

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

diretta da
GIUSEPPE ZUCCALÀ

A. ALESSANDRI, P. BERNASCONI *Lugano*, C. BERTEL *Innsbruck*,
G. CASAROLI, I. CARACCIOLI, P. CONTE *Bordeaux*, M. DELMAS-MARTY *Parigi*, A. FIORELLA,
G.M. FLICK, G. FLORA, F. HÖPFEL, A. LANZI, V. MILITELLO, C.E. PALIERO, A. PAGLIARO,
P. PATRONO, S. PROSDOCIMI, G. SCHIAVANO, K. TIEDEMANN *Friburgo I. Br.*

CEDAM

CONTIENE
INDICI
DELL'ANNATA

LICIA SIRACUSA

ricercatrice di diritto penale nell'Università di Palermo

IL TRANSITO DEL DIRITTO PENALE DI FONTE EUROPEA
DALLA «VECCHIA» ALLA «NUOVA» UNIONE POST-LISBONA
Considerazioni a partire dalla nuova direttiva in materia
di inquinamento cagionato da navi

SOMMARIO: 1. L'occasione e le questioni connesse. - 2. La genesi della direttiva sulla repressione penale dell'inquinamento provocato da navi. - 3. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: la nuova competenza penale dell'Unione europea ed i principi fondamentali del diritto penale. - 4. La sussidiarietà come meta-principio dell'intervento europeo in materia penale. - 4.1. Il controllo di sussidiarietà penale nell'ordinamento dell'Unione. - 5. Il principio di riserva di legge e i «controlimiti» dell'ordinamento interno. - 5.1. Le *questioni pregiudiziali* azionabili dinanzi alla Corte di Giustizia e la disapplicazione delle norme interne: scenari futuri. - 5.2. «*Illegittimità europea*» ed «*illegittimità costituzionale*»: una relazione complessa. - 6. Il principio di coerenza e la potestà normativa penale dell'Unione in materia di sanzioni: autentiche regole o meri *standard*? - 7. Le competenze penali «mascherate». - 8. La sorte degli atti normativi a contenuto penale emanati prima dell'entrata in vigore del nuovo Trattato. - 8.1. ... e la sorte della direttiva sull'inquinamento provocato da navi.

1. – Il 21 ottobre 2009 l'Unione europea ha modificato la direttiva 2005/35 sull'inquinamento provocato da navi, introducendovi specifiche disposizioni per la configurazione come illeciti penali degli scarichi inquinanti realizzati in violazione della correlativa disciplina ⁽¹⁾.

Tale atto normativo interviene all'esito di un ricorso per annullamento della decisione-quadro relativa alla repressione penale dell'inquinamento cagionato da navi, proposto dalla Commissione nel 2005 e accolto dalla Corte di Giustizia nel 2007, con una storica sentenza ⁽²⁾ che ha approfondito quanto già stabilito nella non meno importante pronuncia del 13 settembre 2005 in materia di tutela penale dell'ambiente ⁽³⁾, completando così il

⁽¹⁾ Direttiva 2009/123/CE del Parlamento europeo 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, in *GUL* 280/52.

⁽²⁾ CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio, in *GU L* 255/164. Per una descrizione del contenuto della decisione quadro, si rinvia a ZEITLER, *Environmental Criminal Law*, in *International Review of Penal Law*, 2006, 258 s.

⁽³⁾ CGCE 13 settembre 2005, causa C-176/03, Commissione c. Consiglio, con la quale la Corte ha annullato la decisione quadro relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale – adottata dal Consiglio il 27 gennaio 2003 –, affermando che la Comunità, anche se non dispone di una competenza normativa «generale» in materia penale, in base agli artt. 2 e 6 TCE e 174-176 TCE, può adottare provvedimenti finalizzati al ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali in materia di ambiente, ove ciò risulti necessario a garantire piena efficacia al diritto comunitario. Tra i numerosi commenti alla sentenza, si segnalano FAVALE, *La*

travagliato cammino dell'Unione europea verso la definitiva comunitarizzazione delle competenze penali nel settore – specifico, ma di cruciale importanza – della tutela ambientale.

