 1997, C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi (electricity import monopoly)*.

³⁶⁴ La critica è particolarmente forte in HARBO, *The Function*, cit., p. 184.

meno esplicitamente al principio di proporzione, e quali siano le concezioni di diritto individuale, di democrazia e del ruolo del potere giudiziario che tale visione sottenda.

Il tema, come detto, è dei più complessi. Sia pertanto consentito farne brevi cenni.

Come già ricordato, in primo luogo, il principio di proporzione nella forma sin qui considerata può essere definito come un canone di razionalità materiale, ovvero una modalità per attribuire alla decisione un supporto di razionalità tendenzialmente universale, in grado di promuovere una maggiore condivisione dell'esito giudiziale³⁶⁵ nonché un'immagine maggiormente "neutrale" del soggetto che produce la decisione.

La razionalità delle decisioni ha inoltre l'effetto di rendere più prevedibili i successivi esiti e di performare, entro certi limiti, il comportamento futuro del potere pubblico interessato, il quale avrà a disposizione dei canoni universalmente comprensibili idonei ad arricchire la descrizione del principio di diritto che ha costituito la *ratio decidendi* del caso concreto e che al contempo rappresenta il fondamento del successivo esercizio del potere pubblico.

Tale effetto, tuttavia, dipende in notevole misura dalla concezione filosofica di fondo circa i diritti: come efficacemente sintetizzato, infatti, «what might be deemed as irrational by defender of a liberal concept of law would be perceived as perfectly rational by legal positivists»³⁶⁶. La concezione circa la natura dei diritti individuali, la loro origine e il loro statuto normativo influenza infatti inevitabilmente la correlativa ampiezza attribuita alla discrezionalità legislativa e, conseguentemente, al ruolo del giudice rispetto al risultato del bilanciamento di interessi operato per via legislativa: è più difficile per il giudice sindacare la razionalità di tali bilanciamenti se non vi è a monte una ricostruzione coerente, sovraordinata e condivisa dei rapporti tra i diritti.

Tale ricostruzione, viceversa, consente al potere giudiziario una maggiore serenità nel sindacare le valutazioni legislative, le quali – al di là di ogni apprezzamento contingente – sono proprie di un corpo pubblico legittimato dall'elezione popolare. La questione coinvolge quindi anche il rapporto democratico con le decisioni³⁶⁷: «when courts in hard cases quash legislation, ie overrule a decision of a democratically elected assembly, there is a general presumption, at least from a democratic point of view, that this decision must be legitimised in one or another way»³⁶⁸.

³⁶⁵ Si rammenti quanto indicato al superiore par. 4.1 circa il ruolo della razionalità materiale nei sistemi multilivello.

³⁶⁶ HARBO, *The Function*, cit., p. 162.

³⁶⁷ Già chiamato in causa nel precedente capitolo.

³⁶⁸ HARBO, *The Function*, cit., p. 163.

La razionalità materiale, che costituisce il proprium del principio di proporzione come sin ora delineato, possiede quindi un'importante connessione con la democrazia, ed è in ciò filtrata dalla concezione che si abbia dell'estensione della stessa base concettuale di razionalità che sia a disposizione del giudice in quanto dato condiviso e, per così dire, meta-legislativo³⁶⁹.

In questo senso, allora, può accadere che la medesima corte impieghi differenti concezioni di proporzionalità in base ai differenti gradi di legittimazione dei quali goda nello specifico contesto: si giustificherebbe allora in tal modo l'evidente *self-restraint* adottato dalla Corte rispetto alle scelte "politiche" del legislatore europeo, simile a quello tradizionalmente adottato dalle corti costituzionali degli Stati membri, inclusa l'Italia, particolarmente caute a non forzare i rapporti tra potere democratico potenzialmente irrazionale e controllo non-democratico di razionalità delle decisioni assunte dal potere democratico. Nella medesima prospettiva, infine, si giustificherebbe il sindacato più stretto adottato nei riguardi delle misure nazionali confliggenti con le previsioni dei Trattati o del diritto derivato, dimensione nella quale la Corte giudica dall'esterno del sistema e rispetto alla quale può più agevolmente perseguire un intento limitativo delle spinte centrifughe delle legislazioni statali rispetto all'integrazione.

Quest'ultimo aspetto si ricollega a doppio filo a un'altra funzione del principio di proporzionalità, che già si è avuto occasione di considerare, quella prevista nei Trattati dall'art. 5, par. 4, TUE, a mente del quale «In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati». Il principio di proporzionalità possiede pertanto, nei rapporti verticali tra Unione e Stati membri, una duplice valenza: da un lato esso consente, in quanto criterio di razionalità materiale, di comparare (e se del caso censurare) le misure nazionali rispetto ai diritti conferiti dall'Unione; dall'altro, nella sua veste di criterio di ripartizione delle competenze, di valutare specularmente fino a quale limite il legislatore europeo possa spingersi nella realizzazione degli obiettivi posti dai Trattati e quando invece tale realizzazione possa e debba essere lasciata alla legislazione nazionale.

I due profili, concettualmente distinti, sono in realtà accomunati dal rilievo che già si è effettuato, ovvero dalla potenzialità limitativa, sostanziale o procedurale, del ruolo e del potere di

³⁶⁹ Per approfondimenti, qui non essenziali, circa i rapporti tra diverse concezioni filosofiche e l'ampiezza del sindacato giudiziale quanto alla proporzione come razionalità materiale, sia consentito rinviare a HARBO, *The Function*, cit., pp. 164 ss., in particolare pp. 166 ss..

intervento degli Stati membri³⁷⁰. La ristrettezza del sindacato di proporzione può allora a maggior ragione essere interpretata come un atto di difesa delle prerogative dell'ordinamento sovranazionale rispetto al margine di operatività nazionale³⁷¹.

In provvisoria conclusione, pertanto, può affermarsi che il diritto dell'Unione conosce un sindacato di proporzionalità molto stringente ma che esso è estremamente condizionato dal contesto in cui è stato elaborato ed è impiegato, il contesto (lo si ribadisce) della censura delle misure nazionali che incidono sui diritti e sulle libertà garantiti dai Trattati e della normazione primaria dell'Unione. In proposito si è rilevato, assai esplicitamente, come la Corte muova in questi giudizi da una vera e propria «presunzione di difformità ... (la misura restrittiva è illegittima tranne nei casi in cui sia proporzionata)»³⁷².

Lo stretto legame con il contesto, tuttavia, rende il modello «di difficile esportabilità, segnatamente al controllo degli atti del diritto derivato dell'Unione europea e alle norme penali nazionali poste in attuazione degli obblighi europei di penalizzazione (in cui quindi il giudizio di necessità di pena è già stato svolto a Bruxelles)»³⁷³.

Ai fini dell'indagine che ci si è prefissati occorre allora verificare se esista nell'ordinamento dell'Unione un'altra forma del principio di proporzionalità che risulti maggiormente idonea a consentire un controllo degli atti di diritto derivato, e segnatamente di quelli che l'Unione ha adottato e adotterà in materia penale.

4.3.1.2 *Il principio di proporzione formale: l'art. 49, par. 3, CDFUE, e la giurisprudenza in materia di c.d. competition fines.*

Con più specifico riferimento alla materia che ci occupa, la proporzione, stavolta intesa come nella sua accezione storicamente originaria come rapporto tra reato e pena, è affermata solennemente dall'art. 49, par. 3, CDFUE, ove si afferma che «L'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato».

³⁷⁰ «La proporzionalità, combinata con il principio di sussidiarietà comunitaria, è stata elevata a criterio direttiva dell'esercizio delle competenze comunitarie, che deve assumere sempre *la forma che comporti il minore sacrificio per i diritti individuali, da un lato, e per la sfera di sovranità dei singoli Stati membri, dall'altro*» (MAUGERI, *Il principio*, cit., p. 82, corsivo aggiunto).

³⁷¹ In tale ottica si può leggere anche la scarsissima incisività delle valutazioni di proporzionalità che si è più volte stigmatizzata nei testi esaminati nel superiore capitolo terzo.

³⁷² SOTIS, *I principi*, cit., p. 117.

³⁷³ *Op. ult. cit.*, p. 118.

Come rilevato in dottrina³⁷⁴, tale principio si palesa strutturalmente diverso da quello considerato al paragrafo precedente: esso possiede infatti *un carattere intrinsecamente formale*, rivolto cioè non tanto a mettere in relazione una norma con un insieme di saperi empirici dai quali trarre nozioni di razionalità, appunto materiale; bensì a correlare fra loro due termini entrambi relativi, tra i quali è dato individuare un rapporto reciproco sprovvisto tuttavia, almeno in via di prima approssimazione, di agganci con dei parametri fissi e indipendenti da entrambe le variabili. In piana applicazione di elementari principi matematici, da una sola funzione con due variabili non potrà mai ottenersi un insieme omogeneo di coppie di valori accettabili senza che si sia previamente individuato un contesto cartesiano di riferimento: il principio, così come strutturato, non appare quindi in grado – da solo – di fornire risposte precise né un supporto adeguato all’analisi.

Innanzitutto, il principio in questione necessita sempre di un parametro fisso di riferimento, un *tertium comparationis* che dica “rispetto a che cosa” il rapporto tra reato e pena possa essere censurato: in altre parole, è necessario individuare previamente un rapporto “corretto” tra un reato assimilabile a quello in esame e la pena per questo comminata, e da lì muovere per criticare la proporzionalità della pena rispetto al reato in esame. Il ragionamento, che rievoca il metodo con il quale opera il principio di eguaglianza, somiglia molto all’idea di proporzione che si è vista caratterizzare il giudizio di congruità reato-pena nella giurisprudenza costituzionale italiana³⁷⁵.

La necessità di individuare un corretto *tertium comparationis* conduce poi a un ulteriore interrogativo, in che modo cioè valutare la “somiglianza” tra un reato e l’altro. L’art. 49 CDFUE impiega infatti una formula asciutta e agnostica, indicando il termine di paragone della “intensità della pena” nel “reato” (e non, ad esempio, nella sua gravità³⁷⁶).

Ma anche a voler ritenere più o meno ovvio che il “reato” sia considerato nella sua gravità, il criterio relazionale resta «cieco e relativistico, buono davvero per tutte le stagioni. Se fosse consolidata (almeno in astratto) la punibilità con la pena di morte (come in Cina), o anche con una pena comunque severissima e molto elevata, per il contrabbando di auto, per il traffico di stupefacenti ma anche per l’abigeato, oltre che per altri fatti davvero gravissimi, che cosa non sarebbe “proporzionato” a tali scelte di valore?»³⁷⁷.

³⁷⁴ Cfr. SOTIS, *I principi*, cit., pp. 118 ss..

³⁷⁵ Cfr. *supra*, par. 4.3.1.

³⁷⁶ Per vero, la comparazione linguistica sembra suggerire una più precisa idea di “fatto/fattispecie di reato” (in inglese “criminal offence”, in francese “infraction”, in tedesco “straftat”, in spagnolo “infracción”).

³⁷⁷ DONINI, *Il principio*, cit., p. 18.

Per condurre questo giudizio a carattere formale è infatti necessario «sapere (perlomeno) tre cose: (1) quale è la gerarchia degli interessi in gioco, (2) quale è la scala di pene, e (3) alla luce di quale ideologia penalistica dobbiamo valutare il concetto di “gravità del reato”»³⁷⁸. Si deve dare cioè alla funzione a due variabili il già richiamato contesto cartesiano di riferimento, in modo tale che esse possano produrre – in metafora – una serie ordinata di coppie di valori “reato-pena”.

Quanto alla gerarchia degli interessi in gioco, l’ingresso nel terreno di gioco della Carta dei diritti fondamentali potrebbe costituire valida ragione per concludere nel senso che l’Unione posseda una tavola assiologica sufficientemente precisa, permettendo «di dire ad esempio che l’omicidio è più grave della truffa»³⁷⁹. Tuttavia, come peraltro rilevato dalla medesima voce dottrina³⁸⁰, «in prospettiva europea tale affermazione è tutt’altro che ovvia». Infatti, e come già evidenziato in più luoghi nel presente lavoro, l’Unione risente tuttora di una “abnorme” (dal punto di vista degli ordinamenti nazionali) centralità del fattore economico, sotto un duplice punto di vista: i diritti e le libertà relativi allo sviluppo del mercato comune rivestono un ruolo chiave nella scala di valori dell’Unione³⁸¹, come dimostrato anche dalla cursoria disamina giurisprudenziale riferita *supra* nel precedente paragrafo; inoltre, la protezione degli interessi finanziari dell’Unione è come visto da sempre il settore nel quale sono dispiegate le maggiori forze di tutela, di poteri d’indagine e di repressione.

Che tale ragionamento non si fermi alla pura teoria è reso evidente, ad esempio, dai minimi dei massimi edittali previsti dalla già esaminata decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, del 29 maggio 2000, sulla tutela penale dell’euro³⁸²: in quella sede, lo si ricorda, il legislatore europeo ha richiesto agli Stati membri di sanzionare le condotte di «falsificazione o alterazione fraudolenta di monete» di cui all’art. 3, par. 1, lett. 1), decisione citata, con una pena massima non inferiore agli otto anni di detenzione, medesimo quadro edittale previsto successivamente per la partecipazione ad organizzazione terroristica dalla decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo³⁸³.

³⁷⁸ SOTIS, *I principi*, cit., p. 118.

³⁷⁹ *Op. loc. ult. cit.*.

³⁸⁰ *Op. loc. ult. cit.*, nt. 30.

³⁸¹ Non è questa la sede per effettuare valutazioni di questo tipo, ma appare possibile affermare che in questa centralità vi sia anche un elemento “identitario” legato al fatto che la costruzione del mercato comune rappresenta il primo grande obiettivo storico effettivamente conseguito dalle Comunità ed è pertanto idoneo ad atteggiarsi a nucleo duro dell’integrazione, da tutelare e mantenere “ad ogni costo”.

³⁸² Cfr. *supra*, par. 3.1.2.

³⁸³ Anch’essa esaminata *supra*, par. 3.1.4.

Nel raffrontare tali livelli sanzionatori, si era riportato il (condivisibile e condiviso) rilievo per cui l'azione del legislatore europeo appare in questi contesti del tutto incoerente, sanzionandosi in maniera analoga lesioni a beni di rilevanza assai diversa. Ma appunto, e questo è il passaggio che ora è consentito effettuare, la rilevanza è diversa solo se si adotta un determinato quadro assiologico di riferimento, altrimenti risultando impossibile o comunque arbitrario operare comparazioni. Se poi ci si introduce in un contesto valoriale nel quale la tutela della circolazione della moneta europea assume un'importanza cruciale, vuoi perché simbolicamente connotata vuoi perché coesistente all'esistenza stessa dell'ente sovranazionale³⁸⁴, la comparazione tra le due cornici sanzionatorie può risultare addirittura coerente.

*Tuttavia, in questo quadro di plausibile disorientamento assiologico, non può negarsi efficacia al nuovo vigore attribuito dal Trattato di Lisbona alla Carta dei diritti fondamentali, la quale – al di là dei preesistenti riferimenti contenuti nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri³⁸⁵ – ha espressamente affermato che «l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; [e che] pone la persona al centro della sua azione» (così il Preambolo alla Carta), indicando solo successivamente la finalità di «promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile e assicura[re] la libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali, nonché la libertà di stabilimento» (ivi). Inoltre, i primi tre articoli della Carta sono rispettivamente dedicati alla dignità umana, al rispetto della vita e dell'integrità fisica delle persone. In proposito, le già citate *Spiegazioni relative alla Carta* così commentano la collocazione della dignità umana al vertice della Carta:*

«La dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 consacra la dignità umana nel preambolo: «Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo». Nella sentenza del 9 ottobre 2001, causa C-377/98, Regno dei Paesi Bassi/Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea (Racc. 2001, pag. I-7079), ai punti 70-77 della motivazione la Corte di giustizia ha

³⁸⁴ Dovendosi in tal caso osservare che la cornice resta comunque sproporzionata, sotto il profilo stavolta della coerenza interna, in ragione della mancata previsione di una differenziazione tra condotte maggiormente lesive e fatti bagatellari.

³⁸⁵ E peraltro valorizzati dalla stessa Carta, oltre che dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

confermato che il diritto fondamentale alla dignità umana è parte integrante del diritto dell'Unione.

Ne consegue, in particolare, che nessuno dei diritti sanciti nella presente Carta può essere usato per recare pregiudizio alla dignità altrui e che la dignità della persona umana fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti nella Carta. Essa non può pertanto subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione di un diritto».

Tuttavia, deve rammentarsi che l'ordinamento dell'Unione non è un ordinamento con finalità generali ma è regolato da un (teoricamente restrittivo) regime di attribuzione delle competenze. Inoltre, la Carta non può essere interpretata, come espressamente indicato nel testo nonché nella giurisprudenza già esaminata, come una fonte di estensione delle competenze stesse costituendo bensì uno strumento idoneo a fornire interpretazione e validità agli atti dell'Unione. Collocare al vertice della scala assiologica dell'Unione la dignità umana, lungi dal costituire una mera enunciazione di principio, non può però del pari essere considerato un elemento risolutivo rispetto ai supposti deficit di coerenza prima evidenziati.

Quello che si intende affermare, in altre parole, è che la promozione della dignità umana può ben coesistere con una repressione "forte" della falsificazione dell'euro, risultando al più idonea ad evitare più insostenibili sperequazioni³⁸⁶ ma non ancora sufficiente a fungere da parametro per più sottili e articolate distinzioni.

In ogni caso, comunque, le maggiori carenze si registrano *negli altri due elementi* della terna di requisiti sopra enunciata: l'Unione è infatti pacificamente sprovvista di una scala di pene, nonché più in generale dello *jus puniendi*, e non appare affatto agevole determinare quale sia l'ideologia di fondo sulla quale costruire una concreta valutazione circa la "gravità del reato".

La prima lacuna è assoluta: l'Unione non ha un armamentario di sanzioni penali proprio, ed è costretta a mutuarlo integralmente dagli ordinamenti degli Stati membri, da *ventotto* Stati membri. Il legislatore europeo appare ben conscio di questo deficit: ogni volta che deve porre in capo agli Stati un obbligo di criminalizzazione che vada al di là del semplice refrain delle "sanzioni penali efficaci proporzionate e dissuasive" si limita a prevedere "sanzioni privative della libertà personale" oppure provvedimenti accessori (tipicamente interdittivi) dei quali si guarda bene dal fornire qualificazioni di sorta. La particolare prudenza in punto di sanzioni era del resto uno dei

³⁸⁶ Magari tra beni più omogenei. Non sarebbe in altre parole possibile collocare la vita o l'integrità fisica al di sotto di un bene individuale meramente patrimoniale.

punti focali della giurisprudenza degli anni 2005-2007, ove la Corte, specialmente nella pronuncia sull'inquinamento causato da navi, aveva espressamente escluso che (nel quadro giuridico allora vigente) la Comunità fosse provvista del potere di indicare la tipologia e il *quantum* delle sanzioni³⁸⁷.

Sempre in punto sanzioni, poi, come si vedrà meglio *infra* sotto il profilo della coerenza³⁸⁸, un esame anche sommario degli ordinamenti degli Stati membri restituisce immediatamente un panorama talmente variegato, soprattutto nell'individuazione dei livelli edittali, che non appare in alcun modo possibile desumere da tali ordinamenti alcuna indicazione di massima che il legislatore dell'Unione possa cercare di mutuare³⁸⁹.

In questo quadro, ove l'impiego dello strumento punitivo è correlato a un incerto contesto assiologico ed è sprovvisto di qualunque tassonomia sanzionatoria, si innesta il terzo e ultimo problema evidenziato, quello relativo alla *ideologia penalistica alla luce della quale valutare il concetto di reato e della sua gravità*: occorre chiedersi, in altre parole, se l'ordinamento europeo accolga una concezione oggettivistica o soggettivistica del reato, se accolga una commistione di queste o se abbia una qualsivoglia concezione in proposito. Il quesito ha una portata amplissima, e in questa sede non è possibile affrontarlo. Quel che emerge evidentemente dalla lettura del diritto primario è che l'Unione non si occupa direttamente di queste tematiche, che del resto sono oggetto di secolare discussione negli stessi ordinamenti nazionali, i quali danno risposte differenziate ai quesiti sollevati. Si cercherà comunque di effettuare alcune osservazioni in un successivo apposito paragrafo³⁹⁰, e per tale ragione conviene sospendere in questa sede il discorso.

Raccogliendo le provvisorie conclusioni raggiunte sin qui, può comunque dubitarsi della capacità del principio di proporzione formale sancito dall'art. 49, par. 3, CDFUE, di fornire un efficiente parametro con il quale valutare i rapporti tra i reati di matrice europea e le sanzioni ad essi collegate. Ciò in ragione di un incerta tavola assiologica di riferimento, dell'assenza di un sistema di pene rispetto al quale operare raffronti, nonché di un'ideologia costituzional-penalistica

³⁸⁷ Ciò che era stato salutato con favore non tanto per la correttezza dell'interpretazione dei Trattati bensì piuttosto per l'opportunità politica e giuridica di tale esclusione. Cfr. *supra*, par. 1.1.2.4..

³⁸⁸ Cfr. *infra*, par. 4.4.2.

³⁸⁹ Si veda in proposito il risalente studio di DELMAS-MARTY, GIUDICELLI-DELAGE, LAMBERT-ABDELGAWAD (a cura di), *L'harmonisation des sanction pénales en Europe*, Paris, 2003, ma anche più recenti studi effettuati nella stessa sede europea, tra i quali il *Final Report* «Study on criminal sanction legislation and practice in representative Member States» pubblicato dalla Commissione nel novembre 2013.

³⁹⁰ Cfr. *infra*, par. 4.3.34.1.

dalla quale lasciarsi guidare nell'individuazione dei parametri di gravità dei singoli reati considerati.

Non esiste ovviamente alcun diretto **riscontro giurisprudenziale** delle conclusioni ora affermate. Tuttavia, la Corte di giustizia si è trovata e si trova frequentemente a dover giudicare di un sistema sanzionatorio proprio del diritto dell'Unione, il quale possiede un livello di severità tale da renderlo assimilabile alla materia penale: si tratta del sistema delineato dal più volte citato regolamento n. 1 del 2003, che istituisce procedure e sanzioni in materia di concorrenza.

Tale sistema può essere utilizzato, con la particolare cautela necessaria in ogni operazione scopertamente analogica, per abbozzare una verifica sperimentale circa l'atteggiamento della Corte di giustizia in materia di sanzioni.

Il sistema delle c.d. *competition fines* attribuisce alla Commissione penetranti poteri di indagine i quali, pur dovendo essere esercitati per tramite della cooperazione delle autorità nazionali³⁹¹, consentono alla Commissione di «open lock-fast places, put questions to individuals, seize documents, search electronic files, issue formal demands for information, conduct “dawn raid” inspection visits and announce that such raids have been conducted. Its powers to investigate in this way extend to private homes. ... Telling falsehood to the competition officials, refusing to reply to their questions or damaging a seal left overnight during an inspection visit can all give rise to a fine»³⁹². Inoltre, le sanzioni imposte possono raggiungere livelli ragguardevoli, in particolare fino al «10 % del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente» (art. 23, par.2, reg. 1/2003).

A prescindere quindi da ogni considerazione circa la natura “sostanzialmente penale” delle ammende in parola³⁹³, il relativo sistema rappresenta un valido termine di paragone per l'indagine prefissata nel presente paragrafo.

Sussistono tuttavia delle divergenze che non debbono essere sottovalutate, prima fra tutte il fatto che la Corte³⁹⁴ giudica delle *competition fines* come giudice del merito *ex art. 261 TFUE*³⁹⁵ e

³⁹¹ Le quali sono, beninteso, giuridicamente tenute a fornirle.

³⁹² FORRESTER, *A challenge for Europe's judge: the review of fines in competition cases*, in *Eur. law rev.*, 2011, p. 199.

³⁹³ Tema sul quale si può rinviare alle sollecitazioni offerte in FORRESTER, *A challenge*, cit., pp. 201 ss.

³⁹⁴ Più precisamente la competenza giurisdizionale è oggi attribuita al Tribunale, e alla Corte in grado di appello. Ai limitati fini di questo breve *excursus* ci si può semplicemente riferire alla “Corte” intesa come sistema.

³⁹⁵ «I regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio e dal Consiglio in virtù delle disposizioni dei trattati possono attribuire alla Corte di giustizia dell'Unione europea una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi».

art. 31, reg. 1/2003³⁹⁶, mentre il sindacato di validità sugli atti legislativi (art. 263 TFUE) è un sindacato, appunto, di legittimità³⁹⁷, e pertanto limitato ai classici vizi di incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei Trattati o di norme relative alla loro applicazione, sviamento di potere³⁹⁸. Questa differenza rilevarebbe tuttavia qualora la conclusione tratta fosse quella di un massiccio impiego dello scrutinio di proporzionalità della sanzione nell'ambito del sindacato di merito inerente le *competition fines*, nel qual caso ci si dovrebbe poi domandare se tale conclusione fosse più o meno esportabile nell'ambito della censura di legittimità delle norme penali emanate per direttiva: ciò tuttavia non è, poiché come si vedrà la Corte fa un uso del tutto marginale del principio di proporzione, e pertanto non si pone alcun problema in tal senso.

Ulteriore profilo, strettamente connesso al precedente sul piano giuridico ma da distinguere quanto al relativo impatto politico-istituzionale, inerisce la natura dell'atto impugnato, provvedimento "amministrativo" l'ammenda, espressione della discrezionalità legislativa la norma penale portata da direttiva, con tutto ciò che ne consegue in termini di diversa legittimazione (anche democratica) all'intervento giudiziale. Anche in questo caso, tuttavia, la divergenza è assai attenuata dalla considerazione che la Corte non fa un rilevante uso della proporzionalità *neppure* di fronte a un atto amministrativo, potendosi quindi *a fortiori* esportare le conclusioni all'ambito legislativo.

Esaurite le necessarie premesse, l'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *competition fines* restituisce un percorso evolutivo che, dai primi casi nei quali «there [was] usually a review of the strengths and weaknesses of the evidence and a prudent calibration of all pertinent factors», conduce a una più recente prassi giudiziale nella quale «the judicial inquiry addresses principally whether the Commission had discretion to impose the fine rather than whether that fine was appropriate»³⁹⁹.

³⁹⁶ «Art. 31 - Controllo della Corte di giustizia. La Corte di giustizia ha competenza giurisdizionale *anche di merito* per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora. Essa può *estinguere, ridurre o aumentare* l'ammenda o la penalità di mora irrogata» (corsivi aggiunti).

³⁹⁷ «La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi».

³⁹⁸ Cfr. *amplius supra*, par. 2.4..

³⁹⁹ FORRESTER, *A challenge*, cit., p. 191.

Opportunamente semplificando una *casistica*⁴⁰⁰ come sempre più variegata di ogni tassonomia, è possibile affermare che la tendenza verso un approccio più formalistico nella disamina giudiziale si sia accentuata con la pubblicazione da parte della Commissione delle già citate⁴⁰¹ linee guida per la commisurazione delle sanzioni. Pur non considerando le linee guida come elementi della norma sanzionatoria, i giudici europei si limitano nella maggior parte dei casi a verificare il rispetto dei parametri in esse indicati, spingendosi talora a correggere i meri errori materiali e di calcolo. Rari e risalenti sono invece i casi nei quali la Corte valuta, revisionandoli, parametri come la durata e la gravità delle violazioni, il coefficiente soggettivo, il grado di partecipazione di ciascun concorrente, il suo rilievo economico nella compagine illecita, etc.