Emanata a distanza di un anno dalla direttiva sulla tutela penale dell'ambiente ⁽⁴⁾, la nuova direttiva chiude pertanto il cerchio della complessa opera interpretativa compiuta negli ultimi anni dalla giurisprudenza europea sulla questione del riparto di competenze in materia penale tra il terzo pilastro dell'Unione ed i pilastri comunitari e si offre come ultimo atto di un faticoso percorso di ampliamento della potestà normativa comunitaria in ambito penale, prima della riorganizzazione istituzionale determinata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ⁽⁵⁾.

Dopo Lisbona, lo scenario di riferimento per le questioni concernenti il diritto penale di fonte europea è in effetti profondamente cambiato rispetto al passato; con esso è mutata anche la natura delle controversie interpretative, ormai svincolate dalla strutturazione in pilastri dell'Unione – definitivamente accantonata –, eppure altrettanto «spinose» quanto alcune delle problematiche affrontate sotto il pregresso quadro istituzionale.

Comunità europea ha il potere di esigere che gli Stati membri impongano sanzioni penali al fine di proteggere l'ambiente, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2006, 480 s.; CONSULICH, «Materia penale» e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo, in questa *Rivista*, 2006, 65 s.; 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 questa *Rivista*, 2006, 899 s.; VIGANÒ, *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione (sempre più) problematica*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 366 s.; ID., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1433 s.; MARCOLINO, *Decisione quadro o direttiva per proteggere l'ambiente attraverso il diritto penale?*, in *Cass. pen.*, 2006, 243 s. Per i commenti di fonte straniera si rinvia, tra gli altri, a CHALMERS, *The Court of Justice and the Third Pillar*, in *European Law Review*, 2005, 773 s.; BORGESBERGER-TROOSTERS, *The end of soft Law Cooperation: the Court's Jurisprudence in Criminal matters*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2006, 343 s.; BÖSE, *Die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft für das Strafrecht Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil vom 13.9.2005*, in *GA*, 2006, 211 ss.; GOETERS, *New Criminal Law Developments in the Community Legal Order*, in *Swedish Institute for European Policy Studies*, 2007, consultabile in www.sieps.se:16080/publ/utredningar/bilagor/2007.1u.pdf, 6-9 s.; nonché 57 s.; FLETCHER, *The European Court of Justice: Carving itself an influential in the EU's Third Pillar*, 2007, consultabile in www.unc.edu/euce/eusa2007/papers/fletcher-m-08i.pdf, 2 s.; PEERS, *The European Community's criminal law competence: the plot thickens*, in *European Law Review*, 2008, 399 s.; RYLAND, *Protection of the Environment through Criminal law: a question of Competence Unabated*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2009, 91 s.; NEAGU, *Entrapment between Two Pillars: The European Court of Justice Rulings in Criminal law*, in *European Law Journal*, 2009, 536 s.

⁽⁴⁾ Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente, in *GU L 328/28*.

⁽⁵⁾ Avvenuta il 1° dicembre 2009.

Nella prospettiva del nuovo assetto, appare dunque doveroso interrogarsi sul «destino» che sarà riservato alla direttiva in commento come ad altri atti legislativi di analoga portata già emanati dall'Unione, nonché sulle eventuali difficoltà esegetiche che potranno derivare dalla nuova disciplina delle competenze europee con riferimento al diritto penale.

Sebbene in tale ambito soltanto il *diritto in azione* saprà fornire risposte decisive alla gran parte degli interrogativi sul futuro, tuttavia, nel momento del passaggio dal vecchio al nuovo, non ci si può esimere dal considerare la varietà dei percorsi praticabili, soprattutto sul versante degli strumenti da utilizzare per preservare il bagaglio di principi e di nozioni formatosi sotto la vigenza dei precedenti trattati, garantendone, ove possibile, un traghettamento indolore nel nuovo quadro istituzionale, così come delineato nella versione definitiva del testo di riforma.

In particolare, tra i più significativi nodi tematici che occorrerà dipanare, ve ne sono alcuni di importanza cruciale per lo sviluppo futuro del diritto penale di fonte europea:

1) vi è il rischio che la nuova potestà normativa penale entri in conflitto con i principi fondamentali del diritto penale, siano essi appartenenti alle tradizioni giuridiche dei singoli Stati o di stretta derivazione comunitaria?

2) sono rinvenibili nel Trattato norme che estendono la competenza penale dell'Unione oltre i limiti prescritti dalle disposizioni in materia di cooperazione penale?

3) quale sarà la sorte delle decisioni quadro emanate prima della riforma?