La maggior parte delle pronunce vede la Corte in una posizione di deferenza rispetto al margine di discrezionalità affidato alla Commissione nella determinazione delle sanzioni, addirittura giungendo in taluni casi a negare il proprio ruolo di giudice del merito, affermando ad esempio che «la Corte, nell'ambito di un'impugnazione, non può sostituire, per motivi di equità, la propria valutazione a quella del Tribunale che statuisce, nell'esercizio della sua competenza giurisdizionale anche di merito, sull'ammontare delle ammende»⁴⁰² o, ancora, che «la competenza anche di merito di cui il Tribunale dispone ... può essere esercitata, ove necessario, solo in seguito alla *constatazione di un'illegittimità* che vizi la decisione»⁴⁰³. Alcuni esempi di come la Corte rifiuti di sindacare le scelte della Commissione, fondate o meno sulle linee guida, sono l'affermazione per la quale all'impresa la quale abbia desistito dalle condotte sanzionate *prima* dell'avvio delle indagini da parte della Commissione non possa garantirsi un trattamento più favorevole di quella che abbia cessato dalle condotte in concomitanza con detto avvio⁴⁰⁴; ovvero, il rifiuto di valutare gravità e durata delle violazioni indipendentemente dalle determinazioni della Commissione tranne quando si tratti di "errore manifesto"⁴⁰⁵, con una evidente eco del test di manifesta irragionevolezza riservato dalla Corte alle misure legislative dell'Unione⁴⁰⁶.

⁴⁰⁰ Per un esame completo e articolato si veda diffusamente l'opera citata alla nota precedente.

⁴⁰¹ A proposito delle censurabili affermazioni circa la derogabilità del principio di irretroattività della norma sanzionatoria sfavorevole in corrispondenza di un'asserita prevedibilità dell'aggravamento (giurisprudenza *Dansk Rørindustri*, cfr. *supra*, nt. 20000).

⁴⁰² Così CGUE, 24 settembre 2009, C-125/07P e riunite, *Erste Group Bank AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG e Österreichische Volksbanken AG c. Commissione (Erste)*, punto 187.

⁴⁰³ Trib.UE, 15 marzo 2006, T-15/02, *BASF AG c. Commissione*, punto 582, corsivi aggiunti, ove il Tribunale appare addirittura fondare il giudizio di merito su una pregressa censura di (il)legittimità.

⁴⁰⁴ Trib.UE, 12 dicembre 2007, T-101/05 e riunite, *BASF AG e UCB SA c. Commissione*.

⁴⁰⁵ Tra gli altri Trib.UE, 6 maggio 2009, T-116/04, *Wieland-Werke AG c. Commissione*.

⁴⁰⁶ Cfr. par. precedente.

Quali siano le ragioni e le conseguenze di questa sostanziale rinuncia da parte della Corte ad applicare, nonostante le premesse, un approfondito scrutinio di merito circa (anche) la proporzionalità delle ammende irrogate dalla Commissione non è questa la sede per rilevarlo né motivarlo. Quello che però è importante annotare è che la Corte di giustizia, in un contesto di riesame nel merito di sanzioni irrogate in concreto da autorità comunitarie, *non appare in grado di utilizzare in maniera selettiva lo strumento del controllo di proporzione tra fatto illecito e sanzione*.

Tale conclusione, pur con le già segnalate cautele, non è rassicurante se si intenda effettuare una ragionevole previsione dell'impiego che la Corte farà di tale principio rispetto alle sanzioni *penali* previste da direttive, per le quali – è bene ricordarlo – il sindacato coinvolge la sola legittimità e si scontra con determinazioni provviste di una rilevante componente di discrezionalità (non già amministrativa bensì) legislativa.

Si deve allora provare a rinvenire un'ulteriore fonte in grado di importare nell'ordinamento dell'Unione una forma del principio di proporzione in grado di svolgere un ruolo attivo nel controllo giurisdizionale della potestà penale dell'Unione.

4.3.1.3 *Il principio di proporzione come limite generale alla compressione dei diritti previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'art. 52 CDFUE.*

La diversa fonte del principio di proporzione additata in chiusura del paragrafo precedente potrebbe essere rappresentata da una delle norme di chiusura della Carta dei diritti dell'Unione, **l'art. 52, par. 1, CDFUE**, il quale prevede quanto segue:

«Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

La norma prevede un sindacato stringente circa le limitazioni ai diritti fondamentali: tali limitazioni, infatti, 1) devono essere previste per legge, 2) devono rispettare il contenuto essenziale dei diritti lesi, 3) devono essere proporzionate in quanto necessarie, 4) devono rispondere (secondo un canone di effettività) a 5) finalità di interesse generale o 6) all'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui.

Trascurando in questa sede il requisito della previsione legale (1), appare innanzitutto particolarmente importante il riferimento (2) al «contenuto essenziale» dei diritti che vengono limitati: tale contenuto essenziale possiede infatti un carattere assoluto che lo sottrae al rischio di bilanciamento mobile segnalato sopra. Quale sia il contenuto essenziale di ciascuno dei diritti previsti dalla Carta sarà il legislatore, in ultima analisi, a determinarlo, e tuttavia – per quanto specificamente concerne la libertà personale, “controlimite” intrinseco a qualunque intervento punitivo – tale contenuto appare oggi ampiamente esplorato dalla giurisprudenza della Corte EDU, alla quale tanto le istituzioni quanto la Corte sono tenute a fare riferimento in virtù del più volte ricordato meccanismo di penetrazione del diritto convenzionale nell’ordinamento dell’Unione.

La norma opera poi un espresso riferimento al canone della proporzione nel senso della necessità (3), ovvero di uno degli elementi del test tripartito che si è visto caratterizzare la proporzione come canone di razionalità materiale⁴⁰⁷. In proposito devono aggiungersi due rilievi: il primo, che la necessità presuppone l’idoneità (primo step del citato test), a meno di voler effettuare una valutazione di minore lesività⁴⁰⁸ all’interno di una serie infinita di mezzi in gran parte incongruenti rispetto allo scopo prefissato, in spregio a qualsivoglia canone di razionalità⁴⁰⁹; il secondo, che nella materia penale l’art. 83, par. 2, TFUE, prescrive una forma di “necessità” qualificata, la “indispensabilità” della misura, la quale deve far propendere per un controllo ancora più restrittivo.

Il test di proporzionalità, inoltre, viene espressamente parametrato a finalità date, per tramite di un nesso di “effettività” (4): oltre a richiamare genericamente l’idoneità del mezzo a conseguire il fine prefissato, l’effettività evoca un controllo empirico diretto sulla valutazione del legislatore, controllo rafforzato dalla necessaria motivazione degli atti legislativi, che dovrà consentire quindi all’interprete una percezione diretta delle fonti di sapere *lato sensu* scientifico che hanno condotto le istituzioni a perseguire un determinato fine con un determinato mezzo. L’effettività richiama infine, in un senso più sfumato, anche la “serietà” delle ragioni addotte, ossia la non pretestuosità, la quale costituisce una forma dello sviamento di potere, vizio di legittimità che, come ricordato anche poc’anzi, è annoverato tra quelli soggetti a censura da parte della Corte di giustizia a mente dell’art. 263 TFUE.

⁴⁰⁷ Cfr. *supra*, par. 4.3.1.1.

⁴⁰⁸ In questo consiste, come già chiarito, la valutazione di necessità.

⁴⁰⁹ E pertanto censurabile anche mediante il più stringente canone della non manifesta irragionevolezza, per il quale si rimanda al precedente par. 4.3.1.1.

Infine, l'art. 52 fornisce al test di proporzione un parametro finalistico il quale risulta, benché non molto strettamente, limitato da due ordini di obiettivi, posti in evidente alternativa tra loro⁴¹⁰, da un lato una finalità di interesse generale (5) e dall'altro l'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui (6).

Il complessivo apprezzamento del principio di proporzione così come espresso dalla norma in rassegna permette di evidenziarne il *valore aggiunto* rispetto sia ad una sua considerazione *meramente* materiale sia ad una sua configurazione in senso *meramente* formale: l'art. 52 CDFUE impone infatti all'interprete l'uso di canoni di razionalità materiale (proporzione, necessità, effettività), e lo attrezza inoltre di parametri fissi (il contenuto essenziale dei diritti, le finalità di interesse pubblico o di protezione dei diritti altrui) cui vincolare l'esito del giudizio.

Se lo strumento potrà condurre a risultati migliori degli altri che lo hanno preceduto e che tuttora lo affiancano è presto per dirlo. Che tuttavia esso abbia già raccolto un maggiore successo giurisprudenziale è un dato segnalato da più Autori, i quali fanno riferimento a un più spiccato "interventismo giudiziale" fondato sull'impiego dei criteri di controllo approntati dalla norma in rassegna, forse anche in ragione del fatto che la loro migliore individuazione è in grado di fornire una più solida fonte di legittimazione alle decisioni giudiziali.

La più recente giurisprudenza della Corte di giustizia offre infatti alcuni esempi di particolare significato. Il fatto che entrambi si riferiscano agli articoli 7 («Rispetto della vita privata e della vita familiare») e 8 («Protezione dei dati di carattere personale») della Carta non deve condurre ad attribuire un minore rilievo a tali precedenti nella materia che ci occupa: è vero anzi il contrario, poiché una tale attenzione per la tutela del nucleo duro di diritti che «costituiscono il nocciolo della sfera personale»⁴¹¹ non può non riverberarsi, *a fortiori*, sulla tutela della libertà personale, la quale – nella tavola valoriale predisposta dalla Carta – è certamente provvista di un più elevato statuto assiologico.

I due casi ora citati sono i seguenti.

Il primo è stato deciso dalla Grande Sezione della Corte di Lussemburgo il 9 novembre 2010⁴¹² e ha per oggetto alcune norme di diritto primario⁴¹³ rivolte a regolamentare la

⁴¹⁰ Alternativa che consentirà quindi il perseguimento o dell'uno o dell'altro, e non necessariamente di entrambi insieme.

⁴¹¹ Così l'avv. gen. Villalòn, *Conclusioni* in causa C-293/12, par. 61.

⁴¹² CGUE, Grande Sezione, 9 novembre 2010, C-92/09 e riunita, *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen (Volker)*.

pubblicazione di informazioni sui beneficiari di stanziamenti del Fondo europeo agricolo di garanzia e del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale, nonché degli importi percepiti da ogni beneficiario, con indicazione della località in cui essi hanno sede o risiedono e del codice postale della medesima, nonché degli importi annuali erogati; tale pubblicazione avrebbe, nelle intenzioni del legislatore europeo, l'obiettivo di contrastare le irregolarità e le frodi in materia di percezione dei citati aiuti. I ricorrenti nei due giudizi *a quo* sostenevano che tali penetranti ingerenze nel trattamento dei loro dati personali fosse sproporzionato e ingiustificato rispetto alle finalità perseguite, suggerendo anche mezzi parimenti idonei ma meno lesivi.

Prescindendo in questa sede da un puntuale esame del merito⁴¹⁴, deve subito rilevarsi come la Corte indichi quale fonte del proprio giudizio di proporzione proprio l'art. 52 CDFUE, richiamando in proposito anche il par. 3, che come già osservato introduce un vincolo interpretativo secondo il quale ai diritti previsti dalla Carta non può essere attribuito un contenuto inferiore a quello previsto nella Convenzione EDU e sviluppato nella relativa giurisprudenza⁴¹⁵. Su tali basi la Corte conduce la propria analisi, soffermandosi in particolare sui già evidenziati parametri previsti dall'art. 52, par. 1, CDFUE, per la legittimità ("giustificazione") delle restrizioni dei diritti fondamentali⁴¹⁶: constatato che la limitazione in rassegna è "prevista per legge" da norme primarie dell'Unione, i giudici passano a considerare la sussistenza di un controinteresse pubblico alla limitazione stessa, individuato nella finalità di promuovere «la trasparenza sull'uso dei Fondi comunitari nell'ambito della [PAC] e [di] migliora[rne] la corretta gestione finanziaria,

⁴¹³ Precisamente: «artt. 42, punto 8 ter, e 44 bis del regolamento (CE) del Consiglio 21 giugno 2005, n. 1290, relativo al finanziamento della politica agricola comune (GU L 209, pag. 1), come modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 26 novembre 2007, n. 1437 (GU L 322, pag. 1; [...]), nonché [il] regolamento (CE) della Commissione 18 marzo 2008, n. 259, recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1290/2005 per quanto riguarda la pubblicazione di informazioni sui beneficiari dei finanziamenti provenienti dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) (GU L 76, pag. 28), e della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 15 marzo 2006, 2006/24/CE, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE (GU L 105, pag. 54) [...] Nell'ipotesi in cui la Corte dovesse ritenere che la normativa dell'Unione sopra menzionata non sia invalida, le domande di pronuncia pregiudiziale vertono altresì sull'interpretazione degli artt. 7, 18, n. 2, secondo trattino, e 20 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU L 281, pag. 31)» (così par. 1 della sentenza).

⁴¹⁴ La pronuncia è richiamata da MAUGERI, *Il principio*, cit., p. 97. Per una disamina più approfondita cfr. LIND, STRAND, *A New Proportionality Test for Fundamental Rights?*, in *Eur. Pol. Analysis*, 7/2011 (disponibile all'indirizzo www.sieps.se/sites/default/files/2011_7epa.pdf, url consultato il 10 febbraio 2015); nonché HUBER, KRISTOFERITSCH, *Transparency: Let There Be Light?*, in *Eur. St. Aid Law Quart.*, 4/2011, pp. 687 ss..

⁴¹⁵ CGUE, *Volker*, cit., punti 50 e 51.

⁴¹⁶ Si tratta dei punti 65 ss. della parte *in diritto*.

grazie in particolare ad un maggior controllo pubblico sull'utilizzazione di tali somme»⁴¹⁷. Successivamente la Corte passa a considerare la proporzionalità dei mezzi rispetto ai fini perseguiti, con un test fondato sul principio per cui «le deroghe e le limitazioni alla protezione dei dati personali devono operare entro i limiti dello stretto necessario»⁴¹⁸. Tale test si incentra sull'esame delle possibili alternative meno gravose per il diritto fondamentale leso, essenzialmente rappresentate da pubblicazioni anche solo parzialmente anonime dei dati, soluzione la quale «nulla indica che il Consiglio e la Commissione abbiano preso in considerazione»⁴¹⁹. Da ultimo è rilevante notare come la Corte respinga con decisione un argomento, sollevato dagli Stati membri costituiti, secondo il quale, poiché la Politica Agricola Comunitaria rappresenta una quota importante del bilancio dell'Unione, ciò solo basterebbe a giustificare una più rilevante compressione della protezione dei dati personali degli individui: la Corte, al contrario, non si limita ad negare la validità di tale bilanciamento nel caso concreto ma afferma espressamente che «non può riconoscersi alcuna automatica prevalenza dell'obiettivo di trasparenza sul diritto alla protezione dei dati personali (...), anche qualora siano coinvolti rilevanti interessi economici»⁴²⁰. Questo passaggio riveste particolare importanza rispetto alle preoccupazioni, sollevate *supra*, circa la relativa mobilità della tavola assiologica dell'Unione, che evidentemente – quando entrano in gioco i diritti fondamentali – la Corte mostra di ritenere saldamente ancorata alla tutela della sfera giuridica dell'individuo.

La decisione si conclude, alla luce dei rilievi sin ora svolti, con la declaratoria di invalidità delle disposizioni censurate.

Il secondo caso citato è stato deciso dalla Grande Sezione l'8 aprile 2014⁴²¹ e ha ad oggetto la c.d. "direttiva Frattini" sulla conservazione dei dati del traffico telefonico⁴²². I ricorrenti nei due giudizi principali, riuniti dalla Corte, lamentano tutti⁴²³ (a prescindere dalle diverse vesti

⁴¹⁷ CGUE, *Volker*, cit., punto 67; all'interno di tale disamina sono peraltro evidenti anche profili pertinenti all'idoneità del mezzo rispetto al fine perseguito, valutazione (poi espressamente ribadita al punto 75 e che è) in verità piuttosto semplice nel caso di specie.

⁴¹⁸ CGUE, *Volker*, cit., punto 77.

⁴¹⁹ CGUE, *Volker*, cit., punto 81.

⁴²⁰ CGUE, *Volker*, cit., punto 85, corsivo aggiunto.

⁴²¹ CGUE, Grande Sezione, 8 aprile 2014, C-293/12 e riunite, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a. (Digital Rights)*.

⁴²² Direttiva 2006/24/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, «riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE» (GU L 105 del 13 aprile 2006).

⁴²³ I ricorrenti sono uno nella causa irlandese e 11.131 in quella austriaca.

processuali nazionali impiegate) che la direttiva sulla c.d. *data retention* sia eccessivamente invasiva delle libertà sancite dalla Carta dei diritti fondamentali agli artt. 7 (Rispetto della vita privata e della vita familiare), 8 (Protezione dei dati di carattere personale), 11 (Libertà di espressione e d'informazione) e 41 (Diritto ad una buona amministrazione), nonché con la libertà di circolazione e soggiorno prevista dall'art. 21 TFUE. I ricorrenti, in particolare, lamentano l'incompatibilità della direttiva citata con i diritti sanciti dalla Carta «in quanto [la direttiva] permette di immagazzinare una massa di dati relativi ad un numero illimitato di persone per un lungo tempo. La conservazione dei dati riguarderebbe quasi esclusivamente persone il cui comportamento non giustifica affatto la conservazione dei dati che le riguardano. Tali persone sarebbero esposte ad un rischio elevato di vedere le autorità ricercare i loro dati, venire a conoscenza del relativo contenuto, informarsi sulla loro vita privata e utilizzare tali dati per molteplici fini, tenuto conto, segnatamente, del numero incalcolabile di persone che hanno accesso ai dati per un periodo di almeno sei mesi. Secondo il giudice del rinvio, vi sono dubbi, da un lato, circa il fatto che la direttiva sia idonea al raggiungimento degli obiettivi da essa perseguiti e, dall'altro lato, circa la proporzionalità dell'ingerenza nei diritti fondamentali interessati»⁴²⁴.

La Corte⁴²⁵, dopo aver accertato che le misure approntate dalla direttiva costituiscono limitazioni ai diritti sanciti dalle citate disposizioni della Carta, effettua un puntuale esame della "giustificazione" di tali limitazioni in luce, anche in questo caso, del tracciato offerto dall'art. 52, par. 1, CDFUE⁴²⁶: previamente appurata la "previsione per legge", la Corte passa a verificare se la lesione apportata ai diritti fondamentali in questione sia tale da pregiudicarne il "nucleo duro", concludendo negativamente; successivamente, essa accerta altresì che la lesione in parola sia rivolta al perseguimento di un interesse generale, segnatamente «la lotta contro il terrorismo internazionale finalizzata al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali»⁴²⁷; verificato tutto ciò, deve quindi essere appurato il rispetto del principio di proporzionalità.

⁴²⁴ CGUE, *Digital Rights*, cit., punto 20 (così è ricostruita l'argomentazione offerta dalla Corte costituzionale austriaca, ma le censure appaiono sovrapponibili a quelle della causa irlandese).

⁴²⁵ Per maggiori approfondimenti cfr. tra gli altri, PILUSO, *La Corte di Giustizia UE annulla la Direttiva "Frattoni" sulla conservazione dei dati del traffico telefonico*, in *Dir. pubbl. comp. eur. – online*, 3/2014; PEERS, *The data retention judgment: The CJEU prohibits mass surveillance*, in *Eur. Law Analysis*, disponibile all'indirizzo <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/04/the-data-retention-judgment-cjeu.html> (url consultato il 10 febbraio 2015); DE LONDRA, *CJEU Strikes Down Data Retention Directive*, in *Human Rights in Ireland*, disponibile all'indirizzo <http://humanrights.ie/civil-liberties/cjeu-strikes-down-data-retention-directive/> (url consultato il 10 febbraio 2015).

⁴²⁶ CGUE, *Digital Rights*, cit., punti 38 ss..

⁴²⁷ CGUE, *Digital Rights*, cit., punto 42.

In proposito, la Corte afferma preliminarmente che «Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale del rispetto delle suddette condizioni, allorché si tratta di ingerenze in diritti fondamentali, la portata del potere discrezionale del legislatore dell'Unione *può risultare limitata in funzione di un certo numero di elementi, tra i quali figurano, in particolare, il settore interessato, la natura del diritto di cui trattasi garantito dalla Carta, la natura e la gravità dell'ingerenza nonché la finalità di quest'ultima.* ... Nel caso di specie, tenuto conto, da un lato, del ruolo importante svolto dalla protezione dei dati personali sotto il profilo del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e, dall'altro, della portata e della gravità dell'ingerenza in tale suddetto diritto che la direttiva 2006/24 comporta, il potere discrezionale del legislatore dell'Unione risulta ridotto e di conseguenza è necessario procedere ad un controllo stretto»⁴²⁸.

Sulla base di tali premesse, la Corte accerta innanzitutto l'idoneità dello strumento al conseguimento del fine dato⁴²⁹, e passa successivamente a indagare la sua necessità, sgombrando subito il campo dal medesimo possibile equivoco evidenziato nel caso *Volker*: «la lotta contro la criminalità grave, in particolare contro la criminalità organizzata e il terrorismo, è di capitale importanza per garantire la sicurezza pubblica e la sua efficacia può dipendere in larga misura dall'uso delle moderne tecniche di indagine. Tuttavia, simile obiettivo di interesse generale, per quanto fondamentale, non può di per sé giustificare il fatto che una misura di conservazione, come quella istituita dalla direttiva 2006/24, sia considerata necessaria ai fini della suddetta lotta»⁴³⁰. Tra la necessità della limitazione e l'importanza dello scopo prefissato non ci può essere alcuna relazione, trattandosi di termini disomogenei e non comparabili.

Constatato quindi che la direttiva concerne un numero e una tipologia assai vasta di dati afferenti a diverse modalità di telecomunicazione, ingerendo nei diritti fondamentali della quasi totalità della popolazione europea; che non vi è alcun criterio di selezione né dei dati immagazzinati né dei soggetti interessati (neppure sotto il profilo della anche solo astratta ricorrenza dei presupposti per l'avvio di indagini penali per i reati di terrorismo); che sono inevitabilmente coinvolte anche informazioni soggette a segreto professionale; che non è prevista

⁴²⁸ CGUE, *Digital Rights*, cit., punti 47 e 48, corsivi aggiunti.

⁴²⁹ Superando alcune eccezioni in tal senso, che evidenziavano come diverse altre forme di comunicazione restassero escluse dal controllo approntato dalla direttiva. In verità è noto che tra il volume dei dati immagazzinati è inversamente proporzionale all'efficienza della loro gestione ("troppi dati, nessun dato"), ma il punto non è stato approfondito né dalle parti né dalla Corte e l'omissione non ha comunque influenzato l'esito finale. Quel che conta rilevare è che la Corte si sia posta la domanda circa l'idoneità e le abbia dato una risposta argomentativamente articolata.

⁴³⁰ CGUE, *Digital Rights*, cit., punto 51.

alcuna limitazione al novero dei soggetti pubblici cui è garantito accesso ai dati, né idonee condizioni sostanziali o procedurali che li governino; che non è previsto un efficace sistema di protezione e repressione degli abusi circa l'utilizzo dei dati immagazzinati, la Corte dichiara la radicale invalidità della direttiva 2006/24.

In entrambi i casi ora sintetizzati, pertanto, la Corte ha fatto *un utilizzo penetrante del sindacato di proporzione seguendo l'iter delineato dall'art. 52, par. 1, CDFUE*, facendovi peraltro frequente espresso riferimento.

4.3.1.4 Conclusioni provvisorie.

Cercando di fornire un provvisorio assetto dei caratteri del principio di proporzione nell'ordinamento dell'Unione si può in conclusione affermare che esso, pur costituendo un principio fondamentale a carattere sovracostituzionale riconosciuto in tutti gli ordinamenti degli Stati membri e anche dall'ordinamento dell'Unione, si presenta con fisionomie sostanzialmente diverse in funzione da un lato delle scelte del singolo ordinamento, e dall'altro dei differenti contesti giudiziari in cui esso si trova ad operare.

Ciò cagiona da un lato una "sottoesposizione" del principio, che viene enunciato (e questo è il caso anche dei testi legislativi esaminati nel capitolo terzo) ma non utilizzato, e dall'altro un grado di incertezza del tutto intollerabile.

Se poi la formulazione "materiale" del principio di proporzione non soddisfa le aspettative in ragione di una sua applicazione frammentata e alternata in ragione di una pleora di variabili che influenzano il contingente giudizio della Corte, neppure la formulazione "formale" dello stesso principio è in grado di fornire solide basi a possibili censure di sproporzione rispetto a norme penali che possano essere coniate nei termini dell'art. 83 TFUE, in ragione dell'assenza di coordinate certe nelle quali collocare il raffronto tra reato e pena.

Migliori auspici possono giungere dall'impiego dell'art. 52, par. 1, CDFUE, il quale fornisce all'interprete una serie di strumenti forse idonei a superare le segnalate criticità. Tali auspici non restano peraltro confinati in una prospettiva teorica e/o meramente ottativa o deontica: la Corte di giustizia, infatti, ha dato recentemente prova di voler impiegare i propri poteri così come attribuiti dall'art. 52 della Carta, «fungendo, alla stessa stregua delle Corti Costituzionali, da garante dei diritti fondamentali»⁴³¹.

⁴³¹ PILUSO, *La Corte di Giustizia*, cit., p. 13.

Merita ora di esplorare i legami tra il principio di proporzione nelle accezioni sin qui descritte e i principi di offensività e *ultima ratio*, al fine di verificare se dal primo possano essere dedotti i secondi, individuando così una base concettuale più solida alla pretesa del loro rispetto da parte del legislatore dell'Unione.

4.3.2 Proporzione e *ultima ratio*.

Il principio sovente espresso con la formula “sussidiarietà penale” o “diritto penale come *extrema/ultima ratio*” «postula ... che la pena venga utilizzata soltanto quando nessun altro strumento, sanzionatorio o non, sia in grado di assicurare al bene giuridico una tutela altrettanto efficace nei confronti di una determinata forma di aggressione»⁴³².

La prevalente opinione lo considera una forma di manifestazione del principio di proporzione⁴³³, dal quale mutuerebbe i propri caratteri strutturali.

Tuttavia, le implicazioni del principio in rassegna sono più ampie e sfaccettate, come evidenziato in dottrina⁴³⁴: la limitazione dell'intervento penale è infatti connaturata alle fondamenta stessa dello Stato liberale di diritto, mira fra l'altro a preservare l'efficacia dello strumento repressivo evitando una “sovraesposizione” che ne «diluirebbe di molto la stessa forza “morale”»⁴³⁵, consente di concentrare in maniera più efficiente le risorse di prevenzione e controllo, limita i costi di desocializzazione connaturati alla pena detentiva⁴³⁶, ma soprattutto mira a garantire la massima protezione al diritto individuale per eccellenza, la libertà personale⁴³⁷. Più specificamente, il principio di *ultima ratio* è stato ritenuto un «meta-principio che riceve alimento e vigore dall'esistenza e dal rispetto di altri principi fondamentali [del diritto penale]»⁴³⁸, tra i quali proporzione, meritevolezza, efficacia, effettività, necessarietà, frammentarietà, legalità, offensività⁴³⁹. Da un punto di vista diacronico, poi, è noto come il principio appartenga al nucleo centrale del diritto penale illuminista, sula quale si sono concentrati gli sforzi di Autori come Montesquieu e Beccaria, compare nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del

⁴³² Così ad es. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 9; cfr. altresì FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale*, cit., pp. 29 ss..

⁴³³ Così FIANDACA, MUSCO, *op. loc. ult. cit.*; cfr. anche MAUGERI, *I principi*, cit., p. 102. Altri invece ritengono che il rapporto tra i due principi sia di similarità ma non di reciproca derivazione (vd. ad es. MARINUCCI, DOLCINI, *op. loc. ult. cit.*; MELANDER, *Ultima Ratio in European Criminal Law*, in *Oñati Socio-legal Series – online*, 1/2013, pp. 42 ss.).

⁴³⁴ Si veda, per tutti, il recente lavoro di DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, pp. 1654 ss., con ampi riferimenti bibliografici.

⁴³⁵ DEMURO, *Ultima ratio*, cit., p. 1658.

⁴³⁶ Sul punto cfr. anche MINKKINEN, *'If Taken in Earnest': Criminal Law Doctrine and the Last Resort*, in *The Harvard Journal*, 5/2006, p. 522.

⁴³⁷ Se poi, e in quale misura, il c.d. *argumentum libertatis* risponda ancora alla realtà di un sistema punitivo assai mutato, è questione complessa e che non è possibile affrontare nella cornice del presente lavoro.

⁴³⁸ DEMURO, *Ultima ratio*, cit., p. 1659.

⁴³⁹ Per tutti questi rilievi cfr. *amplius* DEMURO, *Ultima ratio*, cit., pp. 1659 ss.

cittadino del 1789⁴⁴⁰, ed è sviluppato con caratteri e accenti diversi da Autori, da Bentham a Carrara a Listz.

La realizzazione concreta delle finalità di contenimento delle repressione criminale espresse dal principio di *ultima ratio* si declinano nei postulati di “*meritevolezza di pena*” e di “*bisogno di pena*”, «categorie che affondano le loro radici in una costante e in qualsiasi dominio del diritto mai comprimibile esigenza di giustizia, e dunque come *criteri di interpretazione, di verifica o di correzione dei sistemi penali positivi*»⁴⁴¹, la “*meritevolezza*” in quanto aggancia la decisione in ordine all’*an* e al *quantum* di pena all’importanza dell’interesse protetto e all’intensità della sua prevista lesione, il “*bisogno*” in quanto impone una seria disamina del rapporto di necessità tra la minaccia e l’irrogazione della sanzione criminale e le finalità preventive/repressive della sanzione stessa.

Quanto tali categorie dogmatiche possano trovare collocazione in altri ambiti della teoria del reato e quanto invece costituiscano un valore aggiunto dotato di autonoma rilevanza⁴⁴² è tema dibattuto nella dottrina italiana ed europea, e non può che dipendere – fra l’altro – da irrisolte questioni relative alla qualificazione e all’estensione delle attribuzioni che ciascuno possa riferire alla tipicità, all’antigiuridicità, alla colpevolezza così come al sostrato costituzionale dei singoli principi coinvolti. Non è questa la sede per neppure affrontare un simile dibattito.

Sembra, piuttosto, di poter trarre *una schematizzazione*, invero assai semplificata ma certamente utile, circa gli atteggiamenti che in Europa si possono riscontrare rispetto all’*ultima ratio*.

Un primo approccio, più tipico degli ordinamenti dell’Europa continentale muove dalla considerazione (classica) del rapporto di tensione tra diritto penale e libertà e diritti fondamentali⁴⁴³ e dalla necessità di incardinare l’estremo strumento penalistico all’interno di un quadro costituzionale a carattere liberale: in questo senso, la massima violazione dei diritti del

⁴⁴⁰ Il già citato art. 8 della Dichiarazione addirittura *premette* (benché trattisi, ragionevolmente, di una mera circostanza redazionale) l’*ultima ratio* alla legalità.

⁴⁴¹ ROMANO, «*Meritevolezza di pena*», «*bisogno di pena*» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1992, p. 40, corsivo nel testo, opera cui (benché risalente) si rinvia per una trattazione complessiva dei due canoni in parola anche in relazione a diversi istituti di parte generale e speciale. Curiosamente, l’opera citata rappresenta il testo della relazione tenuta dall’Illustre Autore nell’ambito di un convegno dedicato a «I fondamenti di un comune sistema penale europeo», svoltosi in Portogallo nel maggio del (lontano) 1991.

⁴⁴² «Una quarta categoria, o un quarto «gradino», nella costruzione del reato, dopo tipicità, antigiuridicità e colpevolezza» (così ROMANO, «*Meritevolezza*», cit., p. 42, il quale si mostra critico sulla possibilità di un’autonoma valorizzazione del principio in esame *al di là* dei caratteri già propri della citata tripartizione).

⁴⁴³ È d’obbligo richiamare l’efficace immagine del diritto penale come spada a doppio taglio offerta già da Listz.

singolo deve essere giustificata da una altrettanto imprescindibile esigenza di protezione sociale. Elemento caratterizzante di questo approccio, che come notato focalizza la propria attenzione sulla restrizione delle libertà individuali, è la conseguente *giustiziabilità* del principio all'interno del procedimento di controllo costituzionale delle leggi: così ad esempio la Corte costituzionale italiana, nella nota pronuncia in tema di esposizione non autorizzata di bandiera di Stato estero⁴⁴⁴. L'*ultima ratio* sarebbe pertanto un canone legale avente efficacia prescrittiva sull'attività del legislatore e potrebbe essere richiamato a sostegno di censure di illegittimità del comportamento di quest'ultimo in sede di produzione normativa, secondo un vaglio incentrato sulla tripartizione già illustrata in punto di proporzionalità: la norma penale, come ogni altro atto autoritativo, deve essere idonea, contenersi nella misura che meno incide sulla sfera privata e deve rispettare il contenuto essenziale del diritto sul quale va a incidere⁴⁴⁵.

Un secondo approccio, tipico del mondo della *common law*, fonda la propria analisi del principio (sovente definito di «minimum criminalisation») sull'intrinseca durezza della sanzione penale e su una (autoevidente⁴⁴⁶) necessità di giustificarne l'impiego «only in order to protect individual autonomy or to protect those social arrangements necessary to ensure that individuals have the capacity and facilities to exercise their autonomy»⁴⁴⁷. Poiché esso è rivolto essenzialmente alla motivazione del provvedimento legislativo che introduca o modifichi in senso peggiorativo un'incriminazione, e considerando l'assenza di uno specifico supporto testuale al principio nell'ordinamento inglese, la dottrina anglofona tende a considerare il principio di «criminalizzazione minima» come una «moral maxim relevant to legislation»⁴⁴⁸, priva pertanto del carattere della giustiziabilità e immanente a insindacabili valutazioni di carattere politico e discrezionale.

In conclusione, «while both approaches require a balancing of rights protected and rights violated, the Anglo-American approach emphasises the former, while the continental approach emphasises the latter[,] a logical consequence that arises from the previous difference [noted]»⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴ C. cost., 21 maggio 1987, n. 189.

⁴⁴⁵ Come detto, questa è una semplificazione: prova ne è, fra l'altro, che si ripropongono in realtà anche in questa sede le divergenze tra impostazioni già viste *amplius* rispetto al canone di proporzione, la Corte costituzionale italiana operando anche qui mediante il canone di ragionevolezza.

⁴⁴⁶ Cfr. quanto riferito da MINKKINEN, '*If Taken*', cit., p. 527 s..

⁴⁴⁷ MINKKINEN, '*If Taken*', cit., p. 527, con richiami in nt. 13.

⁴⁴⁸ MINKKINEN, '*If Taken*', cit., p. 529.

⁴⁴⁹ MINKKINEN, '*If Taken*', cit., p. 530. Fra i tanti profili omessi dalla sintetica ricognizione offerta deve segnalarsi perlomeno quello che concerne il diverso approccio tra «overcriminalisation» e «overpunishment», che vede il mondo

Quanto l'Unione abbia mutuato dai due modelli ora sinteticamente descritti è difficile da affermare, anche in ragione del fatto che benché in Europa "si parli" di *ultima ratio*⁴⁵⁰, «the substance of the principle is not clear»⁴⁵¹.

In particolare, espresso riferimento al canone dell'*ultima ratio*, con variabilità lessicale, è operato (aenza pretesa di completezza) nei seguenti documenti:

- nella Relazione del Gruppo X della Convenzione istituita nell'ambito della costruzione del progetto di "Trattato costituzionale"⁴⁵² si legge che «Il Gruppo ritiene ... opportuno includere nel nuovo trattato una base giuridica che consenta l'adozione di norme minime ... relative agli elementi costitutivi dei reati e di sanzioni ... se è soddisfatto uno dei due criteri seguenti: [...] bb) qualora il reato sia commesso contro un interesse comune europeo, ..., il ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale sostanziale dovrebbe rientrare nell'armamentario di misure per il perseguimento di tale politica *ogniquale volta le norme non penali siano insufficienti*»⁴⁵³;

- il già citato Programma di Stoccolma⁴⁵⁴, al paragrafo 3.3.1., intitolato espressamente al «diritto penale», così recita: «Si dovrebbero introdurre disposizioni di diritto penale laddove se ne ravvisi l'*indispensabilità per tutelare gli interessi* e, di norma, lo si dovrebbe fare *solo come ultima risorsa*»⁴⁵⁵;

- le *model provisions* elaborate dal Consiglio nel 2009 con riferimento al diritto penale⁴⁵⁶ fanno espresso riferimento al diritto penale come *ultima ratio* quando affermano che «Criminal provisions should *only* be adopted *when necessary* to address clearly defined and delimited conduct with cross-border implications that seriously harms or threatens or is likely to harm or threaten justified interests of the European Union, its Member States or its citizens, and *that cannot be addressed effectively by less severe measures*»⁴⁵⁷, e quando indicano come necessario

anglosassone maggiormente sensibile non solo a un eccessivo impiego dello stigma penale ma altresì al c.d. "profilo interno" dell'*ultima ratio*, quello concernente la scelta della *sanzione* meno severa.

⁴⁵⁰ E segnatamente, come si vedrà subito *infra* nel testo, se ne parli in diversi documenti ufficiali pubblicati dalle istituzioni.

⁴⁵¹ MELANDER, *Ultima Ratio*, cit., p. 46.

⁴⁵² Relazione finale del Gruppo X "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", 2 dicembre 2002, CONV 426/02.

⁴⁵³ *Ivi*, p. 10, corsivo aggiunto.

⁴⁵⁴ Cfr. *supra*, par. 1.1.2.1.

⁴⁵⁵ *Ivi*, p. 15, corsivo aggiunto.

⁴⁵⁶ «Council conclusions on guidelines for future criminal law in EU legislation», doc. n. 14162/09, già citato *supra*, nt. 207

⁴⁵⁷ *Ivi*, p. 4, punto 2, corsivi aggiunti.

un previo studio empirico che fornisca al legislatore europeo una precisa idea della gravità (qualitativa e quantitativa) delle violazioni che intende sanzionare nonché dei possibili effetti in termini di coerenza, di effettività e di impiego di risorse finanziarie per l'effettiva persecuzione degli introducendi crimini⁴⁵⁸;

- nella Comunicazione della Commissione «Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale»⁴⁵⁹, si osserva che, in materia penale e particolarmente nella competenza c.d. "accessoria", «le istituzioni dell'Unione devono procedere a *scelte strategiche* sull'eventuale ricorso al diritto penale (*al posto di altre misure, come le sanzioni amministrative*) quale strumento di applicazione e definire quali politiche dell'Unione richiedono l'uso del diritto penale come *strumento* di applicazione *aggiuntivo*»⁴⁶⁰. Nel medesimo documento è fatta poi espressa menzione del fatto che «Le misure di diritto penale *incidono sui diritti fondamentali*, poiché interferiscono inevitabilmente con i diritti individuali, che si tratti di quelli di indagati, di vittime o di testimoni. Infine, possono risultare nella *privazione della libertà* e pertanto richiedono *particolare attenzione da parte del legislatore*»⁴⁶¹. È poi sempre la Commissione ad immaginare un scansione bifasica dell'opportunità di introdurre una nuova norma penale, prima rivolta a verificarne la «necessità» e poi la «modalità». In particolare in punto di necessità si legge quanto segue:

«Le indagini e le sanzioni penali possono avere un impatto significativo sui diritti dei cittadini e producono un effetto stigmatizzante. Pertanto, il diritto penale deve restare una soluzione di ultima ratio. Ciò trova riscontro nel principio generale di proporzionalità (quale sancito dal trattato sull'Unione europea e, più specificamente per le pene, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Per le misure di diritto penale a supporto dell'attuazione delle politiche dell'UE, il trattato prevede

⁴⁵⁸ Precisamente così il punto 3: «Before adopting new criminal provisions, the Council should further consider at least the following factors: • how widespread and frequent the harmful conduct is, both regionally and locally within the EU; • the possible impact of introducing criminal legislation in the particular area of EU policy; • the expected added value or effectiveness of criminal provisions compared to other measures, taking into account the possibility to prosecute the crime through reasonable investigative efforts, as well as its seriousness and implications; • the possible impact on existing criminal provisions in EU legislation and on related case-law; • the expected additional burden, including the financial impact, on investigating authorities, prosecutor's offices and courts in the Member States».

⁴⁵⁹ COM(2011) 573 def., già citato *supra*, nt. 21.

⁴⁶⁰ *Ivi*, p. 6, corsivi aggiunti.

⁴⁶¹ *Ivi*, p. 8, corsivi aggiunti.

esplicitamente la verifica dell'indispensabilità delle misure di diritto penale per garantire l'attuazione efficace di dette politiche.

Perciò, occorre che il legislatore analizzi se misure diverse da quelle di diritto penale, ad esempio regimi sanzionatori di natura amministrativa o civile, non possano garantire a sufficienza l'attuazione delle politiche, e se il diritto penale possa invece dare ai problemi una risposta più efficace. Ciò comporterà un esame approfondito nelle valutazioni d'impatto che precedono ogni proposta legislativa, ivi compresa (a titolo di esempio e a seconda delle specificità del settore interessato) una valutazione dell'attitudine dei regimi sanzionatori degli Stati membri a raggiungere i risultati auspicati, così come una valutazione delle difficoltà riscontrate dalle autorità nazionali chiamate ad applicare sul campo il diritto dell'Unione».

L'attenzione, almeno teorica, da parte delle istituzioni per una generica esigenza di contenimento quantitativo dell'impiego dello strumento penale può dirsi sufficientemente dimostrata.

Deve ora provare a *verificarsi il fondamento concettuale di tale positiva "istanza"*, premesso che non esistono espliciti riferimenti testuali nei Trattati istitutivi e neppure nella Carta dei diritti fondamentali.

Si è osservato come due possano essere i percorsi dimostrativi, uno che muove dalla sussidiarietà comunitaria e l'altro dalla proporzione. La collocazione di questo paragrafo anticipa chiaramente la conclusione: è a questo secondo principio che si può richiedere di fondare, a livello europeo, la richiesta di contenimento dell'uso del diritto penale da parte del legislatore dell'Unione, non solo sotto il profilo strutturale ma anche sotto quello dell'auspicabile giustiziabilità.

Come noto, *il principio di sussidiarietà* rappresenta «the key to securing [the] federal dimension of the EU, and may thus operate as a super-principle of the Union»⁴⁶²: in base alla sussidiarietà vengono infatti ripartite le rispettive competenze tra Unione e Stati membri nelle materie estranee alla competenza esclusiva dell'Unione (così l'art. 5, par. 3, TUE). Il principio, pertanto, benché possieda una generica aspirazione a privilegiare il livello territoriale rispetto a

⁴⁶² MELANDER, *Ultima ratio*, cit., p. 50.

quello centrale, l'individuo rispetto al potere⁴⁶³, possiede nell'ordinamento dell'Unione una valenza chiaramente politica, attinente al riparto di competenze e pertanto alla "pacifica convivenza" tra i diversi livelli di potere coesistenti nell'Unione.

In tal senso, tuttavia, la sussidiarietà garantirebbe, oltre alla maggiore vicinanza della decisione penale rispetto ai cittadini, anche la sua migliore ponderazione, nonché un massimo livello di coerenza e "pertanto" un suo impiego più prudenziale. Questo avverrebbe ad esempio rispetto ad esigenze di criminalizzazione le quali, benché generalmente presenti in tutto il territorio dell'Unione, siano meno urgenti all'interno di taluni Stati membri, che potrebbero così mantenere al minimo il loro adeguamento alla richiesta di penalizzazione proveniente dall'Unione⁴⁶⁴.

L'approccio tuttavia non convince. In primo luogo esso appare viziato da un possibile cortocircuito logico tra "le due sussidiarietà": infatti, pur essendo come visto accomunate da una generica "tensione verso il basso", quella "europea" vede rapportarsi due livelli di governo e conduce (fatta salva l'applicazione di altri principi) alla decisione in ordine non già al "se" ricorrere a un determinato provvedimento ma solo al "chi" debba adottarlo; viceversa, la "sussidiarietà penale" muove dalla considerazione di fondo per la quale la misura *non* debba essere adottata perché lesiva del diritto di libertà e si fonda sulla ricerca di ragioni positive per ricorrervi, qualunque soggetto sia poi concretamente chiamato a metterla in atto. I termini non appaiono quindi omogenei.

Inoltre, come rilevato, la decisione di affidare al livello decentrato (gli Stati membri) l'adozione della misura presuppone, di fondo, una previa decisione, affermativa, circa l'adozione stessa: «this may mean that the Member States in any case are obliged to activate their criminal justice systems», e ciò non collima con la pre-supposta esigenza di contenimento.

È stato poi rilevato⁴⁶⁵ che la sussidiarietà avrebbe "prodotto", nelle due competenze delineate dall'art. 83 TFUE, delle particolari caratteristiche tali da "incorporare" tra i limiti di dette norme anche l'*ultima ratio*.

In particolare, per quanto riguarda la competenza penale propria ex art. 83, par. 1, TFUE, la valutazione di sussidiarietà penale sarebbe stata compiuta una volta per tutte dall'estensore del

⁴⁶³ Il "piccolo" rispetto al "grande".

⁴⁶⁴ Per questa opinione, assai sinteticamente riferita, cfr. ad es., HERLINN-KARNELL, *Subsidiarity*, cit., pp. 355 ss., in particolare p. 357. Tende a derivare il principio di *ultima ratio* dalla sussidiarietà anche SIRACUSA, *Il transito*, cit., pp. 795 ss., ove l'Autrice tratteggia le derivazioni del "meta-principio" di sussidiarietà con riferimento, oltre che all'*ultima ratio*, alla proporzione e alla coerenza.

⁴⁶⁵ MELANDER, *Ultima ratio*, cit., p. 52 s., criticamente.

Trattato⁴⁶⁶ sulla base di criteri sostanzialmente affini alla dimensione dell'*ultima ratio*: la "dimensione transnazionale" e la "necessità di combattere [tali crimini] su basi comuni" costituirebbero al contempo criteri di sussidiarietà europea e di sussidiarietà penale, soprattutto nei riguardi delle possibilità di ampliamento della lista ivi prevista⁴⁶⁷. Tuttavia, come già osservato, l'elenco dei c.d. "eurocrimini", benché abbia avuto il merito di conferire maggiore precisione alla relativa competenza, non distingue in alcun modo⁴⁶⁸ tra i diversi fatti astrattamente afferenti alla materia del terrorismo o della tratta⁴⁶⁹, e non appare pertanto idonea a fungere da serio filtro rispetto alle esigenze del diritto penale minimo⁴⁷⁰.

Lo stesso può dirsi per la competenza c.d. "accessoria" (art. 83, par. 2, TFUE), la quale possiede un'estensione amplissima e pressoché indeterminata, avendo come unico limite l'estensione stessa del diritto derivato dell'Unione. Peraltro, «tale competenza appare destinata, almeno in potenza, ad espandersi parallelamente alla evoluzione dei settori di competenza extra-penali dell'Unione, anche di quelli che non costituiscono settori di interesse preminente dell'Unione»⁴⁷¹. Pertanto, la formulazione della norma in discorso non appare neppure idonea, di per sé, a fungere da idoneo parametro di ripartizione delle competenze.

Inoltre, se è vero che la norma introduce un, pur importante, requisito di "indispensabilità", esso fa altrettanto chiaramente riferimento alla «attuazione efficace di una politica dell'Unione» e non già alle finalità dell'incriminazione o della pena, e appare pertanto del tutto indifferente all'idea di diritto penale minimo, perseguendo invece scoperte logiche funzionalistiche rispetto al riparto di competenza: pertanto attiene sì alla sussidiarietà ma non alla sussidiarietà penale, e anzi ha fatto insorgere il timore di una «legislazione penale ipertrofica in quanto dimentica del bene

⁴⁶⁶ «La condizione di sussidiarietà sembrerebbe essere rispettata *a priori*» (PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, p. 270).

⁴⁶⁷ Cfr. *amplius supra*, par. 1.2.1.

⁴⁶⁸ Né avrebbe senso che lo facesse, trattandosi di norma sulla competenza, che pertanto ragiona "a materie" e non "a fattispecie".

⁴⁶⁹ «Is it, therefore, justified to assume that all offences under these categories merit an EU approach by definition?», si domanda retoricamente MELANDER, *Ultima ratio*, cit., p. 53.

⁴⁷⁰ Differente opinione pare espressa ad esempio da BERNARDI, *La competenza penale*, cit., p. 10 ss., il quale osserva che l'estensione della lista degli "eurocrimini" può avvenire unicamente mediante l'unanimità in Consiglio e che pertanto sia «pienamente controllabile da ogni singolo Stato membro e per di più improntata al principio di democrazia» (*ivi*), con ciò concludendo che la competenza penale prevista dall'art. 83, par. 1, TFUE, «non pone dunque problemi ... rispetto al principio di proporzionalità-*extrame ratio*» (*ivi*). Pare tuttavia che tale ricostruzione non superi l'obiezione riportata nel testo, ovvero che il catalogo previsto dalla citata norme, così come ogni suo più o meno democratico ampliamento, "pensa per materie e non per fattispecie" e non è quindi idoneo già su un piano astratto a identificare condotte più o meno meritevoli o bisognose di tutela penale.

⁴⁷¹ BERNARDI, *La competenza penale*, cit., p. 11, con ulteriori riferimenti bibliografici.

giuridico e della sua funzione critica»⁴⁷². Senza per ora volersi addentrare nel dibattito, appare chiaro che non è in questa direzione che va cercato un fondamento al principio di *ultima ratio*.

Tale fondamento pare invece potersi e doversi rinvenire nel principio di proporzione: ciò è infatti possibile, per le ragioni che subito si esporranno, ma è altresì “doveroso”, nella misura in cui, anche in considerazione dello sviluppo giurisprudenziale illustrato nei paragrafi precedenti, «the principle of proportionality offers a *unique chance* to develop the *ultima ratio* in EU law»⁴⁷³, ciò che il principio di sussidiarietà, da sempre ritenuto avente natura politica e pertanto scarsamente giustiziabile, non pare offrire.

Venendo quindi da quest’ultima considerazione, evidentemente più ottativa che descrittiva, è necessario illustrare le connessioni tra proporzione e *ultima ratio*, tenendo presente ciò che si è riportato all’inizio di questo paragrafo, ossia che una rilevante parte della dottrina, nazionale e non, ritiene che i due principi siano l’uno il derivato dell’altro o che comunque posseggano una base comune.

Appare in ciò particolarmente utile la «serie logico-analitica» proposta in dottrina per verificare la corretta applicazione del principio in questione⁴⁷⁴: individuato il comportamento lesivo come meritevole di pena (a), si deve verificare l’inadeguatezza delle altre possibili risposte preventive e/o repressive, confermando quindi il bisogno di pena (b), si deve da ultimo verificare se l’opzione penale, «comunque *costosa* ..., riveli *chances* razionalmente *accettabili* (tali cioè da compensare i costi) ed empiricamente *verificabili* di raggiungere lo scopo di tutela della collettività»⁴⁷⁵.

Se si pone mente alla triplice scansione del test di proporzionalità adottato nel diritto tedesco, e alle tracce di questo presenti nell’attuale formulazione dell’art. 52, par. 1, CDFUE, anche come inteso dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, si colgono importanti somiglianze.

La più evidente è quella che collega la verifica del bisogno di pena con il canone della necessità, entrambi rivolti a verificare se non vi sia un mezzo meno lesivo per perseguire il

⁴⁷² Così BERNARDI, *La competenza penale*, cit., p. 12, a titolo di un intero sotto-paragrafo a ciò dedicato. La preoccupazione è talmente condivisa in dottrina da costituire una sorta di *refrain* nell’opera di diversi Autori, tra i quali ad esempio Sotis, Sicurella, Paonessa.

⁴⁷³ MELANDER, *Ultima ratio*, cit., p. 54.

⁴⁷⁴ Il concetto, e l’espressione, sono mutuati da DEMURO, *Ultima ratio*, cit., p. 1669, il quale li trae dall’opera di PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1990, pp. 430 ss., in particolare pp. 461 ss..

⁴⁷⁵ PALIERO, *Il principio*, cit., p. 462, corsivi nel testo.

medesimo fine. Anche l'effettività del rimedio appare riconnettersi strettamente al preliminare test di idoneità che caratterizza il modello continentale di proporzione: essa richiede infatti un bilanciamento costi-benefici che presuppone che la misura sia almeno astrattamente in grado di (idonea a) ottenere quel dato beneficio⁴⁷⁶, ossia – nel caso di specie – che la sanzione penale possieda chance di incrementare la protezione giuridica del bene scoraggiandone la lesione.

Quanto, invece, alla meritevolezza⁴⁷⁷, si pongono invece i medesimi problemi già sollevati *supra*⁴⁷⁸ circa l'individuazione degli obiettivi criminali dell'Unione⁴⁷⁹, non esistendo nei Trattati né nel diritto primario alcun riferimento *espreso* in tal senso e non potendosi quindi, a una prima analisi, rispondere ad alcuni importanti quesiti, e in particolare se l'ordinamento europeo abbia accolto una nozione oggettivistica o soggettivistica di diritto penale, o se non ne abbia accolta alcuna; se la sanzione penale sia pensata come strumento massimo di protezione di norme o di beni. La risposta a tali quesiti è infatti necessaria per poter argomentare alcunché circa l'adeguatezza/appropriatezza del mezzo sanzionatorio, e quindi – in ultima analisi – circa la meritevolezza della sanzione stessa.

Rinviando anche in questo caso al successivo paragrafo, può però aggiungersi un dato, riferito esclusivamente alla componente "interna" del principio di *ultima ratio*, quella cioè che, una volta deciso il ricorso alla pena, impone di valutare la previsione (in sede legislativa) e l'irrogazione (in sede giurisdizionale) della forma e del quantitativo di pena minimi possibile. Come già visto, la quantificazione della pena è oggetto dell'art. 49, par. 3, CDFUE, ove si legge che «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate *rispetto al reato*» (corsivo aggiunto). Se su tale norma non è possibile, per le ragioni già illustrate, fondare un solido principio di proporzione in ragione dell'assenza di coordinate entro le quali "stabilizzare" il nesso proporzionale meramente relativo che è predicato dalla norma in parola, è forse possibile scorgere in essa una implicita espressione di due importanti concetti: in primo luogo, il termine di paragone della pena è il reato, e non la norma che lo descrive; in secondo luogo, il riferimento all'idea di proporzione contiene in sé il test di necessità, il quale, mirando "a senso unico" all'obiettivo di minore ingerenza, potrebbe

⁴⁷⁶ Il pensiero corre al citato punto 3 delle *model provisions* elaborate dal Consiglio (cfr. *supra*, nt.456).

⁴⁷⁷ Valutazione che la dottrina penalistica colloca a monte del giudizio triadico di idoneità-necessità-proporzione stretta, in sede di valutazione circa la legittimità dello scopo perseguito dal legislatore e cui parametrare già la stessa idoneità.

⁴⁷⁸ Par. 4.3.1.2.

⁴⁷⁹ «The suitability test may entail some problems [because] there is no unanimous view on the objectives of criminal justice policy within the EU» (MELANDER, *Ultima Ratio*, cit., p. 55).

costituire un idonea base giuridica sulla quale costruire l'*ultima ratio* perlomeno nella sua dimensione "interna"⁴⁸⁰.

Giova pertanto ora provare a fornire una risposta (o verificare se ve ne sia) agli interrogativi sopra richiamati circa gli obiettivi del sistema penale dell'Unione e il suo possibile fondamento sul principio di necessaria lesività.

⁴⁸⁰ In tal senso MELANDER, *Ultima Ratio*, cit., p. 50 e più esplicitamente pp. 56 s. «If the objective pursued could be achieved by a penalty scale containing only the power to fine, this penalty scale should be adopted» (*ivi*, p. 50).

4.3.3 Proporzione e necessaria lesività.

Come osservato nei precedenti paragrafi, l'idea di un diritto penale europeo modellato e limitato in base al principio di proporzione conduce inevitabilmente a porsi alcune domande cruciali circa la direzione culturale entro la quale esso sia inserito, se ve ne sia una o se viceversa se l'Unione sia agnostica rispetto a tale contesto o comunque lo "ignori". Sinteticamente, «the notion of proportionality implies that a criminal law provision is adopted *in order to reach an objective*»⁴⁸¹.

Scopo del presente paragrafo è quindi tentare di comprendere *se* un oggetto vi sia e *quali caratteristiche* esso abbia: in altri termini, se appartenga al diritto penale europeo l'idea che lo strumento penale possa essere impiegato *solo* per **reprimere un'offesa** a un bene o interesse materialmente identificabile oppure se siano fondate le preoccupazioni di coloro che evidenziano il rischio di una deriva verso un diritto penale posto a tutela dell'obbedienza alla norma, magari nell'indifferenza di un legislatore che non possiede gli strumenti per distinguere la tutela del bene dalla tutela della norma.

Il tema è arduo. I concetti di bene giuridico, offensività, *harm principle*, nonché la stessa *extrema ratio* sono non solo di difficile definizione ma risulta anche complesso individuarne le reciproche relazioni. Di più, essi si scontrano con una realtà legislativa tendente a un forte arretramento dell'intervento penale che caratterizza pressoché tutti gli ordinamenti, anche extraeuropei, frustrandone le finalità e l'ambizione regolatrice. Il quadro, anche solo all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, è poi ulteriormente complicato dalla pluralità dei modelli concettuali adottati. Infine, all'affermazione dogmatica non corrisponde nella maggior parte dei casi una reale giustiziabilità del principio, vuoi perché esso viene considerato strutturalmente inidoneo a fondare una questione di validità davanti al giudice costituzionale vuoi perché all'affermazione della sua invocabilità corrisponda poi un drastico *self-restraint* del giudice medesimo.

In questa sede non è pertanto possibile effettuare una disamina neppure minimamente adeguata alla complessità, intensità e rilevanza dei temi sollevati⁴⁸².

⁴⁸¹ BÖSE, *The principle*, cit., p. 36, corsivo aggiunto.

⁴⁸² La letteratura è sterminata. Ci si permette pertanto di citare un unico contributo, recente, che tenta di "fare il punto" sui problemi qui evocati dal punto di vista dell'offensività, elaborazione tutta italiana alla quale «non esistono principi europei o sovranazionali che [...] corrispondano pienamente», vagliando anche il relativo «contributo» europeo: si tratta del già richiamato DONINI, *Il principio*, cit., cui si rimanda anche per la corposa bibliografia richiamata, già nelle note iniziali.

Del resto, tuttavia, ciò non è neppure necessario ai fini che ci si è prefissati: la domanda che ha condotto all'apertura del presente paragrafo non è infatti quella di circoscrivere i contorni di una "offensività europea" né di vagliare la portata descrittiva o prescrittiva di una supposta "teoria europea del bene giuridico", bensì quella di verificare se l'ordinamento dell'Unione posseda in sé i fondamenti che consentano di limitare l'uso dello strumento penale a condotte provviste di un minimo contenuto lesivo/dannoso, così da scongiurare la richiamata deriva verso un diritto penale della mera obbedienza a norme.

Questa prospettiva, che costituisce una sorta di "negativo" del ben più ambizioso tema succitato, appare assai più dimessa e perseguibile negli spazi e per i fini qui considerati.

Il nucleo centrale dell'idea di necessaria lesività della condotta può essere in via di prima approssimazione ricondotto alla necessità di tipizzare la fattispecie penalmente rilevante in maniera tale da limitarla a fatti materiali/esteriori connotati da un disvalore sociale significativo e rivolti a menomare beni o interessi socialmente rilevanti. Al contrario, non sarebbe mai lecito per il legislatore proteggere il mero interesse all'osservanza dei precetti, qualsivoglia contenuto essi abbiano⁴⁸³: ogni violazione di regole tutela, *deve* tutelare, un interesse esterno alla regola stessa, non essendo possibile, *rectius*: non essendo legittimo, punire la mera disobbedienza.

Ciò è altro dal definire quale sia l'oggetto di questo interesse esterno alla regola, ovvero quale sia il novero di beni giuridici legittimamente tutelabili e da quale fonte trarre tale novero, e – eventualmente – se vi siano beni non tutelabili o non tutelabili *mediante il diritto penale*⁴⁸⁴.

Il *fondamento teorico* dell'idea di necessaria lesività è ricostruito a partire dal principio di eguaglianza, dalla rilevanza (costituzionale e non solo) del bene della libertà personale, dalla centralità della prospettiva personalistica nell'impiego della pena⁴⁸⁵. In particolare, l'idea sottesa è quella per la quale il sacrificio imposto alla libertà personale, bene di elevato rango nella tavola assiologica di tutti gli ordinamenti europei, possa essere sacrificato solo a fronte di beni e interessi di rilevanza *comparabile*.

Se questa "comparabilità" sia idonea a consentire una qualche selezione dei beni tutelabili è discusso: si può infatti sostenere che «il richiamo alla libertà personale quale parametro unico di

⁴⁸³ «Che ciò avvenga sempre, accanto alla tutela di beni, poco importa» (DONINI, *Il principio*, cit., p. 10).

⁴⁸⁴ E, specularmente, *forme di aggressione* non contrastabili mediante il diritto penale. È evidente qui la parziale sovrapposizione con il principio di *ultima ratio* del quale si è trattato al paragrafo precedente.

⁴⁸⁵ Nel nostro ordinamento i referenti costituzionali sono gli articoli 3, 13 e 27, ma, «anche se non nell'identica formulazione, principi analoghi esistono, in forma espressa o implicita, in molti testi costituzionali o sovranazionali: ciò che spiega l'esportabilità del modello, oggi» (DONINI, *Il principio*, cit., p. 11).

riferimento è attualmente di valore paradigmatico meno stringente»⁴⁸⁶ osservando che, poiché la sanzione carceraria non è più la forma prevalente di reazione penale, non sia più possibile operare una reale comparazione in tal senso; viceversa, si può osservare che, «se fosse vero che il principio di necessaria lesività è indifferente alla selezione degli interessi da tutelare in sé considerati, allora, tali interessi non classificabili potrebbero sacrificare il diritto fondamentale alla libertà personale del reo»⁴⁸⁷; ancora, è possibile rilevare come anche le sanzioni non detentive ledano in maniera più o meno rilevante beni e interessi di rango costituzionale (proprietà, libertà di movimento, di impresa, esercizio di diritti civili e politici), e che quindi possa impostarsi una comparazione efficace anche rispetto a tali beni di rango inferiore.

In proposito, si deve osservare che *la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione fornisce in effetti all'interprete una tavola assiologica in cui rinvenire molti dei citati parametri*: in primo luogo, l'art. 6 CDFUE tutela la libertà personale, con una norma che è da intendersi quale richiamo all'art. 5 Convenzione EDU per quanto concerne le (tassative) cause di limitazione⁴⁸⁸; l'art. 15 CDFUE, sotto la rubrica «Libertà professionale e diritto di lavorare» prevede fra l'altro che «Ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata»; gli artt. 16 e 17 tutelano rispettivamente la libertà d'impresa e il diritto di proprietà⁴⁸⁹; l'art. 20 CDFUE, sotto la rubrica «Uguaglianza davanti alla legge» dispone icasticamente che «Tutte le persone sono uguali davanti alla legge»; il titolo V (artt. 39 ss.) tutela una serie di diritti di partecipazione derivanti dalla cittadinanza europea, fra i quali l'elettorato attivo e passivo alle elezioni al Parlamento europeo e comunali).

Sempre in vista della ricerca di un fondamento al principio in rassegna, è stato rilevato come l'idea di necessaria lesività, pur nelle segnalate divergenze, sia tendenzialmente *comune a tutti gli*

⁴⁸⁶ DONINI, *Il principio*, cit., p. 12.

⁴⁸⁷ STEA, *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, in *Arch. pen.*, 3/2013, p. 914.

⁴⁸⁸ Come già rilevato, il richiamo alla CEDU (ex art. 52, par. 3, CDFUE) concerne anche la sua giurisprudenza. Pertanto, la formulazione in verità assai scarna dell'art. 6 CDFUE («Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza.») non può essere considerata di ostacolo a una intensa ed articolata protezione della libertà: e non è infatti un caso che le citate *Spiegazioni* alla Carta, dopo aver pedissequamente riprodotto il testo dell'art. 5 CEDU, si peritino di specificare che «I diritti di cui all'articolo 6 devono essere in particolare rispettati quando il Parlamento europeo e il Consiglio adottano atti legislativi nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale in base agli articoli 82, 83 e 85 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, segnatamente per la definizione di disposizioni minime comuni in materia di qualificazione delle infrazioni e delle sanzioni e di taluni aspetti del diritto processuale» (*ivi*, p. 4).

⁴⁸⁹ È noto in proposito come la proprietà possegga, nell'attuale contesto internazionale, un rango ben superiore a quello assegnato, in una diversa e specifica temperie culturale, dal costituente italiano.

*Stati membri*⁴⁹⁰ e «appartiene alla cultura europea, come risulta dai più recenti codici penali adottati da alcuni Paesi europei, con cui si è espressamente prevista la dannosità sociale del fatto come misura della sua rilevanza penale»⁴⁹¹.

Se poi «è indubbio ... che [anche] la Corte EDU valuta la legislazione criminale nazionale secondo un criterio valoriale degli interessi coinvolti, finalizzato a stimare l'effettivo equilibrio della scelta di politica penale tra l'esigenza di tutela di un determinato interesse ed il sacrificio imposto al reo»⁴⁹², può concludersi che diverse siano le fonti dalle quali la Corte di giustizia può trarre l'esistenza a livello europeo di un principio di necessaria lesività sociale del fatto di reato connotato in termini di disvalore e correlato con la causazione di un danno a un interesse rilevante.

Il riconoscimento del principio, tuttavia, non è risolutivo rispetto alla sua **giustiziabilità**. Ma, se si è sinteticamente chiarito come la necessaria lesività muova fundamentalmente da una comparazione tra interessi confliggenti, appare chiaro che essa possa essere ricondotta all'operatività di quella formulazione del principio di proporzione contenuta nell'art. 52, par. 1, CDFUE, della quale già si è mostrato come la Corte di giustizia appaia voler fare puntuale applicazione.

In proposito peraltro, e ricordando le finalità "minime" di questa esposizione, anche chi evidenzia la minore ricchezza concettuale della proporzione rispetto all'offensività pienamente intesa, non può non rilevare che «Ovviamente chi non dispone di (o non valorizza a sufficienza) un autonomo principio di offensività (...) è destinato a esaltare (*con esiti utili anche per l'offensività*) soprattutto la proporzione»⁴⁹³.

Naturalmente, poi, per effettuare correttamente il giudizio di bilanciamento tra interessi si dovranno considerare tutti gli aspetti connessi alla pena, che non si limita soltanto al momento o alle modalità della sua inflizione ma che porta con sé uno stigma sociale e un sostrato di conseguenze psicologiche e sociali innegabili. In tal senso, termine di paragone non potrà essere soltanto la quantificazione matematica della pena, ma anche di una pena lieve (finanche irrisoria)

⁴⁹⁰ «Lo stesso principio di offensività, nella sua lettura "debole" ..., conosce a tale riguardo una certa assimilazione alle altre tradizioni europee» (DONINI, *Il principio*, cit., p. 5).

⁴⁹¹ STEA, *L'offensività*, cit., p. 915. Il riferimento, in particolare, è ai codici polacco (1997), sloveno (1994) e croato (2011). Cfr. *amplius*, FORNASARI, MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2012, pp. 8 ss..

⁴⁹² STEA, *L'offensività*, cit., p. 918, corsivo aggiunto.

⁴⁹³ DONINI, *Il principio* cit., p. 12, nt. 27, con numerosi riferimenti bibliografici.

dovrà non trascurarsi il *minimum* di afflittività che l'etichetta penalistica inevitabilmente porta con sé⁴⁹⁴.

Pertanto è possibile affermare che il diritto dell'Unione conosce un principio idoneo a limitare l'intervento penale in base alla lesività del fatto di reato rispetto a un interesse socialmente consistente, e che tale principio deriva dallo stesso diritto primario dell'Unione e in particolare dalla tavola assiologica offerta dalla CDFUE ma deriva altresì dalle tradizioni costituzionali comuni nonché dal principio di proporzione, da quale ultimo mutua anche una forte potenzialità in termini di giustiziabilità. Per dirla con le parole del più volte citato *Manifesto*:

«Quando il legislatore europeo assume una competenza in materia penale, può esercitarla solo se in tal modo vengono protetti interessi fondamentali, (1) che derivano dal diritto primario dell'Unione, (2) che non siano in contraddizione con le tradizioni costituzionali degli Stati membri⁴⁹⁵ e della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e (3) la cui lesione risulti inoltre in misura particolare socialmente dannosa.

Nel diritto europeo questa esigenza si ricava dal principio di proporzione. Solo se serve alla tutela di un simile interesse, di particolare importanza, può un precetto penale perseguire un obiettivo legittimo ed essere quindi proporzionato. Il legislatore europeo deve indicare in maniera dettagliata nella motivazione (in accordo con il principio della "good governance") quali interessi siano ed il fatto che attraverso i comportamenti incriminati vengano offesi in maniera non irrilevante. Il rafforzamento dell'attuazione di politiche dell'Unione non può legittimare di per sé l'impiego del diritto penale.»⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ Attenzione dimostrata ad esempio in sede CEDU, dove la Corte – nella sua già ricordata riconsiderazione della *matière pénale* – non tiene in particolare considerazione l'obiettivo ammontare della sanzione (cfr. ad es. C. EDU, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, ric. n.11828/11, avente ad oggetto la violazione del principio del *ne bis in idem* tra sanzioni amministrative e sanzioni penali in materia fiscale, sentenza nella quale la Corte ha attribuito natura penale a una sanzione nominalmente amministrativa di soli € 1.700 – in proposito, cfr. il commento di DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *penalecontemporaneo.it*, 5 giugno 2014).

⁴⁹⁵ Solo con le tradizioni costituzionali *comuni*, in quanto fonte del diritto dell'Unione, e non già con le tradizioni costituzionali del singolo Stato membro (come dimostrato, da ultimo, dal caso *Melloni*), il quale potrà – al più – azionare il freno d'emergenza ma non invocare un generale limite alla penalizzazione sulla sola base delle *proprie* tradizioni.

⁴⁹⁶ *Manifesto*, prima parte, punto 1), corsivo aggiunto.

4.3.4 Conclusioni.

In chiusura di questa complessiva esplorazione delle dinamiche connesse con il principio di proporzione può allora affermarsi che quest'ultimo possiede un'innegabile centralità nel sistema europeo di diritto penale.

La sua ricca dinamica, fondata sulla reinterpretazione europea della tripartizione di matrice germanica, si articola in diverse tipologie e funzioni: da una proporzione formale e una fondata su canoni di razionalità materiale, essa trova la propria più nobile collocazione nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, nel quale si erge a criterio di governo dei conflitti tra diritti e fra diritto e potere.

In quella sede acquista un carattere di più pronta giustiziabilità, dimostrato dalla spiccata attenzione che la Corte di giustizia gli ha rivolto in tempi recenti.

Forte di queste implicazioni, la proporzione si candida altresì a formare base concettuale e fondamento giuridico a istanze che in sede nazionale si pongono in posizione più o meno autonoma rispetto ad essa ma che le possono essere collegate senza troppo sforzo, almeno nel loro nucleo essenziale.

La proporzione consente così di riconoscere anche nel sistema europeo quelle istanze di diritto penale minimo e materiale che contribuiscono a formare l'ossatura garantistica del diritto penale negli ordinamenti nazionali: *ultima ratio* e necessaria lesività acquistano in tal modo anche migliori chance di giustiziabilità nella sede giurisdizionale sovranazionale.

Il panorama delle garanzie penalistiche europee, così arricchito, diviene anche per ciò solo meno permeabile alle critiche e alle preoccupazioni che sono state rivolte rispetto al rischio di deriva verso un ipertrofico diritto penale dell'obbedienza: se infatti è vero che i caratteri e i limiti all'azione penale previsti dalle norme contenute nell'art. 83 TFUE non appaiono espressamente allineate a tali istanze, alla luce di quanto fin ora dimostrato tali caratteri e tali limiti non possono che porsi come *aggiuntivi* rispetto a quelli che necessariamente discendono dall'esame del principio di proporzione e delle sue implicazioni. In altre parole, ad esempio, la funzionalizzazione della competenza penale c.d. accessoria all'"indispensabilità di garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione" dovrà essere letta come requisito *ulteriore* rispetto a quelli, di natura

“costituzionale” fin ora descritti e derivabili dal sistema ordinamentale dell’Unione a prescindere da una loro riproduzione scritta⁴⁹⁷.

In tal modo, peraltro, non si dovrà neppure ricorrere ad artifici ermeneutici sul testo delle norme fondative della competenza penale dell’Unione, come quello compiuto da chi, per promuovere la concezione del diritto penale minimo, attribuisce al concetto di “norme minime” contenuto nell’art. 83 TFUE «a twofold meaning: a minimum standard of protection by criminal law and a minimum standard of protection against criminal law»⁴⁹⁸.

Del resto, infine, sarebbe errato – sul piano logico – pretendere dall’ordinamento europeo ciò che neppure gli ordinamenti nazionali riescono oggi a garantire. Già si è valorizzata, trattando del principio di legalità⁴⁹⁹, una distinzione di approccio tra aspetti patologici dei modelli di legalità democratica e aspetti fisiologici, mirando a far osservare come se le critiche rivolte alla patologia del sistema di controllo democratico delle leggi in sede nazionale non possano costituire ragione di una più blanda valutazione della soluzioni adottate in sede sovranazionale, del pari non possano essere imputati al solo ordinamento sovranazionale i limiti fisiologici connaturati ai sistemi democratici stessi pure se correttamente funzionanti.

In una simile prospettiva si deve ricordare ora che se gli ordinamenti nazionali assistono a fenomeni di confusione tra diritto penale e diritto sanzionatorio amministrativo⁵⁰⁰, arretramenti anche radicali delle soglie punitive nel nome della precauzione e della sicurezza come bene-in-sé⁵⁰¹ e strisciante accondiscendenza verso forme di tutela penale di beni di dubbia consistenza, tutto ciò è da riconnettersi non tanto a deficienze sul piano dell’elaborazione dei principi o del paradigma costituzionale di riferimento bensì a una temperie culturale e politica che non sa o non vuole farsi persuadere all’applicazione (di forme magari aggiornate) dei principi fondamentali della legislazione penale. Se ciò si riprodurrà nell’ambito dell’ordinamento sovranazionale, per quanto non auspicabile, non sarà certo conseguenza di una minore idoneità dell’ordinamento dell’Unione a far fronte a quelle determinate esigenze, rispetto alle quali, peraltro (e a differenza di quanto

⁴⁹⁷ Che peraltro potrebbe essere tutt’altro che auspicabile, anche in una futura ed eventuale sede di revisione dei Trattati, se è vero (come spesso è vero) che le formulazioni positive dei principi tendono a possedere una funzione limitante prima ancora che affermativa.

⁴⁹⁸ BÖSE, *The Principle*, cit., p. 43.

⁴⁹⁹ Cfr. *supra*, par. 4.2.1, *passim*.

⁵⁰⁰ Evocativo DONINI, *Il principio*, cit., p. 29, nella distinzione tra «Pene (sostanzialmente) non criminali, e sanzioni (solo) sostanzialmente criminali».

⁵⁰¹ *Amplius*, DEMURO, *Ultima ratio*, cit., pp. 1678 ss..

accade per i profili attinenti alla legalità), gli Stati membri ben potranno attivare la procedura di freno d'emergenza e/o di previo controllo parlamentare sui progetti di atti normativi.

4.4 La coerenza.

Dopo aver provato a illustrare i fondamenti e le criticità dei fondamentali principi di legalità e proporzione, può ora dedicarsi qualche cenno a una tematica la quale, benché resti talora sullo sfondo del dibattito, possiede un rilievo non secondario soprattutto rispetto al rapporto tra l'intervento penale europeo e la costruzione e/o l'esistenza di una *politica* penale dell'Unione. Se è infatti vero che «ogni scelta in materia penale [è] espressiva di una opzione di politica criminale»⁵⁰², è altrettanto vero che quando ci si riferisce, in senso più o meno problematico, all'esigenza di una politica criminale europea si sottintende che essa debba possedere il carattere della coerenza, di tal che se essa non la possedeva non sarebbe neppure una vera e propria «politica»⁵⁰³.

Giova porre in chiaro sin da subito le questioni nodali, le domande cui si cercherà di fornire risposta: qual è l'oggetto della richiesta di coerenza, l'ordinamento sovranazionale o i singoli ordinamenti nazionali o il sistema risultante? qual è il parametro della coerenza, il suo fine? una vera e propria coerenza è veramente possibile e quali sono i suoi rapporti con l'idea di armonizzazione? la coerenza, qualunque forma le si sia così attribuita, rappresenta un mero auspicio di carattere politico o è giustiziabile?

Il problema della coerenza⁵⁰⁴, come già visto soprattutto nel corso della disamina offerta nel terzo capitolo, può essere posto in due distinte direzioni, e si parla in proposito di coerenza verticale e coerenza orizzontale: la prima, *la coerenza verticale*, guarda al rapporto tra il diritto dell'Unione e quello (quelli) degli Stati membri, poiché il diritto penale nazionale «constitutes part of the identities of the Member States, ... which are protected under Article 4(2) of the (new) Treaty on European Union»⁵⁰⁵; la seconda, *la coerenza orizzontale*, implica che «the European

⁵⁰² MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e costituzione italiana*, in *Dir. pen., proc.*, 8/2012, p. 923.

⁵⁰³ Un'avvertenza preliminare: il presente paragrafo, più che a introdurre concetti nuovi, mira a sviluppare tematiche che sono già emerse altrove nel corso del presente lavoro: per tale ragione si cercherà di procedere più speditamente, contenendo al minimo i riferimenti anche bibliografici, per i quali si rimanda ai diversi luoghi nei quali i singoli profili sono stati introdotti.

⁵⁰⁴ Affrontato nell'ordinamento italiano (ma qui ci si concentrerà unicamente su quello dell'Unione) in termini di rispetto del principio di eguaglianza, principio il quale, anche in forza del ruolo cardine che ricopre nella giurisprudenza costituzionale, dimostra un elevato grado di giustiziabilità.

⁵⁰⁵ ASP, *The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU Criminal Law*, in *Eur. Crim. Law Rev.*, 1/2011, p. 47.

legislator must pay regard to the framework provided for in different EU-instruments (... cf. Art. 11/3) [new] Treaty on European Union)»⁵⁰⁶.

È quindi solo (o principalmente) la coerenza orizzontale ad essere connessa con l'esigenza di perseguimento di una politica penale da parte dell'Unione, mentre quella verticale appare attenersi al grado di ingerenza del diritto dell'Unione sulle scelte proprie degli Stati membri, e ad essere pertanto maggiormente connesso a un problema di sussidiarietà⁵⁰⁷.

Appare pertanto opportuna una trattazione separata.

⁵⁰⁶ *Op. loc. ult. cit.*.

⁵⁰⁷ In questo senso anche il *Manifesto*, cit., prima parte, *sub* punto 5): «Proprio nell'ambito del diritto penale criminale il principio di sussidiarietà assurge ad un'importanza accentuata, poiché l'ordine dei valori penalistico degli Stati membri è da annoverare nella loro "identità nazionale", che l'Unione, secondo l'art. 4 comma 2 del Trattato sull'Unione Europea, deve espressamente salvaguardare».

4.4.1 La coerenza orizzontale.

La ricerca di un principio di coerenza all'interno del diritto penale dell'Unione sconta un difetto genetico: la coerenza è, in se stessa, un possibile attributo di un *sistema*⁵⁰⁸, mentre l'Unione, oltre a non essere un ordinamento avente finalità generali⁵⁰⁹, è provvista di una competenza a emanare norme penali che è dotata di un rilevante grado di frammentarietà. Come visto, infatti, sia la competenza autonoma che quella accessoria, per quanto possano essere quantitativamente estese, ragionano "per materie" e non, ad esempio, per livelli di gravità o comunque per canoni omogenei: pertanto, può legittimamente darsi che l'Unione posseda una competenza ad emanare norme penali a protezione di un dato bene ma non di un altro bene a quest'ultimo assiologicamente contiguo, con *una frammentarietà "istituzionale" che si aggiunge alla naturale frammentarietà propria del diritto penale*.

Per tale ragione, non è possibile fare, al livello dell'Unione, alcun ragionamento comparativo che si estenda a qualsivoglia bene o interesse da proteggere, dovendosi invece limitare la comparazione al novero di beni e interessi i quali, vuoi perché enumerati nel primo paragrafo dell'art. 83 TFUE vuoi perché oggetto di armonizzazione (o unificazione) e quindi ricompresi nel secondo paragrafo del medesimo articolo, possano fare oggetto di norme penali di fonte europea. Esistono, in altre parole, delle istanze di protezione che *non possono* essere coltivate in sede europea perché l'ente sovranazionale difetta di competenza in materia⁵¹⁰.

D'altra parte, l'estensione della competenza penale (soprattutto accessoria) è assai vasta, e quindi – se è vero che non è possibile trattare il diritto penale europeo come un sistema – è tuttavia possibile impiegare degli argomenti aventi carattere sistematico pur con la cautela che ogni operazione *analogica* porta con sé.

Ciò premesso, ci si deve domandare su quali fondamenti concettuali poggi l'esigenza di coerenza. Essa non è infatti un diretto precipitato della proporzione né della legalità/prevedibilità: non di quest'ultima poiché una pena è prevedibile (se la norma è accessibile, scritta e chiara) anche se incoerente con altre poste a presidio di interessi similari; non della proporzione perché

⁵⁰⁸ «Nell'ambito scientifico, qualsiasi oggetto di studio che, pur essendo costituito da diversi elementi reciprocamente interconnessi e interagenti tra loro e con l'ambiente esterno, reagisce o evolve come un tutto, con proprie leggi generali. Insieme di enti astratti o concettuali strettamente coordinati, anche se non necessariamente dipendenti uno dall'altro» (Enc. Treccani).

⁵⁰⁹ Ossia, di perseguimento dei generali interessi dei consociati.

⁵¹⁰ Banalmente: l'omicidio volontario, senza ulteriori specificazioni contestuali (es. in contesti di terrorismo), non può fare oggetto di una direttiva di armonizzazione penale perché l'Unione non possiede una specifica competenza in materia di protezione della vita umana.

questa opera o all'interno della singola coppia reato-sanzione (vagliando idoneità, necessità e stretta proporzione tra i beni interessati) oppure, quando riguarda ad altre fattispecie, persegue solo un livello minimale di coerenza rivolto a censurare trattamenti sproporzionati tra beni simili.

La coerenza è tuttavia qualcosa di più. Essa *si lega a un'idea di razionalità e di giustizia del complesso dell'intervento (penale) approntato dal legislatore*: è «sulla base di questo presupposto [che] si formano l'idea di giustizia e l'ordine dei valori delle rispettive società e si assicura in definitiva l'accettazione del diritto penale»⁵¹¹.

Il carattere politico della coerenza e il suo profondo nesso con l'«ordine dei valori» su cui si fonda la società, oltre a rimandare all'idea di “sistema” della quale già si è detto, impongono l'individuazione di una finalità ultima cui parametrare e in base alla quale valutare il perseguimento di una determinata politica. Se una concezione minimale di coerenza può essere riconnessa con generiche (ma insoddisfacenti) esigenze di *analoga* protezione di beni *analogamente* importanti, e quindi in definitiva di *proporzionata* selezione degli oggetti di tutela, è soprattutto la **funzione** che al diritto penale e alla pena viene assegnata in ciascun ordinamento a rappresentare termine di verifica del rispetto del principio di coerenza.

Del resto, che il legislatore europeo (come ogni altro legislatore penale) sia vincolato alla coerenza è espresso dalla stessa tralatizia formula delle “sanzioni efficaci proporzionate e dissuasive”, che è costruita sulla base di tre concetti tutti connotati in senso relativo: l'efficacia, in particolare, esprime un *rapporto di relazione* tra un mezzo, la sanzione, e un obiettivo, che non viene dichiarato.

Viene quindi da domandarsi rispetto che a che cosa una sanzione possa essere “efficace”, ovvero quale ne sia l'obiettivo, e in ultima analisi la funzione.

Emerge così il legame tra coerenza e funzione della pena, dovendosi «cioè considerare quale sia la funzione che attribuiamo alla sanzione penale e quali siano le conseguenze, sul piano della coerenza sistematica, che da essa possano derivare»⁵¹².

La coerenza orizzontale, pure in un “sistema” che è tale solo in parte, si raggiunge pertanto secondo due direttrici: una, già esplorata nei paragrafi precedenti, inerente i criteri selettivi degli interessi da tutelare, e tendenzialmente soddisfatta nell'ambito dell'Unione dal consolidamento di una tavola assiologica costruita sulla base dei sistemi costituzionali degli Stati membri e sublimata

⁵¹¹ *Manifesto*, parte prima, sub punto 6).

⁵¹² MOCCIA, *Funzione*, cit., p. 924.

nella Carta dei diritti fondamentali; un'altra, sulla quale si cercherà di svolgere alcuni ragionamenti qui di seguito, correlata all'obiettivo ultimo del legislatore penale, rappresentato dalla funzione che alla pena è attribuita nell'ordinamento europeo.

4.4.1.1 *La funzione della pena.*

Il tema della funzione della pena è risalente e ampiamente battuto, con risultati differenziati e intimamente legati a considerazioni extrapenali circa l'uomo e il suo statuto ontologico e assiologico, le sue caratteristiche cognitive e psicologiche, nonché – perlomeno in una dimensione storica – importanti implicazioni a sfondo etico-morale.

Come noto, si hanno diverse “famiglie concettuali”, così sinteticamente schematizzabili⁵¹³:

- la funzione *retributiva*, l'unica avente carattere “assoluto”, cioè non finalistico, votata a perseguire un ideale “riequilibrio” del male compiuto dal reo mediante l'inflizione di altro male di intensità paragonabile, una punizione quindi che è comminata per il solo fatto che è ritenuta “giusta”⁵¹⁴;

- la funzione *preventiva*, distinta secondo le coppie concettuali generale/speciale e positiva/negativa: in particolare, la prevenzione generale mira orientare le scelte individuali dei consociati, facendo leva sull'intimidazione offerta dalla prospettiva della sanzione (generalprevenzione negativa) oppure sull'effetto di orientamento culturale come spontanea adesione ai valori espressi dalla norma penale (generalprevenzione positiva); la prevenzione speciale, invece, focalizza la propria attenzione sul singolo autore, e mira ad evitare che egli commetta in futuro altri reati, vuoi intimidendolo mediante l'irrogazione della sanzione per i fatti commessi (specialprevenzione negativa / intimidazione) vuoi aiutandolo a reinserirsi nella società in conformità ai valori di questa (specialprevenzione positiva / risocializzazione), vuoi, da ultimo e nell'ipotesi più estrema, a neutralizzarlo;

- la funzione *rieducativa*, l'unica espressamente prevista nella Costituzione repubblicana (art. 27, co. 3), la quale costituisce uno sviluppo dell'idea di specialprevenzione positiva in termini di finalismo risocializzante e tende a influenzare il momento di inflizione della pena mediante

⁵¹³ Per maggiori approfondimenti, nella manualistica, cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 695 ss.

⁵¹⁴ Di tal che, nell'esempio kantiano frequentemente ricordato, se la stessa comunità sociale che ha previsto la pena fosse in procinto di sciogliersi definitivamente, essa dovrebbe comunque procedere all'inflizione della stessa «perché ciascuno soffra ciò che meritano i suoi comportamenti» (MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 4).

l'approntamento di strumenti rivolti a promuovere il rientro in società del reo mediante strumenti che non le ledano l'autonomia morale⁵¹⁵.

Non è chiaro se l'ordinamento dell'Unione abbia optato per il perseguimento di una o più di tali funzioni. L'assenza di indicazioni in proposito all'interno delle fonti di diritto primario e la già rilevata natura "doppiamente frammentaria" della materia dovrebbero far optare per la soluzione negativa.

È stato viceversa affermato che l'Unione abbia adottato una funzione intimidatrice della sanzione penale, esclusivamente rivolta alla «mera deterrenza»⁵¹⁶. Tale conclusione deriverebbe dall'esame degli atti sino ad oggi adottati nonché dall'enfasi attribuita alla stessa idea di dissuasività come attributo della sanzione penale europea. "Dissuasivo" significherebbe inevitabilmente "deterrente", con ciò dimostrando l'adesione dell'Unione a una concezione del diritto penale come intimidazione sociale, e quindi generalprevenzione negativa. Anche gli atti normativi adottati mostrerebbero tale tendenza tanto nella tecnica di delimitazione della cornice edittale (il "minimo del massimo" possiede in sé una componente di propulsione verso l'alto) quanto nell'indicazione del *quantum* edittale per ciascuna figura. Tale conclusione, secondo la medesima opinione, individuerrebbe un insuperabile momento di attrito tra la dimensione costituzionale dell'ordinamento dell'Unione e i fondamenti del diritto punitivo italiano, dovendosi pertanto immaginare scenari di sistematico rifiuto da parte dell'ordinamento nazionale di dare attuazione alle istanze punitive provenienti dall'ente sovranazionale.

Non pare che queste conclusioni possano essere accolte.

Innanzitutto, come noto, l'adesione a un modello funzionalistico della pena non esclude automaticamente gli altri ma anzi è idea diffusa che le dimensioni retributiva e preventiva si possano e si debbano contemperare, parzialmente sovrapponendosi e integrandosi. La finalità rieducativa, peraltro, appare da sola difficilmente applicabile soprattutto nella fase di minaccia di pena, una fase nella quale chiarezza e generalità/astrattezza della norma penale sono certamente imprescindibili se si vuole evitare una soggettivizzazione della sanzione che sfoci nell'arbitrio e che pertanto solo entro certi limiti può acquisire un significato realmente "rieducativo". Come la pena assume ruoli diversi nei vari momenti della sua esistenza, così la sua funzione si deve modellare conseguentemente, sempre all'interno di un sistema che, *nel suo complesso*, sia votato alla rieducazione e alla prevenzione positiva.

⁵¹⁵ Non è questa la sede per approfondire i caratteri della rieducazione, né di valutare i termini della sua crisi nei sistemi penali contemporanei, per i quali tutti si rimanda a FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 702 ss.

⁵¹⁶ MOCCIA, *Funzione*, cit., p. 921.

Che poi “dissuasivo” significhi senza dubbio “intimidatorio” è un assioma tutto da dimostrare: la dissuasività indica un fine, un risultato, ma è tendenzialmente neutra rispetto ai mezzi, richiedendo – in ultima analisi – che essi siano idonei a raggiungerlo e che godano di serie chance di farlo. “Dissuasivo” può significare anche “persuasivo”, spostando il focus dalla prospettazione di un male come reazione al comportamento vietato alla rappresentazione del bene costituito dall’adesione al valore che la norma promuove. La dissuasione può poi operare in via generale o individuale. Insomma: una contestabile attribuzione di significato a un’espressione inserita in una formula tralatizia sembra essere un indice insufficiente per decidere circa l’adesione dell’Unione a uno piuttosto che all’altro modello di funzione della pena.

Anche poi volendo aderire all’idea che “dissuasivo” significhi “intimidatorio” e che quindi esprima un’esigenza di prevenzione generale negativa, la dissuasività si accompagna all’efficacia e alla proporzione: se quest’ultima è in grado di contenere gli eventuali eccessi nei quali il legislatore dovesse incorrere con l’obiettivo di perseguire un massimo livello di intimidazione, la stessa efficacia deve spingere il legislatore stesso a selezionare non il mezzo più aspro ma quello più idoneo a conseguire il risultato di protezione del bene giuridico anche sotto il profilo della concreta attuabilità. Si rammenti infatti come da un lato a un impiego ipertrofico del diritto penale corrisponde uno speculare impiego dell’apparato di *enforcement*, con il risultato che se questo non possiede le risorse sufficienti entra in crisi, seleziona autonomamente i reati da perseguire e quelli da trascurare e frustra in ultima analisi gli scopi stessi dell’aumento di criminalizzazione; inoltre, una sanzione troppo elevata può risultare addirittura indifferente al reo, il quale – in un contesto di pan- e ipercriminalizzazione⁵¹⁷ – potrebbe essere spinto a persistere nella propria condotta criminosa avendo già accumulato, con condotte scarsamente lesive, una cornice sanzionatoria assai elevata. Valorizzare quindi il dato di dissuasività/intimidazione a discapito del coevo fine di efficacia e proporzione appare un’operazione ermeneutica del tutto arbitraria.

Inoltre, come visto nel capitolo terzo, i livelli sanzionatori previsti dagli strumenti adottati non appaiono in sé particolarmente elevati, con le eccezioni già segnalate, quanto piuttosto talvolta grossolanamente determinati⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Nel quale, cioè, molti comportamenti sono sanzionati e con pene elevate.

⁵¹⁸ Con diversi casi di diseguaglianze inerenti situazioni regolate dai medesimi strumenti o altri simili cortocircuiti logici: forme tentate punite ugualmente a fattispecie analoghe ma consumate, meri partecipi puniti allo stesso modo dei promotori, forme accessorie irragionevolmente previste solo per talune delle condotte principali, etc. Vedasi *amplius supra*, capitolo terzo, *passim*.

Da ultimo, ma più importante, è noto che *la sede propria della funzione rieducativa della pena è quella dell'esecuzione*: la rieducazione interviene infatti a partire dal momento di determinazione giudiziale della pena concreta ma soprattutto in quello dell'inflizione, in particolar modo quando questa avvenga mediante la privazione carceraria della libertà personale. Più specificamente, mentre all'astratta minaccia di pena compete inevitabilmente una funzione assertiva (generalprevenzione positiva) e intimidatoria (generalprevenzione negativa), sono le modalità di esecuzione della pena, iniziando dal fatto che essa venga effettivamente eseguita⁵¹⁹ e venendo alle modalità e al contesto dell'esecuzione stessa.

Se tuttavia il fine di rieducazione deve (per volontà del costituente) pervadere la fase esecutiva della pena, deve ricordarsi come esso ricada del tutto al di fuori delle competenze dell'Unione, la quale non può emanare norme rivolte a regolamentare il diritto penitenziario: l'Unione non ha alcuna competenza a determinare le caratteristiche di ciascuna tipologia di pena, né le modalità di inflizione, né l'organizzazione carceraria, né i modi e i mezzi per concedere ai condannati quelle chance di risocializzazione nelle quali si concretizza il fine rieducativo. Ogni iniziativa in questo senso sarebbe o meramente assertiva o addirittura illegittima per violazione del riparto di competenze previsto dai Trattati⁵²⁰.

Dunque, l'Unione appare piuttosto *agnostica* rispetto alle finalità della pena che trascendano la mera fase di affermazione della pena in astratto. Tale agnosticismo, lo si ribadisce, è giustificato e persino doveroso, nel rispetto della ripartizione di competenze.

Ciò che in proposito può domandarsi all'Unione non è pertanto di promuovere, con mezzi che non le sono propri, la funzione rieducativa, quanto piuttosto di non impedirla, ad esempio individuando cornici edittali del tutto incoerenti o sproporzionate o reprimendo condotte sprovviste di materialità o di effettivo disvalore: ma tali eventualità risultano autonomamente censurabili, come già visto, sotto altri profili, segnatamente riconducibili al rispetto del principio di proporzione⁵²¹.

⁵¹⁹ Il riferimento è alla pena pecuniaria e al suo a dir poco risibile tasso di concreta escussione.

⁵²⁰ Anche se è pur vero che il principio funzionalista ha abituato gli interpreti a evoluzioni inaspettate, e pertanto si potrebbe provare a immaginare un'attrazione di competenza in materia (solo) *carceraria* per garantire ai detenuti un minimo standard di condizioni di detenzione che impedisca malfunzionamenti nel sistema di consegna di imputati e condannati. Ma anche in tal caso si tratterebbe solo di una componente del problema, inidonea a trasferire sul legislatore europeo una vera e propria capacità di scelta in ordine alle modalità di espiazione di qualunque pena.

⁵²¹ Vi sarebbe invero un'altra critica all'opinione sopra richiamata: è per primo l'ordinamento italiano, infatti, pur presentando un quadro costituzionale rivolto alla promozione della dignità umana anche nell'ambito della detenzione ed espressamente finalizzato alla rieducazione del reo, a non essere in grado di garantire l'adempimento di questi fini in concreto, per ragioni che si riconnettono in parte alla patologia del sistema (fra tutte, le condizioni di

4.4.2 La coerenza verticale.

Il piano della coerenza verticale, quella cioè che attiene alle modalità di intervento da parte del legislatore europeo sui sistemi penali degli Stati membri, stimola considerazioni assai diverse da quelle ora svolte.

Come già cennato, i sistemi penali nazionali godono nei Trattati di due forme di “protezione” rispetto all’ampiezza di tale intervento: la prima, posta all’art. 4, par. 2, TUE⁵²², tutela l’identità nazionale e con essa la coerenza del relativo sistema penale; la seconda, collocata più specificamente nell’art. 83 TFUE, prevede la possibilità per ciascuno Stato membro di azionare il c.d. freno d’emergenza ogni qual volta ritenga che una singola proposta di direttiva «incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale».

Se tale quadro sia stato approntato per ragioni di salvaguardia dell’autonomia ordinamentale degli Stati membri (e quindi in una logica schiettamente attinente alla garanzia degli equilibri politici) oppure se l’obiettivo ultimo fosse quello di promuovere la coerenza dei sistemi penali interni, magari anche al fine di garantire l’attuazione delle finalità che ciascuno Stato membro ritiene di attribuire alla pena, non è dato saperlo né probabilmente rileva. Quello che invece importa notare è che *la salvaguardia dell’identità nazionale ben può costituire una base legale per fondare la tutela della coerenza interna*.

Che questo principio possegga, tuttavia, una base legale incerta è evidente ai suoi stessi propugnatori: «Admittedly, the principle was formulated as such ... by us, i.e. by the European Criminal Policy Initiative, when drafting the Manifesto»⁵²³. Tuttavia, il rilievo è ampiamente condiviso in dottrina⁵²⁴ ed è presente – come già osservato⁵²⁵ – anche in alcuni degli atti adottati, e si fonda – specularmente – sulla medesime ragioni già illustrate al paragrafo precedente ma

detenzione e la scarsissima offerta di occasioni di studio e lavoro per i detenuti) e in parte a scelte consapevoli e pertanto “fisiologiche” (si è ad esempio evidenziato come l’impiego di riti processuali alternativi che tendono a marginalizzare il ruolo del giudice frustrino, nella fase di commisurazione della pena in concreto, il possibile perseguimento delle suddette finalità rieducative).

⁵²² «L’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell’integrità territoriale, di mantenimento dell’ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».

⁵²³ ASP, *The Importance*, cit., p. 47.

⁵²⁴ BERNARDI, *L’armonizzazione*, cit., p. 382 s., e pp. 410 ss.; SATZGER, *Prospettive di un diritto penale europeo basato su una politica penale europea*, in *Critica dir.*, 1-2/2012, pp. 173 ss.; e altri.

⁵²⁵ BERNARDI, *L’armonizzazione*, cit., p. 411 s., in particolare nt. 92.

riportate alla coerenza orizzontale dei singoli sistemi nazionali: i sistemi penali nazionali, infatti, sono intrinsecamente votati – almeno sul piano teorico – a promuovere un determinato assetto valoriale, e pertanto necessitano di proporsi come insiemi intrinsecamente coerenti⁵²⁶; in mancanza di coerenza, infatti, lo scopo di orientare i comportamenti dei consociati in maniera uniforme viene inevitabilmente indebolito, mentre le eventuali ulteriori finalità di risocializzazione vengono irrimediabilmente frustrate.

Per tutelare la coerenza interna dei singoli sistemi penali è *allora necessario che l'Unione curi di non interferire in maniera troppo brutale su tali sistemi*: in ciò starebbe, con un approccio un po' generico e di spirito ottativo, il contenuto fondamentale del principio di coerenza verticale.

I termini della questione sembrano essere i seguenti:

- *l'Unione ha competenza ad armonizzare* (fra l'altro) il diritto penale degli Stati membri, nei limiti più volte descritti. L'armonizzazione, che non a caso si conduce mediante direttive, ossia mediante obblighi di risultato, implica l'imposizione di un obiettivo, magari individuato in maniera minimamente elastica (come avviene con l'impiego della tecnica del "minimo del massimo edittale"), cui le legislazioni degli Stati membri devono mirare e verso il quale, sostanzialmente, convergere. Pertanto, se una direttiva impone che al reato X sia attribuita una sanzione massima pari a minimo 10 anni, e se la legislazione dello Stato Alfa prevede un massimo edittale di 12 anni e la legislazione dello Stato Beta ne prevede uno di 8 anni, mentre lo Stato Alfa si trova già ad ottemperare agli obblighi di fonte europea⁵²⁷ lo Stato Beta dovrà elevare il massimo edittale previsto per il reato X, con il risultato finale che se prima i massimi edittali previsti da Alfa e da Beta divergevano di 4 anni, ora il differenziale si è ridotto a 2 anni⁵²⁸;

- *gli Stati membri, sempre che offrano un sistema penale interno coerente in se stesso, non sono tenuti a promuovere la coerenza delle proprie scelte sanzionatorie rispetto agli altri Stati, né in concreto ciò accade. Anzi, e come già segnalato, studi condotti in dottrina e per conto delle istituzioni⁵²⁹ hanno inequivocabilmente dimostrato come, se è vero che esiste un comune sostrato assiologico nello spazio europeo, i livelli sanzionatori e più in generale le scelte in merito alla pena*

⁵²⁶ «The basic idea behind the principle of coherence is that criminal law systems are characterized by the fact that they are systems which presuppose a certain degree of inner coherence. Such an inner coherence is necessary if the criminal law should be able to reflect the values held collectively by the society and if criminal law should be able to meet the understandings of justice held by individuals in the society» (ASP, *The Importance*, cit., p. 47).

⁵²⁷ E trascurando se la direttiva possa essere intesa anche come un orientamento assoluto e quindi come invito ad adeguare la sanzione non solo verso l'alto ma anche verso il basso (cfr. in proposito il già citato passo di RUBI-CAVAGNA, *Réflexions*, cit., p. 510).

⁵²⁸ Il ragionamento può apparire scolastico ma è necessario per quanto si dirà subito *infra*.

⁵²⁹ Cfr. *supra*, nt. 389.

sono spesso profondamente diverse. Inoltre, ciò che più conta, non esiste una corrispondenza univoca (neppure tendenziale) tra il livello di pena minacciato e la gravità attribuita al reato, perché su tale rapporto esercitano un impatto soverchiante una serie di fattori quali la disciplina degli istituti di parte generale, il diritto processuale e soprattutto il diritto penitenziario: la più o meno rilevante presenza di benefici, la possibilità di negoziare la pena inflitta, l'attribuzione al giudice del potere di valorizzare elementi attenuanti, e una simile articolata serie di istituti, influenzano infatti in misura soverchiante già le scelte stesse del legislatore⁵³⁰ e in seconda battuta quelle del giudice che sia in concreto chiamato ad applicare la pena⁵³¹;

- *l'Unione*, per le ragioni illustrate al paragrafo precedente, *dovrebbe preferibilmente tendere a coltivare la coerenza interna del proprio sistema penale*, coordinando in base alle proprie opzioni assiologiche le cornici edittali dei diversi reati la cui introduzione promuove con direttiva.

Emerge quindi, già su un piano logico, **l'insanabile incongruenza** dei tre profili ora indicati.

Premesso il dato, empiricamente dimostrato, della non trascurabile difformità tra i ventotto sistemi nazionali, il "ventinovesimo sistema", quello dell'Unione, non possiede alcuna alternativa per ridurre questa difformità, potendo al più tentare non aggravarla. Per non aggravarla, tuttavia, o per aggravarla il meno possibile, dovrebbe contenere la propria azione armonizzatrice indicando come risultato utile una sorta di "livello edittale medio", ossia che rappresenti sempre la media della rilevazione empirica dei diversi sistemi nazionali. Ciò non ha tuttavia senso, poiché da un lato produce comunque effetti sui sistemi che abbiano operato scelte eccentriche (in difetto o in eccesso) rispetto a tale "media rilevata", e dall'altro non fa che frustrare la coerenza del sistema dell'Unione, poiché l'ideale media empiricamente rilevata resterà un dato appunto statistico ma non rappresenterà una proposta assiologica complessivamente consapevole e perciò coerente. Trascurando poi che un tale procedimento costituirebbe la negazione stessa dell'attribuzione di discrezionalità legislativa alle istituzioni.

Questo "brutale" ragionamento *ad absurdum* mostra come, presupposta la dimostrata diversità tra i sistemi sanzionatori degli Stati membri, *le due finalità di promozione della coerenza verticale e della coerenza orizzontale si pongono in insanabile contrasto*⁵³². Tale contrasto può

⁵³⁰ Che, ad esempio, sa che a una pena minacciata di dieci anni corrisponde una inflizione concreta di dieci, otto o quattro anni. E quindi modula (o dovrebbe modulare) la propria discrezionalità di conseguenza.

⁵³¹ Si può ad esempio pensare alla documentata prassi di molti giudici di prime cure di commisurare la pena in misura più alta in modo da scontare l'"inevitabile" riduzione che sarà accordata in appello.

⁵³² Ciò non appare rilevato in alcun modo dagli estensori del *Manifesto*.

essere solo attenuato, attenuando la spinta armonizzatrice delle direttive penali, perlomeno in punto di sanzioni.

In proposito, potrebbe suggerirsi che il legislatore dell'Unione si mantenga prossimo al minimo dei massimi edittali empiricamente rilevabili negli ordinamenti nazionali: in tal caso, a fronte di una massimizzazione della tutela della coerenza verticale, ci si troverebbe di fronte non solo a una pressoché completa frustrazione dell'idea stessa di armonizzazione (i sistemi penali sarebbero *per definizione* già del tutto adeguati alla direttiva), ma anche all'impossibilità di imporre obblighi di criminalizzazione di ciò che non sia già penalmente rilevante in ognuno degli Stati membri, spingendo le istituzioni verso un impiego meramente simbolico dello strumento penale.

Un'altra soluzione, più radicale, è che il legislatore dell'Unione si astenga del tutto dal fornire indicazioni circa le sanzioni limitandosi ad attribuire natura penale ai singoli illeciti: una tale soluzione, indicata espressamente dalla Corte di giustizia nel caso *Inquinamento da navi*⁵³³, è tuttora sostenuta da alcune voci in dottrina⁵³⁴, ma appare in contrasto non solo con l'espressa menzione, dopo Lisbona, del potere di determinare «norme minime relative alla definizione ... delle sanzioni» (art. 83 TFUE), ma anche con una più coerente indicazione circa la gravità da attribuire ai singoli illeciti dei quali si domanda la criminalizzazione.

Nella radicale insoddisfazione per tali rimedi, pare *doversi ricercare una soluzione altrove*. Altre opinioni, infatti⁵³⁵, osservano che – in apparente paradosso – le dissonanze cagionate dall'intervento di armonizzazione penale sarebbero superate se le norme penali venissero introdotte con regolamento e non con direttiva, intendendosi in sostanza negare alla radice la finalità di *armonizzazione* promuovendo (evidentemente *de jure condendo*) una vera e propria *unificazione* del diritto penale, magari circoscritta a determinati settori (ad es. la protezione degli interessi finanziari): «alla fin fine, l'emanazione di regolamenti costituirebbe un intervento più blando sulla sovranità nazionale nel settore del diritto penale»⁵³⁶.

Lo spunto, *de jure condito*, può essere raccolto⁵³⁷ predicando una palese necessità di scelta, un *aut aut*, tra la tutela della coerenza interna dei sistemi nazionali e un penetrante intervento

⁵³³ Cfr. *supra*, par. 1.1.2.4.

⁵³⁴ Ad es. Carlo Sotis.

⁵³⁵ Cfr. ad es., WEIGEND, *Verso un diritto*, cit., in particolare p. 158 s..

⁵³⁶ *Op. loc. ult. cit.*, con ulteriori riferimenti nella dottrina tedesca.

⁵³⁷ E costituisce di per sé un interessante mutamento di prospettiva anche rispetto alle articolate posizioni circa la supposta competenza penale diretta dell'Unione ex artt. 86 e 325 TFUE, tutte fondate implicitamente sul

normativo dell'Unione. Il legislatore europeo dovrebbe cioè essere chiamato a scegliere tra, da un lato, il perseguimento, più invasivo, della costruzione di una disciplina penale, magari di settore, fortemente accentrata, operato mediante direttive particolareggiate⁵³⁸ che lascino minimi spazi di discrezionalità agli Stati membri⁵³⁹, e, dall'altro, un'armonizzazione più blanda e rispettosa dell'autonomia e dell'identità degli Stati membri, nella quale l'indicazione circa le sanzioni dovrebbe essere ridotta al minimo.

In tale ultimo caso si potrebbero tuttavia riproporre le medesime censure su esposte, perché le indicazioni circa le sanzioni se ci sono non fanno che alterare la coerenza interna degli Stati membri e se non ci sono impediscono una univoca comprensione del grado di lesività da attribuire a ciascuna fattispecie. Una soluzione, in proposito, sembra offerta dallo spunto, già annotato *supra*, fornito dal Consiglio nelle più volte richiamate *Conclusioni* del 2002⁵⁴⁰, dove l'istituzione proponeva *una schematizzazione dei livelli sanzionatori* in quattro gradi crescenti⁵⁴¹: se tali livelli fossero individuati al termine di un approfondito studio comparatistico che fosse in grado di valorizzare tutte le componenti che in concreto influenzano la sanzione comminata, sarebbe possibile attribuire alle singole fattispecie "europee" non già una vera e propria sanzione o cornice edittale bensì un livello astratto di gravità, cui poi ogni legislatore nazionale farebbe corrispondere una sanzione *minacciata* solo apparentemente diversa da quella approntata dagli altri. Se tale soluzione sia percorribile potrebbe verificarlo solo un tentativo concreto di porre in essere tale studio comparatistico, ovviamente con il necessario ausilio di studiosi di formazione e provenienza geografica differenziata. Ad una prima analisi esso pare però in grado di conciliare, nei termini che si sono cennati, l'esigenza di armonizzazione (non già delle sanzioni bensì) della gravità dei reati con il mantenimento di un buon livello di coerenza interna nei singoli sistemi nazionali.

In conclusione, pertanto, la necessità di tutelare la coerenza interna ai sistemi penali degli Stati membri, pure se concettualmente condivisibile, si pone in insuperabile contraddizione con le

presupposto che l'unificazione sia un *plus* rispetto all'armonizzazione e che il regolamento sia *più invasivo* della direttiva.

⁵³⁸ Il che, lo si rammenta, non ha nulla a che vedere con la loro efficacia *self-executing*, che è e resta da negarsi recisamente nella materia che ci occupa.

⁵³⁹ Con un evidente frizione rispetto al concetto di "norme minime" (non già di "penale minimo", ovviamente), concetto che però potrebbe essere adattato all'occasione.

⁵⁴⁰ Cfr. *supra*, par. 1.1.2.2.

⁵⁴¹ «Livello 1: pene detentive della durata massima compresa tra almeno 1 e 3 anni. Livello 2: pene detentive della durata massima compresa tra almeno 2 e 5 anni. Livello 3: pene detentive della durata massima compresa tra almeno 5 e 10 anni. Livello 4: pene detentive della durata massima di almeno 10 anni (casi in cui occorrono pene particolarmente severe)».

finalità di *armonizzazione* fatte proprie dai Trattati: la soluzione di tale contrasto non può limitarsi ad un generico “invito alla moderazione”, ma deve prendere atto della necessità di distinguere tra interventi più invasivi e “unificanti” e altri più blandi, per i quali ultimi potrebbe essere utile elaborare (e periodicamente aggiornare) un sistema di “conversione” che sia in grado di indicare più chiaramente agli Stati membri il livello di gravità delle fattispecie che sono chiamati a introdurre.

4.5 L'impatto dei diritti fondamentali

Come già visto nei precedenti paragrafi, tra i principi fondamentali che sono chiamati a guidare l'operato del legislatore europeo in materia penale si pone il rispetto dei diritti fondamentali della persona: la vita, la dignità, la libertà e diversi altri diritti fondamentali, che la Corte di giustizia prima e la Carta dei diritti poi hanno individuato e affermato all'interno delle fonti di diritto primario dell'Unione, si frappongono tra i possibili arbitrii ed eccessi del potere pubblico e l'individuo garantendo a quest'ultimo che la norma penale sarà prevedibile, democraticamente legittimata, accessibile, proporzionata, contenuta nella misura minima possibile, rivolta a tutelare condotte materialmente lesive di interessi rilevanti all'interno di un sistema razionalmente intellegibile e coerente, e che qualora ciò non dovesse accadere egli possiede strumenti giuridici idonei a consentirgli di opporsi vittoriosamente agli eccessi del potere legislativo, esecutivo o giudiziario.

L'idea si collega immediatamente alla già richiamata metafora del diritto penale come spada a doppio taglio, all'idea cioè che il diritto penale persegue la protezione di beni mediante il sacrificio di altri beni: questi ultimi, appartenenti al reo, rappresentano il "costo sociale" della repressione, e ne misurano al contempo il valore, la giustizia, la tollerabilità. In tal modo si rende evidente lo stretto legame tra i *diritti* fondamentali dell'individuo e i *principi* fondamentali che informano la nostra materia.

Il diritto penale è pertanto concepito come *limite* all'intervento del potere, con un approccio connaturato con le origini stesse della materia così come oggi la conosciamo, ovvero come reazione illuministica all'arbitrio del potere assoluto del sovrano su vita libertà e dignità dei sudditi in un contesto storico caratterizzato dall'assolutezza del potere statale, da pene violente e infamanti, da norme sovente oscure e imprecise, da frequenti arbitrii della giurisdizione. «Uno strumento [quello penale] invero irrinunciabile per la difesa della società, ma circondato proprio per la sua natura "terribile" di speciali garanzie contro possibili arbitri del potere statale»⁵⁴².

Oggi, a distanza di circa tre secoli, molto è cambiato: lo stato assoluto è divenuto stato di diritto, la separazione dei poteri caratterizza benché in forme assai differenziate tutti gli ordinamenti europei, la misura e la modalità di inflizione delle pene ha perduto molti dei tratti cruenti e infamanti per arricchirsi di dinamiche di promozione prima che di neutralizzazione sociale, il diritto penale è divenuto strumento di protezione dei diritti prima che strumento di

⁵⁴² VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in MANES, ZAGREBELSKY (a cura di), in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 244.

controllo e repressione⁵⁴³. Negli ultimi decenni, poi, si è sviluppata un'importante attenzione per la posizione della vittima, sia dal punto di vista processuale⁵⁴⁴ sia all'interno delle riflessioni sulla funzione della pena⁵⁴⁵.

In Europa, il soggetto che più di altri ha "preso sul serio" questa prospettiva è sicuramente la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha sviluppato una giurisprudenza rivolta non solo alla *protezione del reo* rispetto alle derive del potere statale, ad esempio nella selezione delle legittime cause di limitazione della libertà personale (art. 5 Conv. EDU) o nella garanzia di condizioni minime di detenzione (art. 3 Conv. EDU), ma anche alla *protezione della vittima* e dei diritti connessi con la sua posizione giuridica. Tale prospettiva «vede il diritto riconosciuto all'individuo non più come soltanto *limite* alla pretesa punitiva statale, ma come *oggetto necessario* della tutela penale»⁵⁴⁶.

In questo contesto è pertanto naturale domandarsi se al diritto penale competano oggi funzioni nuove rispetto a quelle, tutt'oggi fondanti, di limite all'arbitrio repressivo. La domanda, lo si ribadisce, sorge dal triplice ordine di considerazioni già svolte: *in primis*, la mutata condizione ordinamentale; successivamente, la crescente considerazione – anche legislativa – del ruolo della vittima; da ultimo, ma non meno importante, gli impulsi di protezione positiva provenienti da un sistema giurisdizionale dotato di grande autorevolezza e non minore autorità come quello convenzionale. La questione non è pertanto peregrina, né meramente speculativa, ma potrebbe addirittura essere considerata urgente e pressante, anche per evitare che la riflessione dottrinale si trovi impreparata, magari perché arroccata su (comode) posizioni radicali, nel momento in cui le spinte provenienti dal sistema convenzionale divengano talmente pressanti da divenire irresistibili

⁵⁴³ L'affermazione non abbisogna di riferimenti, ma volendo – per l'affermazione dell'ancora urgente attualità del «carattere atroce del diritto penale e [del]'esigenza di limiti alla potestà punitiva dello Stato – cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Corso*, cit., pp. 5 ss.

⁵⁴⁴ Dalla c.d. "vittimologia", sviluppatasi nella scienza criminologica negli anni '50 del secolo scorso (vd., per approfondimenti, PORTIGLIATTI BARBOS, v. *Vittimologia*, in *Digesto Pen.*, XV, IV ed., Torino, p. 319 ss.), alla *Dichiarazione delle Nazioni Unite sui principi basilari di giustizia per le vittime del crimine e dell'abuso di potere* del 1985, fino alla decisione quadro 2001/220/GAI, del Consiglio (dell'Unione Europea), del 15 marzo 2001, «relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale» (in GUUE L 82 del 22 marzo 2001), ove, all'art. 2, si prevede che «Ciascuno Stato membro prevede nel proprio sistema giudiziario penale un ruolo effettivo e appropriato delle vittime. Ciascuno Stato membro si adopererà affinché alla vittima sia garantito un trattamento debitamente rispettoso della sua dignità personale durante il procedimento e ne riconosce i diritti e gli interessi giuridicamente protetti con particolare riferimento al procedimento penale».

⁵⁴⁵ Si allude alla teorizzazione della funzione riparativa della pena, che tra i suoi assiomi prevede il coinvolgimento attivo della vittima nel percorso punitivo, sia al fine di consentire al reo di "riparare il torto compiuto" sia alla vittima di ricavare un beneficio "compensativo" in termini patrimoniali e soprattutto psicologici. L'idea della pena come restaurazione morale dell'equilibrio della giustizia ritornerà subito *infra* nella trattazione.

⁵⁴⁶ VIGANÒ, *Obblighi convenzionali*, cit., p. 244.

a un legislatore sempre più incline alla cieca (e, anche qui, comoda) attuazione degli sempre più consistenti obblighi di fonte sovranazionale: si deve evitare, in altre parole, che mentre a Roma si discute Sagunto venga espugnata⁵⁴⁷, costringendo la dottrina a una affrettata (e poco utile) elaborazione concettuale *a posteriori*.

Per quanto riguarda in particolare gli impulsi provenienti dalla Corte di Strasburgo, essi fanno data al *leading case X e Y*⁵⁴⁸, nel quale la Corte ha affermato che «although the object of Article 8 (art. 8) is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, *it does not merely compel the State to abstain from such interference*: in addition to this primarily negative undertaking, *there may be positive obligations* inherent in an effective respect for private or family life (...). These obligations may involve the adoption of *measures designed to secure respect* for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves»⁵⁴⁹. Nel novero delle “misure positive”⁵⁵⁰ possono rientrare veri e propri obblighi di criminalizzazione, che impongono allo Stato parte non solo di rendere illecita una determinata condotta ma di “colorare” penalisticamente il relativo disvalore, anche al fine di consentire l’impiego dei più penetranti strumenti di indagine tipici della materia penale nonché di attivare l’intervento, anch’esso penetrante, della relativa giurisdizione⁵⁵¹.

La giurisprudenza sugli obblighi positivi si è poi arricchita concettualizzando due sotto categorie: si parla pertanto di obblighi positivi *sostanziali* e *procedurali*, riferendosi con i primi alla necessità di attiva protezione del bene interessato da parte di aggressioni perpetrate (non già dallo Stato ma) da terzi soggetti, mentre con i secondi additando la necessità che – a violazione

⁵⁴⁷ Il riferimento, immediato, è all’incipit di VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, p. 2645 (il riferimento meno immediato è, *ça va sans dire*, il celebre passo di Tito Livio a proposito della stasi politica del senato romano all’avvio della seconda guerra punica).

⁵⁴⁸ Corte EDU, 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, ric. n. 8978/80.

⁵⁴⁹ *Ivi*, par. 23, corsivi aggiunti.

⁵⁵⁰ Per le quali vedansi, fra l’altro, le rassegne giurisprudenziali pubblicate in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2011, pp. 194 ss., e curate da Angela Colella, Lodovica Beduschi, Giorgio Abbadessa e Francesco Mazzacuva.

⁵⁵¹ Non è peraltro mancato chi, perspicuamente, ha rilevato come lo strumento degli obblighi procedurali a carico dello Stato potrebbe essere «altresì funzionale all’esigenza pratica, emersa a fronte dell’esponentiale aumento del contenzioso negli ultimi anni relativo a tali violazioni da parte di Turchia e Russia, di evitare lunghe e costose missioni *in loco* da parte della Corte per l’accertamento dei fatti di causa. L’imposizione di un obbligo a carico degli Stati di compiere indagini effettive su tutte le sospette violazioni degli artt. 2 e 3 commesse nell’ambito della propria giurisdizione spiana in effetti la strada alla condanna dello Stato resistente – per violazione quanto meno dei suoi obblighi *procedurali* – ogniquale volta la Corte non disponga di informazioni sufficienti per ritenere accertati i fatti lamentati dal ricorrente, ma proprio tale difetto di informazioni possa essere attribuito alla *negligenza* delle autorità statali nella conduzione delle indagini, se non – nei casi più estremi – addirittura alla loro *connivenza* con gli autori materiali» (VIGANÒ, *L’arbitrio*, cit., p. 2673, nt. 75, sintetizzando i rilievi di MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations on Human Rights by the European Court of Human Rights*, London, 2004).

compiuta – siano predisposti i necessari strumenti per la persecuzione dell'autore della violazione, soprattutto se pubblico funzionario. È stato pertanto rilevato che «la fedeltà alla Convenzione può riconvertirsi anche in precipui *vincoli di penalizzazione per il legislatore domestico*, concernenti tanto l'introduzione o l'estensione di talune fattispecie, sia – parallelamente – la circoscrizione di talune cause di giustificazione (emblematica la giurisprudenza in materia di uso della forza pubblica)»⁵⁵².

Peraltro, un analogo clima culturale è presente in altri contesti geografici, e segnatamente nell'America latina. Lì, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo ha proclamato «un preciso dovere a carico degli Stati firmatari della Convenzione di *svolgere indagini* sulle violazioni dei diritti umani lamentate dalle vittime e/o dai loro familiari, di *individuare* per quanto possibile i responsabili, *assicurarli alla giustizia, giudicarli* in un processo penale, ed infine *punirli* con la pena appropriata»⁵⁵³. Muovendo da tali doveri essa ha elaborato il contenuto di diritti propri delle vittime, come quello a un ricorso effettivo⁵⁵⁴ o come un più generico “diritto alla verità”, sprovvisto di base testuale e che si riconnette anch'esso a esigenze di carattere processuale. Al di là delle affermazioni, questa giurisprudenza ha condotto alla dichiarazione di “illegittimità convenzionale” di alcune leggi c.d. “di autoamnistia” emanate in alcuni Stati sudamericani nel momento di transizione dalle dittature a forme di stato democratiche⁵⁵⁵. Tali pronunce hanno anche proclamato l'irrelevanza dell'eventuale giudicato formatosi medio tempore sulle pronunce dichiarative dell'amnistia, con un approccio che è stato successivamente assunto dalle stesse giurisdizioni interne di, ad esempio, Perù, Cile e Argentina, ove le Corti Supreme hanno dichiarato l'invalidità delle leggi di amnistia o “autoamnistia” provocando «la riapertura generalizzata delle indagini e dei processi penali a carico di tutti i responsabili dei «crimini di lesa umanità» commessi»⁵⁵⁶.

⁵⁵² MANES, *La lunga marcia*, cit., p. 53, corsivi nel testo. Per esemplificazioni si veda *ivi* nonché le rassegne già citate *supra*, nt. 550. In generale, gli obblighi di penalizzazione si possono manifestare sia nel senso di imporre l'introduzione di nuova norma penale sia nel senso di proibire il mantenimento in vigore di istituti, sostanziali e processuali, che ne inibiscano o riducano l'efficacia, come cause di giustificazione e cause di non punibilità ma anche regimi prescizionali o istituti straordinari come indulti o amnistie. Quel che importa, nel consueto spirito pragmatico proprio della Corte EDU, non è il mezzo ma il risultato.

⁵⁵³ VIGANÒ, *L'arbitrio*, cit., p. 2658, corsivi nel testo.

⁵⁵⁴ Sul quale anche la giurisprudenza della Corte EDU si sofferma sovente nello scrutinio degli obblighi positivi procedurali.

⁵⁵⁵ Cfr., per tutti, Corte IDU, *Castillo Pàez c. Perù*, 27 novembre 1998 e la coeva *Loyaza Tamayo c. Perù*, nonché successivamente, *Barrios Altos c. Perù*, 14 marzo 2011.

⁵⁵⁶ VIGANÒ, *L'arbitrio*, cit., p. 2662. Per più ampi riferimenti sulla vicenda sudamericana cfr. la citata opera di Francesco Viganò nonché, per una diversa prospettiva, MALARINO, *Il volto repressivo della recente giurisprudenza*

Nella giurisprudenza della Corte EDU il tema ha conosciuto uno sviluppo di grande rilievo, grosso modo negli stessi anni⁵⁵⁷, ma con oggetto diverso: le pronunce infatti hanno ad oggetto il diritto alla vita (art. 2, Conv. EDU), la proibizione della tortura (art. 3), la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 4, con particolare riguardo allo sfruttamento lavorativo) e il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8).

Al di là della disamina dei singoli casi, delle argomentazioni spese o del fondamento positivo di tali decisioni, è importante precisare un punto: «La Corte non ha ... mai affermato un *generale* obbligo di sanzionare penalmente *qualsiasi* violazione di *qualsiasi* diritto convenzionale. Piuttosto, essa procede valutando caso per caso, quando se ne presenta l'occasione, se il diritto convenzionale nel caso di specie evocato sia tanto "fondamentale", nell'ottica della Convenzione, da esigere una tutela *anche* di carattere penale da parte dello Stato. Non solo: in tema di diritto alla vita e di diritto a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti, la Corte ha avuto di precisare che l'obbligo di apprestare una tutela penale si estende soltanto alle violazioni *intenzionali* del diritto in questione, e non già alle ipotesi di mera *negligenza*, dove rimedi di altra natura (e in specie civilistico-risarcitoria o disciplinare) possono essere considerati idonei a soddisfare gli obblighi di tutela effettiva discendenti dalla Convenzione. Sicché può affermarsi che gli obblighi di tutela penale individuati dalla Corte siano riferibili soltanto alla violazioni *più gravi* dei *più fondamentali* tra i diritti riconosciuti dalla Convenzione – secondo, beninteso, il sovrano apprezzamento della Corte, che gradualmente si sta consolidando in una giurisprudenza *case by case*, priva di alcuna esplicita base testuale»⁵⁵⁸.

Il passaggio ora riportato⁵⁵⁹ contiene in sé tutti i principali problemi che questo approccio porta con sé, e che si proveranno ora a sintetizzare: innanzitutto, se l'obbligo di criminalizzazione non è "generale" ma è limitato alle violazioni più gravi dei diritti "più fondamentali", si deve comprendere quali sono questi diritti e con quali criteri vengano individuati; siccome poi il

argentina sulle gravi violazioni dei diritti umani, in FRONZA, FORNASARI (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente*, 2009, pp. 31 ss..

⁵⁵⁷ Ricorda VIGANÒ, *L'arbitrio*, cit., p. 2666, che «Il precedente *X e Y c. Paesi Bassi* restò senza seguito per dieci anni, sino a che la Corte - investita di un ricorso contro il Regno Unito ... - tornò ad affermare la responsabilità dello Stato per la *mancata punizione* della violazione di un diritto convenzionale (nella specie, quello di cui all'art. 3 CEDU, *sub specie* di diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti): si tratta del caso Corte EDU, 23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*, ric. n. 25599/94.

⁵⁵⁸ VIGANÒ, *L'arbitrio*, cit., p. 2668 s..

⁵⁵⁹ E ripreso, non è un caso, dal «più entusiasta sostenitore dell'approccio ... sposato dalla Corte europea» (così VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2012, p. 171), ossia Francesco Viganò.

soggetto che opera l'individuazione sembra per ora essere un'autorità giurisdizionale, si deve anche chiarire come e se questa valutazione sia compatibile con la necessaria democraticità delle scelte, soprattutto penali, del legislatore; da ultimo, ci si deve domandare in quale modo tali indicazioni (ovviamente se non siano già state recepite in via autonoma dal legislatore) possano fare ingresso nell'ordinamento europeo e in quello nazionale e con quali effetti.

Al prosieguo del discorso deve ora premettersi un *caveat*. Il tema degli obblighi di penalizzazione è risalente, esplorato e tuttora problematico. Esso si declina in una dimensione costituzionale, comunitaria/europea e convenzionale, contesti tutti accomunati da una centrale rilevanza assiologica e da una più o meno stringente "sovraordinazione"/"prevalenza" rispetto alla legislazione, e rappresentano pertanto un'attrattiva sistematica per chi (interprete o giudice) intenda ricercare soluzioni a quelle che sono, certamente, delle potenziali lacune di tutela di diritti primari dell'individuo che dovrebbero, condivisibilmente, essere colmate mediante l'intervento del legislatore penale⁵⁶⁰. Il tema è affrontato, soprattutto in sede costituzionale, da tempo e ha visto l'intervento della Corte costituzionale negare recisamente la possibilità di sindacare le scelte *in bonam partem* del legislatore, anche qualora arbitrarie, salvo poi ritornare parzialmente sui propri passi consentendo un parziale sindacato.

Non si intende in questa sede affrontare approfonditamente la questione: ci si limiterà invece a pochi cenni sulle ragioni, dell'una e dell'altra opinione, per provare invece a comprendere come e se *il diritto dell'Unione* possa essere coinvolto *direttamente* da questo fenomeno.

Caratteristica comune all'affermazione della sussistenza di obblighi di penalizzazione è quella di trascurare la disamina del fondamento normativo degli stessi⁵⁶¹ per valorizzarne gli effetti positivi per la protezione dei diritti fondamentali. Viceversa, *l'argomento forte sembra essere quello della particolare capacità deterrente dello strumento penale*, un «argomento [che] è, peraltro, semplicemente enunciato più che analiticamente dimostrato, né l'una né l'altra Corte indulgiando a chiarire perché, in particolare, strumenti alternativi e meno costosi ... debbano *a priori* essere ritenuti inidonei»⁵⁶².

Le reali ragioni sembrano essere altre: è stato infatti proposto di considerare quale fondamento delle istanze criminalizzanti della Corte EDU un duplice concorrente fine: da un lato,

⁵⁶⁰ Ad es. il reato di tortura.

⁵⁶¹ Banalmente, poiché esso non sussiste, se non nella stessa misura nella quale la Corte EDU (che, come ricordato, contribuisce non solo all'interpretazione ma anche alla *creazione* del diritto convenzionale) lo affermi. La criminalizzazione «parrebbe piuttosto costituire un'opzione di *default* ogniqualvolta si voglia lanciare il messaggio di una tutela 'forte' di un interesse» (VIGANÒ, *L'arbitrio*, cit., p. 2687).

⁵⁶² VIGANÒ, *L'arbitrio*, cit., p. 2688.

la volontà «di assicurare una *tutela giurisdizionale effettiva* alle vittime [delle] violazioni»⁵⁶³, e in particolare la *migliore* tutela giurisdizionale, quella penale, che è affidata a un'autorità pubblica dotata di poteri coercitivi e di risorse umane e finanziarie e provvista di un certo grado di indipendenza dal potere, così da garantire alle vittime in primo luogo l'*accertamento* dei fatti, dal quale poi eventualmente trarre anche soddisfazione in sede civile; dall'altro lato, l'intenzione di attribuire all'infrazione della pena una funzione riparativa, additando un ruolo del diritto e del processo penale «concepiti entrambi come strumenti al servizio *anche* dei ... diritti fondamentali [della vittima]»⁵⁶⁴, la quale godrebbe così di una più o meno figurata restituzione della dignità violata dal reato e vedrebbe riaffermata, nel proprio caso e rispetto alle violazioni future, l'idea che «lo Stato è dalla sua parte»⁵⁶⁵.

È evidente come tale prospettiva sia gravida di problematiche e di incertezze.

Quello degli obblighi di tutela penale è stato annoverato tra i «terreni ... su cui il dialogo non è né sarà mai possibile»⁵⁶⁶: la «consapevole "parzialità"» del penalista italiano, infatti dovrebbe condurlo a «guardare al sistema convenzionale come a un luogo in cui pescare modelli da importare, quasi fosse un frutto esotico prelibatissimo, che però, per metà, è già guasto; la stessa consapevolezza, insomma, che traluce dal saggio *triage* che la giurisprudenza anche costituzionale svolge costantemente, [...] L'uscio del sistema domestico, dunque, va certo aperto, ma tenendo sempre una mano sul pomello: lasciando entrare solo ciò che calza sulla «logica reocentrica» che innerva la giustizia penale continentale, e che, tutto sommato, è imposta dal diritto penale costituzionale vetero-democratico»⁵⁶⁷.

Un simile approccio di chiusura è giustificato dai diversi profili di frizione che l'idea di un diritto penale vittimocentrico e non più votato alla limitazione bensì all'espansione della

⁵⁶³ VIGANÒ, *L'arbitrio*, cit., p. 2689.

⁵⁶⁴ VIGANÒ, *L'arbitrio*, cit., p. 2693, ove (in nt. 108) viene riportato l'interessante dibattito scaturito in Germania dal c.d. caso Reentsma: il prof. Reentsma, vittima di un sequestro di persona, scrisse poi un diario della propria prigionia indicando nell'infrazione della pena all'autore del proprio sequestro come un imprescindibile momento di superamento, per lui stesso in quanto vittima, del trauma subito; una prospettiva, questa, che se dimostrata, scaturendo da un dato reale dovrebbe quindi essere tenuta in considerazione dal legislatore, e apporterebbe indubitabile valore alla teoria riparativa della pena. In questa sede non ci si può che limitare a fornire lo spunto, al fine di ricordare che le ragioni esposte nel testo posseggono, o sembrano possedere, un qualche fondamento empirico.

⁵⁶⁵ «"Perché tutto questo non si ripeta mai più" è, in effetti, lo slogan nel quale assai spesso si riconoscono le vittime delle violazioni più gravi dei diritti fondamentali, specie – ancora una volta – laddove tali violazioni siano state perpetrate dagli apparati statali. Uno slogan dietro il quale si cela l'umanissima speranza a che il proprio sacrificio non sia stato vano, e possa servire almeno per riaffermare, a beneficio altrui, principi basilari di civiltà giuridica e di umanità» (VIGANÒ, *L'arbitrio*, cit., p. 2695 s.).

⁵⁶⁶ VALENTINI, *Legalità penale*, cit., p. 170.

⁵⁶⁷ *Op. ult. cit.*, p. 171.

repressione porta con sé: innanzitutto, sul piano sistematico, l'ingresso della vittima nel diritto penale evoca preoccupazioni secondo le quali in tal modo l'invasivo strumento punitivo sarebbe piegato a esigenze particolaristiche e di stampo vendicativo; ancora, affermare un principio che imponga l'impiego del diritto penale appare confliggere frontalmente con l'*ultima ratio*; da ultimo, la coerenza e apparente assolutezza degli obblighi di penalizzazione costituirebbe il legislatore dalle proprie prerogative, introducendo una sorta di dittatura dei diritti umani, di fonte giudiziaria e sovranazionale, e pertanto doppiamente sprovvista di legittimazione democratica⁵⁶⁸.

Se tali critiche siano più o meno fondate non compete a questo lavoro indagarlo, potendosi rimandare alle fonti citate e alla letteratura che soprattutto negli ultimi anni si è occupata con sempre maggiore frequenza di questa nuova stagione degli obblighi di criminalizzazione⁵⁶⁹.

Certo è che *la tutela dei diritti fondamentali possiede una dimensione più complessa e articolata* di quanto sembrano sottendere soprattutto le surriferite critiche: come da tempo rilevato, «è estremamente difficile distinguere in quale misura i diritti dell'uomo costituiscano il fondamento dell'intervento punitivo dello Stato e in che misura essi ne divengano il limite: gli stessi autori che hanno sostenuto la tesi della spada e dello scudo⁵⁷⁰ hanno dimostrato il carattere fungibile dei due termini. Così, imporre la penalizzazione degli atti di tortura in nome della salvaguardia della dignità umana, ..., equivale ugualmente a vietare qualunque atto di tortura sull'imputato o il condannato»⁵⁷¹. Ogni scelta di punire o di non punire rappresenta quindi tanto una difesa di un diritto quanto il sacrificio di un altro, di tal che il problema non può in ogni caso essere vissuto con uno scontro frontale e "bidimensionale" tra due prospettive antitetiche ma è necessario muovere dalla presa d'atto di un inevitabile interferenza: un esempio in proposito è offerto dall'asserito contrasto tra obblighi di criminalizzazione e *ultima ratio*, rispetto al quale

⁵⁶⁸ Doppiamente, nei riguardi cioè sia del rapporto "legislatore – giudice" sia del rapporto "ordinamento nazionale - ordinamento sovranazionale".

⁵⁶⁹ Imprescindibili PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1984, pp. 484 ss., e, nella manualistica, MARINUCCI, DOLCINI, *Corso*, cit., pp. 501 ss.; di recente, oltre ai lavori già citati in questo paragrafo e senza alcuna pretesa di completezza, SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2002, pp. 173 ss.; PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e come limite del diritto penale internazionale*, in *Indice penale*, 2003, pp. 259 ss.; MILITELLO, *I diritti fondamentali tra limite e legittimazione di una tutela penale europea*, in *Ragion pratica*, 2004, pp. 139 ss.; CARTUYVELS, DUMONT, OST, VAN DE KERCHOVEE, VAN DROOGHENBROECK (a cura di), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, 2007; VIGANÒ, *Obblighi convenzionali*, cit.; nonché MECCARELLI, PALCHETTI, SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani*, Madrid, 2014, e ivi in particolare i contributi di MANACORDA, *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, pp. 307 ss., e di DI GIOVINE, *Diritti insaziabili*, cit..

⁵⁷⁰ Cfr. CARTUYVELS E A. (a cura di), *Les droits de l'homme*, cit., che già nel titolo impiega proprio tale coppia concettuale («*bouclier ou épée du droit pénal*»).

⁵⁷¹ MANACORDA, *"Dovere"*, cit., p. 338.

dovrebbero invece indagarsi gli spazi di operatività degli obblighi di criminalizzazione *all'interno* dei limiti fissati dall'*ultima ratio*.

Non è tuttavia questa la sede per tentare più approfondite riflessioni. Cennati i contorni, affatto chiari e definitivi, delle ragioni degli obblighi di penalizzazione, è invece giunto il momento di approfondire *come questi possano operare nei riguardi del legislatore dell'Unione*. La situazione di "tensione" pare infatti stemperarsi in sede europea più di quanto non avvenga a livello nazionale.

Dal punto di vista dell'Unione, infatti, l'idea che la protezione di un diritto fondamentale possa incidere sulla discrezionalità del legislatore europeo imponendogli l'introduzione e/o il mantenimento di una specifica fattispecie incriminatrice può realizzarsi attraverso due modalità distinte: la prima, quella dell'influenza del diritto convenzionale sul diritto dell'Unione, in una situazione (solo apparentemente speculare) a quella che vivono oggi gli Stati parte della Convenzione rispetto agli obblighi di penalizzazione provenienti da Strasburgo; la seconda, quella dell'imposizione di obblighi "interni" di tutela penale, obblighi cioè i quali, specularmente a quanto accade con gli obblighi costituzionali di criminalizzazione, siano fatti derivare dal diritto primario dell'Unione e siano per tale tramite giustiziabili da parte della Corte di giustizia.

Il tema è allo stato del tutto eventuale, poiché non esistono pronunce in materia né la Corte di giustizia ha mai avuto modo di focalizzare la propria attenzione sulla vincolatività di eventuali obblighi di penalizzazione cui l'ordinamento dell'Unione sarebbe soggetto.

D'altra parte, e per quanto concerne gli eventuali "obblighi convenzionali di criminalizzazione europea", la stessa Corte EDU, dal momento in cui l'Unione non è ad oggi⁵⁷² parte della Convenzione, non si cura eccessivamente degli effetti della propria giurisprudenza sul diritto dell'Unione, prediligendo – anche in ragione dell'approccio *concreto* che adotta – valutare la compatibilità convenzionale della normativa nazionale, emanata o meno in attuazione del diritto dell'Unione. Del pari la stessa Corte di Lussemburgo, pur richiamando frequentemente i *dicta* di Strasburgo, non si ritiene (ed effettivamente non è) *soggetta* a un vincolo diretto nei riguardi degli stessi.

Neppure dal punto di vista "interno" all'ordinamento europeo sembra che possa seriamente porsi l'insorgere di vincoli di penalizzazione, vincoli cioè che impongano al legislatore europeo di criminalizzare o meno una determinata condotta *sulla base dell'interpretazione di una norma di diritto primario*. Si è infatti già rilevato che l'Unione non è un ordinamento con finalità generali, e

⁵⁷² Né, come visto *supra*, par. 2.1.2, sarà a breve.

benché preveda al proprio interno degli strumenti di tutela dei diritti umani non si vede attribuita una competenza diretta alla loro protezione: i diritti umani rappresentano un canone interpretativo e limitativo della legislazione e delle politiche dell'Unione, ma non ne costituiscono né ne possono costituire l'oggetto. Inoltre, l'Unione non dispone, se non indirettamente e per settori specifici⁵⁷³, alcun potere autoritativo, e pertanto può difficilmente essere fatta destinataria di obblighi positivi che comportino un intervento diretto che vada al di là dell'adozione di atti normativi. Pertanto, non sembra neppure che sulla protezione dei diritti fondamentali possano essere costruiti, in sede europea, veri e propri *obblighi* di tutela.

Mentre sotto quest'ultimo profilo non pare che il contesto ordinamentale possa subire modifiche di rilievo, l'eventuale adesione dell'Unione al sistema Convenzionale potrebbe riportare in auge il primo profilo ora evidenziato. Si tratta di una dinamica impossibile da indagare, perché uno dei principali punti di discussione in ordine al processo di adesione, e che è stato evidenziato dalla stessa Corte di giustizia nel proprio citato recente parere, è proprio quello del controllo giurisdizionale degli atti dell'Unione da parte della Corte di Strasburgo e più in generale del rapporto tra le due Corti circa gli aspetti inerenti la tutela dei diritti dell'uomo.

In proposito, peraltro, si sono sin da subito alzate numerose e unanimi voci di critica rispetto ai profili sostanziali⁵⁷⁴ di tale decisione negativa, proprio nella parte in cui essa appare frapporre un serio *vulnus* alla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto dell'Unione. In questa sede, tuttavia, appaiono non meno rilevanti i molteplici profili procedurali, che attengono cioè all'estensione dei poteri dalla Corte EDU rispetto al diritto dell'Unione, alle controversie tra Stati membri e all'area della Politica estera e di sicurezza comune.

Nell'efficace sintesi offerta in dottrina⁵⁷⁵, la Corte ha imposto dieci vincoli rispetto alla prosecuzione dei negoziati: «(a) ensuring Article 53 ECHR does not give authorisation for Member States to have higher human rights standards than the EU Charter, where the EU has fully harmonised the law; (b) specifying that accession cannot impact upon the rule of mutual trust in JHA matters; (c) ensuring that any use of Protocol 16 ECHR by national courts cannot undermine the EU preliminary ruling system, presumably by ruling out the use of Protocol 16 where EU law issues are involved; (d) specifying expressly that Member States cannot bring disputes connected

⁵⁷³ Si pensi alla concorrenza.

⁵⁷⁴ Per una sintetica analisi a prima lettura del parere, ove si distingue tra «procedural and substantial objections», cfr. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, reperibile all'indirizzo <http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>, url consultato il 10 febbraio 2015.

⁵⁷⁵ PEERS, *The CJEU*, cit..

with EU law before the ECtHR; (e) ensuring that in the co-respondent system, the ECtHR's assessment of admissibility does not extend to the power to interpret EU law; (f) guaranteeing that the joint responsibility of the EU and its Member States for ECHR breaches cannot impinge upon Member State reservations to the Convention; (g) preventing the ECtHR from allocating responsibility for ECHR breaches as between the EU and its Member States; (h) ensuring that only the EU institutions can rule on whether the CJEU has already dealt with an issue; (i) providing that the CJEU should be allowed to rule on the interpretation, not just the validity, of EU law, during the 'prior involvement' procedure; and (j) curtailing the role of the ECtHR to rule on EU foreign policy matters».

L'immagine dei rapporti tra la Corte EDU e l'ordinamento dell'Unione che da tale "decalogo" emerge, mostra chiaramente una necessaria (ad opinione della Corte) deferenza da parte del sistema convenzionale verso quello dell'Unione, così da inibire un pieno ed effettivo controllo da parte della Corte EDU sugli atti dell'Unione soprattutto per quanto concerne la possibilità che gli Stati membri posseggano e coltivino una tutela dei diritti umani più ampia rispetto a quella offerta dall'Unione nei settori di armonizzazione piena.

Se pertanto l'adesione avverrà in questi termini⁵⁷⁶, non sembra che la Corte EDU acquisirà anche in quel caso un'ampiezza di sindacato tale da modificare la conclusione già raggiunta poc'anzi.

Non pare quindi che il problema degli obblighi di penalizzazione possa investire l'Unione, né sotto il profilo "costituzionale" né sotto quello "convenzionale".

⁵⁷⁶ Ed essendo il parere della Corte vincolante ex art. 218, par. 11, TFUE, non potrà che essere così.

CONCLUSIONI

Giunti al termine della disamina che ci si era prefissati all'avvio di questo percorso di ricerca, si può provare ad abbozzare alcune riflessioni complessive sullo stato di attuale sviluppo dell'integrazione europea in materia penale.

L'impiego dell'espressione "abbozzare" non vale solo ad esprimere la caratura "dimessa" del presente lavoro, che - come più volte ribadito - ha avuto l'unica ambizione di offrire uno stato dell'arte rispetto alle principali problematiche evocate dal sempre più prepotente ingresso nella legislazione penale delle istituzioni dell'Unione, senza pretendere di indicare anche delle soluzioni certe ai problemi evocati.

La cautela è infatti d'obbligo anche sotto un altro profilo, quello della rapidità con la quale la materia che ci ha occupato si muove lungo direzioni più o meno prevedibili o attese. Quanto si è detto, e quanto si dirà qui, sconta pertanto una spiccata contingenza, e di questa contingenza non può non tenersi conto¹ anche rispetto alle problematiche e sommarie conclusioni che si cercherà di trarre.

I dati, certi, dai quali si possono prendere le mosse sono rilevanti: la potestà penale dell'Unione, nel lungo e articolato percorso che si è tratteggiato nel corso del primo capitolo, ha raggiunto un'estensione di notevole ampiezza, essendo in grado di coprire tutti gli ambiti materiali nei quali l'Unione possiede competenze e nei quali scelga, discrezionalmente, di promuovere l'armonizzazione delle legislazioni nazionali (art. 83, par. 2, TFUE). Oltre a ciò, l'Unione è comunque competente a legiferare in materia penale in tutta una serie di materie espressamente individuate (art. 83, par. 1, TFUE) e il cui catalogo può essere esteso in via autonoma dalle istituzioni europee, sia pure secondo una procedura aggravata nella procedura e nei presupposti sostanziali, ciò che costituisce una potenzialmente rilevante valvola di espansione di tale competenza².

La competenza è non solo "estesa" ma anche "profonda", in quanto l'Unione è in grado di determinare norme minime in materia di reati e di sanzioni, imponendo al legislatore nazionale

¹ Si è cercato di tenerne conto, per quanto possibile, aggiornando il lavoro in base alle più recenti pubblicazioni della letteratura e alle novità normative. Il limite di questo aggiornamento (l'inizio del mese di febbraio del 2015) non può comunque aver consentito di tenere in considerazione gli spunti e gli stimoli che quotidianamente giungono dalla dottrina, dal legislatore, dalla giurisprudenza. Delle molte inevitabili omissioni non può pertanto che domandarsi venia al lettore.

² Come puntualmente rilevato dal Tribunale costituzionale tedesco.

una determinata selezione dei fatti da criminalizzare e una precostituita valutazione circa il grado della loro riprovevolezza.

Tali premesse impongono che le istituzioni europee siano considerate a tutti gli effetti un *legislatore penale*. Ciò, come visto, non appare di per sé in contrasto con il principio di legalità formale, soprattutto se si considera che l'esercizio della potestà legislativa prevede un rilevante coinvolgimento del Parlamento europeo³ e che appare errato collocare l'altra istituzione legiferante - il Consiglio - nell'orbita del potere esecutivo, rassomigliando questo invece sempre più a una sorta di camera federale, dotata di una - pur ridotta - legittimazione democratica⁴.

È invece emersa la pressante esigenza di leggere le dinamiche interordinamentali in sede europea con lenti nuove, scevre dai condizionamenti propri dei singoli ordinamenti nazionali. Appare in altre parole opportuno, e assai urgente, concentrare gli sforzi verso l'identificazione di meccanismi nuovi, che consentano di instaurare (o ripristinare) un più stretto collegamento tra cittadino e decisione legislativa, eventualmente attingendo - come propone una parte della dottrina⁵ - alle esperienze di altre realtà di dimensioni e complessità paragonabili. Sembra invece sempre più sterile arroccarsi in posizioni che si limitino a constatare le (pacifiche ed evidenti) differenze tra le forme costituzionali degli Stati membri e l'ordinamento dell'Unione, giungendo a pretendere da quest'ultima altro da ciò che essa è e più di ciò che dagli stessi Stati membri si pretende.

Per quanto riguarda poi il contenuto e la tecnica della legislazione, l'attribuzione al legislatore dell'Unione della veste di *legislatore penale* conduce inevitabilmente a *pretendere* dallo stesso l'adozione e il rispetto di una serie di principi, il cui nucleo fondante si è dimostrato sostanzialmente condiviso tra gli Stati membri e che appartengono alla insuperabile tradizione illuministica che costituisce componente fondamentale del processo di costruzione dell'identità europea: infatti, «any criminal justice system necessarily presupposes a set of principles and restraint»⁶.

Questo dato di partenza non è scontato, ma - essendo condiviso, almeno nelle dichiarazioni ufficiali e nei documenti di programma, dalle stesse istituzioni che sono chiamate ad applicare i

³ Anche nelle (pochissime) procedure legislative speciali, nelle quali la prassi vede il Parlamento far leva sul potere di veto per ottenere l'adozione di testi che siano, in ogni aspetto contenutistico, di suo gradimento.

⁴ Ciò è dimostrato, indirettamente, dalla prassi dialogica che intercorre tra Parlamento e Consiglio e che si mostra sempre più scevra da forzature tipiche dei rapporti Governo-Parlamento e ha acquisito al contrario i caratteri di un dialogo tra camere di un medesimo potere legislativo.

⁵ Ad esempio il citato lavoro di Tor-Inge Harbo, che guarda all'esperienza statunitense.

⁶ KAIIFA-GBANDI, *The importance*, cit., p. 8.

principi in discorso – deve essere mantenuto fermo quale presupposto in grado di legittimare la ricerca del contenuto e della capacità selettiva di tali principi.

Come si è visto in particolar modo per i principi di prevedibilità e accessibilità della norma penale, la Convenzione EDU svolge in questo disegno un ruolo di primo piano, grazie all'influenza espressamente richiamata dalle norme relative all'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. In tal modo, e sempre restando nel terreno della legalità sostanziale, è auspicabile che la Corte di giustizia sia sempre più in grado di valorizzare i caratteri di prevedibilità e accessibilità delle norme concretamente adottate dal legislatore dell'Unione, superando una sua discutibile e preoccupante giurisprudenza in materia di sanzioni amministrative e al contempo tenendo in considerazione le peculiarità di una legislazione penale europea che – almeno ad oggi – non è in grado di incidere direttamente e autonomamente sulle posizioni soggettive degli individui.

Alla luce dell'influenza del sistema convenzionale sullo sviluppo di alcuni dei principi penalistici, è pertanto da riguardarsi con inquietudine al recente parere reso dalla Corte di giustizia circa il progetto di adesione dell'Unione al Consiglio d'Europa: pur fondato su preoccupazioni serie e di fondamentale rilievo, l'intervento della Corte rischia di procrastinare, e di molto, un passaggio che sarebbe sotto questo aspetto certamente epocale.

Tuttavia, lo stesso ordinamento dell'Unione da un lato possiede dei principi propri ed è in grado di mutuarli dagli ordinamenti degli Stati membri e dall'altro "importa" *de facto* l'elaborazione che di molti di essi sia fatta propria dalla giurisprudenza di Strasburgo, in un virtuoso meccanismo di dialogo interordinamentale del quale si rivela sempre più opportuno approfondire le dinamiche che lo animano e i presupposti normativi sui quali si poggia.

Tra i principi, propri del sistema dell'Unione, dai quali ci si può e deve attendere una particolare centralità nel fornire risposta alle più volte segnalate istanze garantistiche deve sicuramente annoverarsi il principio di proporzionalità nella particolare lettura e nello specifico impiego che il giudice dell'Unione ha mostrato di farne, anche in tempi più recenti. In proposito, sembra che lo strumento meglio dotato di concreta giustiziabilità sia quello fornito dall'art. 52 CDFUE.

Il fatto poi che il principio di proporzionalità sembri essere chiamato a svolgere funzioni ulteriori rispetto a quelle note al giurista nazionale, e segnatamente a fornire fondamento positivo alle istanze del diritto penale come *ultima ratio* e del principio di necessaria lesività, porta alla luce un'altra, cruciale, conclusione che deve trarsi dall'indagine ora svolta: il giurista nazionale è infatti

chiamato a un fondamentale e altrettanto difficile sforzo culturale, che consiste nell'adozione di un bagaglio concettuale che non gli è – perlomeno non del tutto – proprio, ma che rappresenta l'unica via per una proficua comunicazione (con gli omologhi degli altri Stati membri ma soprattutto) con le istanze giurisdizionali dell'Unione, dalle quali si potrà e dovrà pretendere un pressante controllo sull'attività legislativa europea, un controllo che dovrà essere agevolato proprio dall'adozione di schemi concettuali intellegibili e giustiziabili da parte della Corte di Lussemburgo.

È proprio quest'ultima osservazione a rendere nient'affatto speculativa, ma anzi particolarmente concreta e urgente, l'analisi che si è tentato di delineare. A ciò dovrà accompagnarsi un'opera di educazione concettuale degli operatori del diritto, rivolta soprattutto alle giurisdizioni nazionali, che sia in grado di implementare l'effettività dei rimedi giurisdizionali che pure l'ordinamento dell'Unione appronta – come visto – in favore dei singoli a tutela delle loro posizioni soggettive.

Al contrario, l'analisi ha evidenziato come si debbano ridimensionare altre (apparenti) criticità che vengono agitate in dottrina.

Innanzitutto la coerenza c.d. verticale, ossia l'impatto della legislazione penale europea sui sistemi nazionali: essa appare un obiettivo strutturalmente impossibile da raggiungere, e la consapevolezza di ciò deve condurre a valorizzare soluzioni in grado piuttosto di "gestire" tale incoerenza, come l'impiego di definizioni comuni di parte generale, una maggiore attenzione per i minimi edittali, nonché un migliore coordinamento con il sistema delle sanzioni amministrative, ciò che gioverebbe anche in termini di rispetto del principio di *ultima ratio*.

Anche la ricerca di una elevata coerenza c.d. orizzontale si rivela un legittimo obiettivo da perseguire solo in linea di massima, in ragione della intrinseca frammentarietà propria della (pur estesa) competenza penale dell'Unione; tale obiettivo, peraltro, risulta inevitabilmente frustrato dalla mancata attribuzione in sede sovranazionale di una specifica funzione alla pena, aspetto che resta appannaggio pressoché esclusivo degli Stati membri in quanto maggiormente attinente la concreta esecuzione della pena.

Da ultimo, nei tempi più recenti si è (ri)proposta all'attenzione della dottrina penalistica l'idea che i diritti fondamentali, i quali costituiscono presupposto ultimo di ogni limite all'intervento del legislatore penale, possano invece essere chiamati a imporre tale intervento: come visto, tuttavia, il problematico tema dei c.d. obblighi di criminalizzazione, e specificamente degli obblighi convenzionali di criminalizzazione, non appare possedere un'attualità così stringente

in un ordinamento come quello dell'Unione che non è chiamato, in quanto sprovvisto di finalità generali, a proteggere in prima persona quel nucleo di diritti che fondano tali istanze di criminalizzazione. Anche in questo caso il problema sembra dunque destinato, ad oggi, a ridimensionarsi.

Alla luce di tutto quanto si è cercato di riepilogare in queste brevi pagine, si deve pertanto giungere alla conclusione che, dopo Lisbona, ogni disamina che riguardi il diritto penale europeo non potrà più prescindere dall'adozione di uno sguardo complessivo alla strumentazione concettuale e normativa di un'Unione sempre più chiamata a "fare sistema" con gli Stati membri anche nella materia criminale, al fine di garantire un sempre più elevato livello di garanzia e giustiziabilità delle posizioni soggettive degli individui, destinatari ultimi di qualunque precetto penale da qualunque legislatore venga emanato.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE E RACCOLTE

ABÉLÈS M., *En atteinte d'Europe*, Parigi, 1996

ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014

APRILE E., SPIEZIA F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2012

ARMONE G.M., CIMINI B.R., GANDINI F., IUZZOLINO G., NICASTRO G., PIOLETTI A., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006

BASSIOUNI M.C., *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, 1999

BATTAGLIA F., *La sovranità e i suoi limiti*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, (Harlem, 1766), Torino, 1981

BERNARDI A., *Commento all'art. 7*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001

BERNARDI A., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo: esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008

BERNARDI A., *Le «qualità» della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, in GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011

BERNARDI A., *Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, in FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006

BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Ai confini del "favor rei"*, Torino, 2005

BIONDI DAL MONTE F., *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, Torino, 2014

BRICOLA F., *Il II e il III comma dell'art. 25*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, XXI, Bologna, 1981

CALVANO R., *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, in MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. Vol. II - L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006

CARETTI P., *Maxi-emendamenti e questione di fiducia: una grave prassi distorsiva di difficile contrasto*, in LUPO N. (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Roma, 2010

CARTUYVELS Y., DUMONT H., OST F., VAN DE KERCHOVEE M., VAN DROOGHENBROECK S. (a cura di), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, 2007

CELLAMARE G., *Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione Europea*, Torino, 2011

CUOMO L., RAZZANTE R., *La nuova disciplina dei reati informatici*, Torino, 2009

D'AIUTO G., LEVITA L., *I reati informatici. Disciplina sostanziale e questioni processuali*, Milano, 2012

DAMATO A., DE PASQUALE P., PARISI N., *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, 2011

DE MATTEIS L., FERRARA C., LICATA F., PIACENTE N., VENEGONI A., *Diritto penale sostanziale e processuale dell'Unione europea*, vol. I, Padova, 2011

DE VERO G., *La successione di leggi penali*, in DE VERO (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2010

DELMAS-MARTY M., *Introduction: objectifs et méthodes*, in *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris, 2008

DI GIOVINE O., *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani*, Madrid, 2014

DI GIOVINE O., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, IV, 2011

DI STASIO C., *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, Milano, 2010

DURANTE M., PAGALLO U. (a cura di), *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Milano, 2012

EPIDENDIO T.E., *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, 2007

FABBRINI S., *L'eupeizzazione dell'Italia: l'impatto dell'Unione Europea sulle istituzioni e le politiche italiane*, Roma-Bari, 2003

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009

FORNASARI G., MENGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2012

GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998

GALETTA D.U., *Voce Principio di proporzionalità [dir. amm.]*, in *Enciclopedia del diritto Treccani*, ed. Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2012

GAMBARDELLA M., *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013

GATTA G.L., *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008

GRANDI C., *Le «qualità» della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale dei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011

GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010

GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989

GRASSO G., *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in AA. Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, IV, 2011

GRASSO G., *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007

GRASSO G., *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, Milano, 2011

HELFER M., *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile*, Padova, 2007

HERLIN-KARNELL E., *The constitutional dimension of European criminal law*, Oxford, 2012

HICKMAN T., *Proportionality: Comparative Law Lessons*, in *Judicial Review*, 2007

DELMAS-MARTY M., GIUDICELLI-DELAGE G., LAMBERT-ABDELGAWAD E. (a cura di), *L'harmonisation des sanction pénales en Europe*, Paris, 2003

HONORATI C., *La comunitarizzazione della tutela penale ed il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in RUGA RIVA C. (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007

IADICICCO M.P., *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, Torino, 2007

IERACI G., *Il governo in parlamento. Regole parlamentari e capacità decisionale dell'esecutivo*, in BARBIERI C., VERZICHELLI L. (a cura di), *Il governo e i suoi apparati. L'evoluzione del caso italiano in prospettiva comparata*, Genova, 2002

IPPOLITO F., *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007

LABAYLE H., FAVOREU L., *Code de droit penal de l'Union européenne*, Bruxelles, 2013

LUPARÌA L., *Sistema penale e criminalità informatica*, Milano, 2009

LUPO N. (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Roma, 2010

LUPO N., *Costituzione e bilancio*, Roma, 2007

MALARINO E., *Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina sulle gravi violazioni dei diritti umani*, in FRONZA E., FORNASARI G. (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente*, 2009

MANACORDA S., *“Dovere di punire”?* *Gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto*, in MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani*, Madrid, 2014

MANACORDA S., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011

MANES V., *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011

MANES V., *Voce Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in VIGANÒ F., LEO G. (a cura di), *Il libro dell’anno del diritto 2013*, Treccani – Sezione diritto penale, ed. Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2013

MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2009

MARTUFI A., *Qualità intrinseche delle norme penali europee e controllo di legalità*, in GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R. (a cura di), *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011

MAUGERI A.M., *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l’alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R. (a cura di), *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, Milano, 2011

MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani*, Madrid, 2014

MILL J.S., *Considerazioni sul governo rappresentativo*, (Londra, 1861), Milano, 1946

MOWBRAY A., *The Development of Positive Obligations on Human Rights by the European Court of Human Rights*, London, 2004

MURPHY C., *EU Counter-Terrorism Law: Pre-Emption and the Rule of Law*, Oxford, 2012

NICOSIA G., *Commento all'art. 7*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012

ÖHLINGER T., *Verfassungsrecht*, Wien, 1997

PALAZZO F., PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013

PAOLUCCI C.M. , *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Milano, 2011

PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009

PECORELLA C., *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006

PICOTTI L., *Il Corpus Juris 2000, Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, in PICOTTI L. (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004

POCAR F., *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, 2006

PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2004

RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996

RIZ R., *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004

SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007

SALAZAR L., *La direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in FOGLIA R., COSIO R. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Milano, 2011

SALAZAR L., *Le fonti tipiche dell'Unione Europea*, in LA GRECA G., MARCHETTI M. (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003

SALVADORI I., *I reati di possesso come tecnica di anticipazione della punibilità alla luce delle fonti internazionali ed interne*, in GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale dei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011

SALVADORI M.L., *Democrazie senza democrazia*, Roma, Bari, 2009

SASSI S., *La libertà di associazione nel "nuovo ecosistema mediatico": spunti problematici sull'applicazione dell'art. 18 della Costituzione. Il (recente) caso dell'associazione xenofoba on-line*, in AA.VV., *Da Internet ai Social Network*, Rimini, 2013

SATZGER H., *International and European Criminal Law*, Oxford, 2012

SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio razziale*, Milano, 2009

SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea; linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sopranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005

SICURELLA R., *Il corpus juris come modello per la definizione di un sistema penale europeo*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano 2007

SICURELLA R., *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in GRASSO G., SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007

SICURELLA R., *Prove tecniche per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale*, in GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, Milano, 2011

SICURELLA R., *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, IV, 2011

SOTIS C., *Le "regole dell'incoerenza"*, Roma, 2012

SOTIS C., *Il diritto senza codice*, Milano, 2007

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980

TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012

TRABACCHI A., *I delitti contro la fede pubblica, Volume I*, Padova, 2011

TRINCI A., *Introduzione ad uno studio "aggregato" dei delitti contro la libertà sessuale*, in TOVANI S., TRINCI A. (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale*, Torino, 2014

VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale: logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012

VAN DIJK P., VAN HOOF F., *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, Den Haag, 1998

VENTUROLI M., *La direttiva 2011/36/UE: uno strumento «completo» per contrastare la tratta degli esseri umani*, in FORLATI S. (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013

VIGANÒ F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in CORSO P., ZANETTI E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Milano, 2010

VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA. Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, IV, 2011

VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011

VIGANÒ F., *Voce Retroattività della legge penale più favorevole*, in VIGANÒ F., LEO G. (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto 2014* Treccani – Sezione diritto penale, ed. Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2014, pubblicato in *penalecontemporaneo.it*, 20 dicembre 2013

ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011

PERIODICI

ALESSANDRI A., *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014

ALLEGREZZA S., *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione*, in *penalecontemporaneo.it*, 31 ottobre 2013

ASP P., *The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU Criminal Law*, in *Eur. Crim. Law Rev.*, 1/2011

BALSAMO A., LUCCHINI C., *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, in *penalecontemporaneo.it*, 26 gennaio 2012

BARBIERI M., *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1/2010

BARONCELLI S., *Le fonti del diritto nell'UE dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona: verso un'accresciuta complessità del sistema*, in *osservatoriosullefonti.it*, 3/2008

BARTOLUCCI L., FASONE C., *Le procedure di raccordo con l'Unione europea: un bilancio in attivo, ma con qualche occasione persa*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1/2014

BAZZOCCHI V., *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni quadro*, in *Quaderni Costituzionali*, 4/2005

BEDUSCHI L., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2011

BERGONZINI C., *I precedenti nel sistema delle fonti parlamentari: un problema di metodo?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2012

BERGONZINI C., *La piramide rovesciata: la gerarchia tra le fonti del diritto parlamentare*, in *Quaderni Costituzionali*, 4/2008

BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009

BERNARDI A., *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2012

BERNARDI A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002

BERNARDI A., *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2013

BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 1/2012

BERNARDI A., *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002

BÖSE M., *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009

BÖSE M., *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschuts)*, in *Eur. Crim. Law Rev.*, 1/2011

BRESSANELLI E., PICCIO D., *The EP elections and political representation through national parties: the Italian case*, in *Atti del XXV Convegno SISP*, 8-10 settembre 2011, www.sisp.it/files/papers/2011/daniela-piccio-e-edoardo-bressanelli-985.pdf

BRUNELLI G., *“Che fare?” Il giudice ordinario di fronte alle antinomie tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Studium Iuris*, 2004

CAMPUS D., CIAGLIA A., *Il sistema dei media in Italia: libertà dei media, pluralismo e fiducia nell'informazione*, in *Atti del XXV Convegno SISP*, 8-10 settembre 2011, <http://www.sisp.it/files/papers/2011/donatella-campus-e-antonio-ciaglia-962.pdf>

CANNIZZARO E., BARTOLINI E., *La “costituzionalizzazione” del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 3/2007

CARLASSARE L., v. *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990

CARTABIA M., VIOLINI L., *Le norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione Europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari. Commento alla legge 4 febbraio 2005, n. 11*, in *Le Regioni*, 4/2005

CASARTELLI G., *La responsabilità degli enti per i reati ambientali*, in *penalecontemporaneo.it*, 23 marzo 2012

CIVELLO CONIGLIARO S., *La nuova tutela penale europea dei sistemi di informazione*, in *penalecontemporaneo.it*, 30 ottobre 2013

COTTU E., *Il consiglio europeo adotta i nuovi orientamenti strategici per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2015-2020*, in *penalecontemporaneo.it*, 22 luglio 2014

CUPELLI C., *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2009

CUPELLI C., *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2013

CUPELLI C., *L'Italia si adegua al Trattato di Lisbona: pubblicata la nuova legge sulla partecipazione del nostro Paese alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2013

DE AMICIS G., *All'incrocio tra i diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di giustizia e il "caso Melloni"*, in *penalecontemporaneo.it*, 7 giugno 2013

DE AMICIS G., *Ne bis in idem e 'doppio binario' sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano*, in *penalecontemporaneo.it*, 30 giugno 2014

DE LONDRAS F., *CJEU Strikes Down Data Retention Directive*, in *Human Rights in Ireland*, <http://humanrights.ie/civil-liberties/cjeu-strikes-down-data-retention-directive/>

DE SANTIS G., *La tutela penale dell'ambiente dopo il D.Lgs. n.121/2011 di attuazione della direttiva 2008/99/CE*, in *Resp. civ. e prev.*, 2/2012

DE VERO G., voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993

DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013

DESANA E., *Procedimento CONSOB e ne bis in idem: respinta l'istanza di rinvio*, in *Giur. It.*, 7/2014

DODARO G., *Principio di retroattività favorevole e «termini più brevi» di prescrizione dei reati*, in *Giur. cost.*, 6/2006

DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2013

DOVA M., *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *penalecontemporaneo.it*, 5 giugno 2014

DRAETTA U., *I principi democratici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 3/2008

EPIDENDIO T.E., *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4/2012

ESPOSITO A., *Il Trattato di Lisbona e il nuovo ruolo costituzionale dei parlamenti nazionali: le prospettive per il Parlamento italiano*, in *Rassegna parlamentare*, 4/2009

EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2010

FANCIULLO D., *L'adozione di "norme minime" per la definizione dei reati e delle sanzioni nel settore degli attacchi contro i sistemi d'informazione: la direttiva 2013/40/UE*, in *Rivista dell'Osservatorio sullo Spazio Europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, 2013

FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, XXXVI, 2007

FLETCHER M., *Extending "indirect effect" to the third pillar: the significance of Pupino?*, in *Eur. Law Rev.*, 30/2005

FONTANELLI F., *Anti-terror Database, the German Constitutional Court reaction to Åkerberg Fransson – From the spring/summer 2013 Solange collection: reverse consistent interpretation*, in *diritticomparati.it*, 3 maggio 2013

FORRESTER S., *A challenge for Europe's judge: the review of fines in competition cases*, in *Eur. law rev.*, 2011

FRIGO G., *Solo un intervento del legislatore è idoneo a colmare la lacuna*, in *Guida dir.*, 26/2005

GAETA P., *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. pen.*, 1/2012, pubblicato anche in *penalecontemporaneo.it*, 9 luglio 2012

GAMBARDELLA M., *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 5/2010

GRANDI C., *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2013

GRIGLIO E., *I maxi-emendamenti del governo in parlamento*, in *Quaderni Costituzionali*, 4/2005

HARBO T.I., *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *Eur. Law Journal*, 2/2010

HERLIN-KARNELL E., *Subsidiarity in the Area of EU Justice and Home Affairs Law - A lost cause?*, in *Eur. Law Journal*, 3/2009

HONORATI C., *La "comunitarizzazione" della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006

HUBER S., KRISTOFERITSCH H., *Transparency: Let There Be Light?*, in *Eur. St. Aid Law Quart.*, 4/2011

ITZCOVICH G., *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2009

KAIAFA-GBANDI M., *The importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, in *Eur. Crim. Law Rev.*, 1/2011

LEO G., *Una nuova pronuncia di illegittimità parziale per la disciplina della custodia in carcere 'obbligatoria'*, in *penalecontemporaneo.it*, 4 maggio 2012

LIBERATI F., *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz: una guida alla lettura*, in *federalismi.it*, 14/2009

LIND A.S., STRAND M., *A New Proportionality Test for Fundamental Rights?*, in *Eur. Pol. Analysis*, 7/2011, www.sieps.se/sites/default/files/2011_7epa.pdf

MAGGIO P., *La lotta alla criminalità organizzata in Europa fra strategie di contrasto e rispetto dei diritti umani*, in *Cass. Pen.*, 2/2013

MAGI L., *Attribuzione alla "nuova" unione di poteri normativi in materia penale nonostante un persistente deficit democratico: possibile contrasto con il principio costituzionale della riserva di legge?*, in *Dir. pubbl. comp.*, 3/2008

MANACORDA S., *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2013

MANACORDA S., *Le droit pénale et l'Union européenne: esquisse d'un système*, in *Rev. sc. crim.*, 2000

MANACORDA S., *Le droit pénal sous Lisbonne: vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice?*, in *Rev. sc. crim.*, 2010

MANCUSO C., *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2009

MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012

MANES V., *L'incidenza delle "decisioni quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006

MANES V., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 1/2012, pubblicato anche in *penalecontemporaneo.it*, 9 luglio 2012

MANNOZZI G., CONSULICH F., *La sentenza della Corte di Giustizia C 176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/2006

MARCHEGIANI M., *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. Eur.*, 3/2006.

MARTUFI A., *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2013

MASERA L., *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, in *penalecontemporaneo.it*, 3 settembre 2012

MAUGERI A.M., *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. 2., I principi fondamentali delle sanzioni comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/1999

MAUGERI A.M., *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. 1: la natura giuridica delle sanzioni comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/1999

MELANDER S., *Ultima Ratio in European Criminal Law*, in *Oñati Socio-legal Series – online*, 1/2013

MELONI C., *La Corte costituzionale annulla gli effetti della decisione della CIG in materia di immunità giurisdizionale dello Stato estero*, in *penalecontemporaneo.it*, s.d.

MERLIN A., *La tutela penale dell'ambiente nella direttiva 2008/99/CE*, in *Il sole 24 ore Ambiente e sicurezza*, 10 febbraio 2003, n.3

MIGNOLLI A., *Il progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni spunti di riflessione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2-3/2012

MILITELLO V., *I diritti fondamentali tra limite e legittimazione di una tutela penale europea*, in *Ragion pratica*, 2004

MILITELLO V., *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2014

MINKKINEN P., *'If Taken in Earnest': Criminal Law Doctrine and the Last Resort*, in *The Harvard Journal*, 5/2006

MIRIAM A., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale Dir. Amm.*, 11/2014

MITSILEGAS V., *The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?*, in *Eur. Law Rev.*, 34/2009

MOCCIA S., *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2012

MODUGNO F., *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 4/2009

MONTALDO S., *La competenza dell'Unione europea ad adottare norme di diritto penale ex art. 83, par. 2, TFUE e sue possibili applicazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2013

MORIJN J., *Åkerberg and Melloni: what the ECJ said, did and may have left open*, in *eutopialaw.com*, 14 marzo 2013

MORVIDUCCI C., *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2008

MORVIDUCCI C., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un percorso non ancora concluso*, in *Studi sull'integrazione europea*, 3/2013

NAPOLEONI V., *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettiva avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4/2012

PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quad. fiorentini*, XXXVI, 2007

PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1990

PAONESSA C., *L'avanzamento del diritto penale europeo dopo il Trattato di Lisbona*, in *La Giustizia Penale*, 2010

PECCIOLI A., *Un ulteriore intervento a tutela dei minori (I parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2013

PECORELLA C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2010

PEERS S., *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, <http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>

PEERS S., *The data retention judgment: The CJEU prohibits mass surveillance*, in *Eur. Law Analysis*, <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/04/the-data-retention-judgment-cjeu.html>

PELLEGRINI L., *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2/2011

PELLIZZONE I., *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente*, in *forumcostituzionale.it*, 2007

PERILLO E., *Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté sécurité et justice: deux ans après Lisbonne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 3/2012

PETERS A., *European democracy after the 2003 Convention*, in *Common market law review*, 2004

PICOTTI L., *I diritti fondamentali come oggetto e come limite del diritto penale internazionale*, in *Indice penale*, 2003

PICOTTI L., *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 novembre 2013

PILUSO G., *La Corte di Giustizia UE annulla la Direttiva "Frattini" sulla conservazione dei dati del traffico telefonico*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* – online, 3/2014

PINELLI C., *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. Cost.*, 4/2011

POOLE T., *Proportionality in Perspective*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 16/2010, <http://ssrn.com/abstract=1712449>

PORTIGLIATTI BARBOS M., v. *Vittimologia*, in *Digesto Pen.*, XV, IV ed., Torino

PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in Riv. it. dir. pen. proc., 2/1984

RECCHIONE S., *European Public Prosecutor Office: anche gli entusiasti diventano scettici?*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2014

REPETTO G., *La Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al solange non c'è mai fine?*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, http://archivio.rivistaaic.it/cronache/giurisprudenza_comunitaria/solange/index.html

RESCIGNO G.U., *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenza della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giur. cost.*, 4/2009

RIONDATO S., *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2011

ROMANO M., «*Meritevolezza di pena*», «*bisogno di pena*» e *teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1992

ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2008

ROMEO G., *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2013

RUBI-CAVAGNA E., *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne*, in *Rev. sc. crim.*, 2009

RUGGERI A., *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Giur. Cost. – Studi 2014*

RUGGERI A., *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in *diritticomparati.it*, 2 aprile 2013

RUGGERI A., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 23 marzo 2011

RUGGERI A., *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in *Rassegna parlamentare*, 1/1999

RUSSO R., *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni unite. Un tema ancora aperto*, in *Cass. pen.*, 2011

SALAZAR L., *La sentenza sulla protezione penali dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1/2006

SATZGER H., *Le carenze della politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 3/2010

SATZGER H., *Prospettive di un diritto penale europeo basato su una politica penale europea*, in *Critica dir.*, 1-2/2012

SAUTER W., *Proportionality in EU law: a balancing act?*, in *TILEC Discussion Papers*, 3/2013

SCHIANO DI PEPE L., *Competenze comunitarie e reati ambientali: il "caso" dell'inquinamento provocato da navi*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2006

SCODITTI E., *Il giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sovranazionale*, in *Foro it.*, 5/2010

SICURELLA R., *Il diritto penale applicabile dalla procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale "armonizzato"? Le questioni in gioco*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 dicembre 2013

SICURELLA R., *La costruzione della dimensione penale europea: deriva simbolico repressiva o occasione di approfondimento dei presidi garantistici?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013

SICURELLA R., *Prosegue l'azione dell'Unione europea nella lotta alla tratta di esseri umani*, in *penalecontemporaneo.it*, 25 luglio 2011

SIMONCINI C., *I limiti del coinvolgimento del Parlamento europeo nei processi di decisione normativa*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 5/2009

SIRACUSA L., *Il transito del diritto penale di fonte europea dalla "vecchia" alla "nuova" Unione post Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/2010

SIRACUSA L., *Tutela ambientale: Unione europea e diritto penale tra decisioni quadro e direttive*, in *Dir. pen. proc.*, 2006

SOTIS C., *"Criminaliser sans punir". Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le traité de Lisbonne*, in *Rev. sc. crim.*, n. 4/2010

SOTIS C., *Diritto comunitario e giudice penale*, in *Corr. merito – Rassegna monotematica*, 2/2008

SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2012

SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.* 3/2010

SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2002

SPIEZIA F., SIMONATO M., *La prima direttiva UE di diritto penale sulla tratta di esseri umani*, in *Cass. pen.*, 9/2011

STEA G., *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, in *Arch. Pen.*, 3/2013

STILO L., *L'intervento dell'Unione Europea contro la pornografia infantile: un primo commento alla decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio del 22 dicembre 2003*, in *diritto.it*, disponibile all'indirizzo http://www.diritto.it/materiali/penale_informatica/dottr_06.html

SUOMINEN A., *The characteristics of nordic criminal law in the setting of EU criminal law*, in *Eur. crim. law. rev.*, II, 2011

TIZZANO A., *Dall'unità nazionale all'integrazione sovranazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012

TOBLER C., *Case C 176/03, Commission v. Council, judgement of the Grand Chamber of 13 september 2005*, in *Common Market Law Rev.*, 2006

TRIPODI A.F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014

TROGLIA M., *Lotta contro l'abuso, lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile: alcune riflessioni sulla direttiva 2011/93/UE del Parlamento e del Consiglio del 13 Dicembre 2011*, in *Cass. pen.*, 5/2012

VAGLIASINDI G.M., *La direttiva 2008/99/CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano*, in *Dir. comm. Inter.*, 3/2010

VALENTINI V., *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2012

VENEGONI A., *Considerazione sulla normativa applicabile alle misure investigative intraprese dal pubblico ministero europeo nella proposta di regolamento COM (2013) 534*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 novembre 2013

VENEGONI A., *Prime brevi note sulla proposta di direttiva della Commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale COM(2012)363 (c.d. direttiva PIF)*, in *penalecontemporaneo.it*, 5 settembre 2012

VERRI A., *Contenuto ed effetti (attuali e futuri) della direttiva 2011/93/UE*, in *penalecontemporaneo.it*, 28 marzo 2012

VERRI A., *Il testo approvato dal parlamento europeo della nuova direttiva sugli abusi sessuali contro i minori e la pedopornografia*, in *penalecontemporaneo.it*, 16 novembre 2011

VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta?*, in *penalecontemporaneo.it*, 30 giugno 2014

VIGANÒ F., *Obblighi di adeguamento al diritto UE e "controlimiti": la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014

VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2005

VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 settembre 2011, ora anche in DAMICO M., RANDAZZO B. (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Miano, 2011

VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 settembre 2011

VIZZARDI M., *Sull'“adescamento” di minore tramite social network e il tentativo di atti sessuali con minorenni*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2012

VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2013

WEATHERILL S., *Better competence monitoring*, in *Eur. Law Rev.*, 2005

WEIGEND T., *Verso un diritto penale europeo unitario?*, in *Critica dir.*, 1 2/2011

WHITE S., *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *Eur. Law Rev.*, 31/1, 2006

PRONUNCE GIURISDIZIONALI

Corte di cassazione

Cass. pen., 5 maggio-19 luglio 2006, n. 24994

Cass. pen., SS.UU., 21 gennaio-13 maggio 2010, n. 18288

Cass. civ., 13 luglio 2010, ord. n. 16471

Cass. civ., SS.UU., 11 luglio 2011, n. 15144

Corte costituzionale

16 dicembre 1970, n. 191

27 dicembre 1973, n. 183

8 giugno 1984 n. 170

23 aprile 1985, n. 113

21 maggio 1987, n. 189

18 luglio 2003 n. 253

23 novembre 2006 n. 394

9 luglio 2009 n. 208

4 dicembre 2009 n. 317

22 luglio 2011 n. 236

ord. 22 luglio 2011, n. 240

19 marzo 2012, n. 68

3 maggio 2012 n. 110

18 luglio 2013 n. 210

Corte di giustizia

- *Tribunale*

15 marzo 2006, T-15/02, *BASF AG c. Commissione*

12 dicembre 2007, T-101/05 e riunita, *BASF AG e UCB SA c. Commissione*

6 maggio 2009, T-116/04, *Wieland-Werke AG c. Commissione*

- *Corte*

29 novembre 1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique*

13 luglio 1962, C-19/61, *Mannesmann AG c. Alta Autorità*

12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*

15 luglio 1970, causa 41/69, *ACF Chemiefarma NV c. Commissione*

17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*

14 maggio 1974, C-4/73, *Nold*

4 dicembre 1974, C-41/74, *Van Duyn*

2 Febbraio 1976, causa 50/76, *Amsterdam Bulb B.V. c. Produktschap voor Siergewassen*

20 maggio 1976, C-104/75, *de Peijper*

20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*

29 ottobre 1980, C-139/79

11 novembre 1981, causa 203/80, *Casati*

10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann*

10 luglio 1984, causa 63/83, *Regina c. Kirk*

8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*

21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione c. Grecia*

13 luglio 1990, causa 2/88 IMM, *Zwartveld*

13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing*

27 ottobre 1992, C-240/90, *Repubblica Federale Tedesca c. Commissione*

14 luglio 1994, C-91/92

9 novembre 1995, C-479/93

12 dicembre 1996, C-74/95 e C.129/95, *Procedimenti penali a carico di X*

23 ottobre 1997, C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi (electricity import monopoly)*

9 luglio 1999, causa 186/98

13 aprile 2000, C-292/97

6 dicembre 2001, C-353/99P, *Consiglio c. Hautala*

11 luglio 2002, C-210/00, *Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Hamburg Jonas*

12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Austria*

30 luglio 2003, C-320/03, *Commissione c. Austria*

14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*

14 dicembre 2004, C-210/03, *Swedish Match AB e Swedish Match UK Ltd c. Secretary of State for Health*

Grande Sezione, 3 maggio 2005, C-387/02 e riunite

Grande Sezione, 13 settembre 2005, C 176/03

Grande Sezione, 16 giugno 2005, C 105/03

28 giugno 2005, C-189/02, C-202/02, C-205/02, C-206/02, C-207/02, C-209/02 e C-213/02, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*

22 novembre 2005, C-144/04

10 gennaio 2006, C-344/04, *IATA e ELFAA*

Grande Sezione, 23 ottobre 2007, C 440/05

11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti (Viking)*

18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet (Laval)*

22 maggio 2008, C-266/06, *Evonik Degussa*

Grande Sezione, 3 settembre 2008, C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*

24 settembre 2009, C-125/07P e riunite, *Erste Group Bank AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG e Österreichische Volksbanken AG c. Commissione (Erste)*

22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*

Grande Sezione, 9 novembre 2010, C-92/09 e riunita, *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen (Volker)*

26 febbraio 2013, C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*

26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*

Grande Sezione, 18 luglio 2013, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione e a. c.*

Yassin Abdullah Kadi

Grande Sezione, 15 gennaio 2014, C-173/12, *Association de médiation sociale*

6 marzo 2014, C-206/13, *Siragusa*

Grande Sezione, 8 aprile 2014, C-293/12 e riunite, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a. (Digital Rights)*

8 maggio 2014, C-483/12, *Pelckmas Turnhout NV*

3 luglio 2014, C-129/13 e C-130/13, *Kamino e Datema*

10 luglio 2014, C138/13, *Hernández e a.*

11 settembre 2014, C-112/13, *A. c. B. e a.*

Grande Sezione, 11 novembre 2014, C-333/13, *Dano*

Corte EDU

8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, ricc. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72

26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ric. n. 6538/74

26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, ric. n. 8978/80

24 maggio 1988, *Müller e a. c. Svizzera*, ric. n. 10737/84

22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92

23 settembre 1998, *A. c. Regno Unito*, ric. n. 25599/94

22 marzo 2001, *K.-H. W. c. Germania*, ric. n. 37201/97

22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, ricc. nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98

30 settembre 2004, *Zaprianov c. Bulgaria*, ric. n. 41171/98

30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, ric. n. 45036/98

10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02

23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/01

20 gennaio 2009, *Sud Fondi Srl e a. c. Italia*, ric. n. 75909/01

4 marzo 2014, *Grande Stevens e a. c. Italia*, ricc. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10

20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, ric. n.11828/11

Altre giurisdizioni

Oberwaltungsgericht (Tribunale amministrativo superiore prussiano), 14 giugno 1882

Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale tedesca), 25 febbraio 1975, n. 1/1974

Corte IDU, *Castillo Pàez c. Perù*, 27 novembre 1998

Corte IDU, *Loyaza Tamayo c. Perù*, 27 novembre 1998

Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale tedesca), 30 giugno 2009, n. 2/2008

Corte IDU, *Barrios Altos c. Perù*, 14 marzo 2011

Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale tedesca), 24 aprile 2013, n. 1215/07

ALTRE FONTI

ASSEMBLÉE NATIONALE FRANÇAISE, *Rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée nationale pour l'union européenne, sur les conséquences de l'Arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005 sur les compétences pénales de la Communauté européenne*, 25 gennaio 2006.

HOUSE OF LORDS, *European Union Committee 42nd Report of Session 2005-06 "The Criminal Law Competence of the European Community"*, il 28 luglio 2006

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, Dipartimento per gli Affari di Giustizia, Direzione Generale della Giustizia Penale, Ufficio I – Affari Legislativi, Internazionali e Grazie, *Documento sintetico sullo Stato di attuazione degli Strumenti dell'Unione europea, disponibile (aggiornato al 6 aprile 2013)*, <http://www.cdpe.it/wordpress/quadro-giuridico-di-riferimento>

PARLAMENTO EUROPEO, *Note sintetiche sull'Unione europea. Il Parlamento europeo: modalità di elezione*, http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/it/displayFtu.html?ftuid=FTU_1.3.4.html

COMMISSION OF EUROPEAN COMMUNITIES, *The legal Protection of the Financial Interest of the Community; Progress and prospects since the Brussel seminar of 1989*, Dublin, 1994

COMMISSION OF EUROPEAN UNION, *Final Report «Study on criminal sanction legislation and practice in representative Member States»*, novembre 2013

RINGRAZIAMENTI

Concludere un percorso di alta formazione universitaria è opera appassionante, ardua, faticosa e appagante.

La maturazione scientifica cui esso conduce non fa altro che rivelare quanti immensi spazi di esplorazione si palesino davanti allo studioso, che cerca e ri-cerca, ponendosi domande che divengono risposte che divengono altre domande, in un ciclo senza apparente fine.

Pensare di trovarsi soli di fronte a tali spazi è una pura illusione, da rifuggire, se non altro perché foriera di ingratitudine.

L'attività scientifica consente infatti il difficilmente ripetibile piacere di percorrere un tratto di quell'infinito percorso di ricerca sul quale si sono cimentati, si cimentano e si cimenteranno decine e decine, centinaia di studiosi: la loro spesso autorevole compagnia, resa possibile (per i più) dalla lettura delle loro opere e (per pochi) dal quotidiano confronto dialogico, è risorsa e sollievo, essenziale per non perdersi nel cammino. A tali compagni di viaggio va perciò la mia gratitudine per gli stimoli, spesso involontariamente offertimi e che probabilmente ho saputo raccogliere solo in minima parte.

Tra essi un pensiero, che è anche essenzialmente affettuoso, va ai colleghi del dipartimento di scienze penalistiche "Cesare Beccaria" dell'Università statale di Milano, docenti, ricercatori, assegnisti, dottorandi, giovani laureati, studenti, personale.

In particolare, e il ringraziamento non è di circostanza, la mia gratitudine va al prof. Francesco Viganò per la passione, la simpatia, gli stimoli, la fiducia e la (immeritata) stima che ha profuso nei miei confronti.

Un pensiero, anch'esso nient'affatto di circostanza, va alla memoria del prof. Giorgio Marinucci, che ha rappresentato insostituibile guida, prima nello scritto e poi nella parola, per una parte fondamentale del mio percorso formativo.

L'attività scientifica è tuttavia anche e soprattutto attività umana, e come tale si inserisce nelle dinamiche proprie dell'esistenza e delle relazioni, condizionandole e spesso mettendole seriamente alla prova.

È allora che il mio grazie, primo e sentito, va ai miei genitori, Carmelo e Marzia, per aver sostenuto e supportato, con un appoggio quotidiano, spesso silenzioso, questo mio percorso come tutti i precedenti. La gratitudine per ciò è davvero incommensurabile.

Ringrazio poi tante persone, amici e colleghi, che hanno dedicato un pensiero, un aiuto materiale, uno stimolo morale, al percorso che oggi si conclude. Sono tante e provare a enumerarle, benché fonte sicura di ingiustizie, è al contempo dovere e piacere: ringrazio quindi, per il loro sostegno inconsapevole, Giulio, Martina e Ilaria, e per quello consapevole e carico di affetto, Veronica, Adriano, Stefania, Arianna, Daniela, Francesco, Alberto, Federica, Stefano, Lucia, Alessandra, Michela, Lisa, Aurora, Luca, Alessia, Tiziana, Martina, e tanti tanti altri amici e colleghi.

Un grazie speciale va ad Antonio, per il supporto, la tolleranza, la pazienza, il sostegno, la colleganza, la grande prova di amicizia.

Da ultimo, il ringraziamento più importante, a Mariacristina, senza la quale questo lavoro non avrebbe in alcun modo potuto vedere la luce: grazie per il genuino affetto, l'allegro sostegno, l'intensa dedizione, i dolci sguardi e l'immensa pazienza, a prefigurare l'Amore che ogni percorso umano guida e determina, ricomprendendo sotto un unico Sguardo persone, cose, idee e progetti, comunque sia.