Si tratta di temi complessi, che dimostrano come la recente ristrutturazione europea non abbia cancellato in maniera definitiva ogni profilo critico riconducibile sotto la generica etichetta di «*diritto penale europeo*»⁽⁶⁾, nonostante da essa sia scaturita un'importante spinta propulsiva verso l'europeizzazione di taluni ambiti dei sistemi penali nazionali.

2. – Prima di sviluppare i quesiti poc'anzi segnalati, è tuttavia necessario tirare le fila degli avvenimenti che hanno condotto all'adozione della direttiva sull'inquinamento provocato da navi, in modo da raccordare il «vecchio» al «nuovo» nella descrizione del transito del diritto penale di fonte europea dall'Unione pre-Lisbona all'Unione post-Lisbona.

⁽⁶⁾ Come evidenziato da HERLIN-KARNELL, *The Treaty of Lisbon and the Criminal law: Anything New Under the Sun?*, in *European Journal Law Reform*, 2008, 332.

a) *la sentenza CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05;*

La direttiva da cui si è preso spunto per queste brevi osservazioni è stata adottata dalle istituzioni comunitarie a seguito dell'annullamento della corrispondente decisione-quadro, disposto dalla Corte di Giustizia nel 2007.

In quell'occasione, i giudici del Lussemburgo erano stati chiamati a pronunciarsi sulla corretta base giuridica di un atto europeo che vincolasse gli Stati membri a reprimere con lo strumento penale l'eventuale inosservanza della normativa a tutela delle acque da scarichi nocivi compiuti nell'ambito del trasporto marittimo (7).

Accogliendo le doglianze della Commissione riguardo alla necessità di ricorrere allo strumento della direttiva piuttosto che alla decisione-quadro, la Corte europea aveva affermato che l'art. 80 n. 2 TCE rappresentasse il fondamento giuridico per l'attuazione della politica comunitaria in materia di trasporti marittimi, anche laddove questa interferisse con i diritti penali nazionali. Ad opinione dei giudici, la disposizione in questione non prevedeva infatti alcuna specifica limitazione sulla natura delle norme emanabili in materia di sicurezza dei trasporti marittimi, tenuto conto che essa consentiva la predisposizione di tutte le misure necessarie attraverso provvedimenti comunitari, in conformità all'art. 71, n. 1, TCE.

Una volta riconosciuta l'appartenenza della materia dei trasporti via mare ai pilastri comunitari, la Corte di Giustizia aveva inoltre precisato che qualunque atto legislativo finalizzato ad armonizzare le normative penali nazionali con riferimento all'inquinamento provocato da navi avrebbe dovuto trovare la propria corretta base giuridica non soltanto nell'art. 80, n. 2, TCE, bensì anche nelle disposizioni del Trattato che attribuivano alla Comunità la competenza ad agire a protezione dell'ambiente, dato il collegamento trasversale ravvisabile tra la materia della sicurezza dei trasporti marittimi sotto il profilo della tutela delle acque dall'inquinamento e la politica comunitaria nel settore ambientale (8).

La sentenza pertanto, pur non statuendo circa la sussistenza di una «competenza penale generale» della Comunità, nondimeno, aveva contribuito a gettare le basi per un futuro ampliamento delle materie per le quali la

(7) Per una descrizione dei motivi del ricorso per annullamento presentato dalla Commissione, SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *Ship-Source Marine Pollution: The ECJ Judgements and their Impact on Criminal Law*, in *European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice* (E.J. Crime, Crim Law and Crim. Justice), 2009, 338 s. Sul punto sia consentito rinviare anche a SIRACUSA, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo «tas-sello» della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 247 s.

(8) Punti 60, 61, 62, 63, 66, sentenza CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*.

Comunità avrebbe potuto ritenersi legittimata ad esercitare una potestà normativa penale.

La messa in risalto del collegamento tra la materia della sicurezza dei trasporti navali e la tutela dell'ambiente aveva in effetti evocato un criterio di «trasversalità» degli obiettivi che si intendevano perseguire attraverso l'armonizzazione delle misure penali, in relazione alle politiche di volta in volta coinvolte nell'azione della Comunità, in tal modo implicitamente riconoscendo la possibilità di emanare direttive a contenuto penale, ogni qual volta gli scopi da esse perseguiti fossero stati riconducibili ad uno degli obiettivi essenziali della Comunità ⁽⁹⁾.

Non a caso infatti, all'indomani della pronuncia, da più parti si era evidenziato come il principio della «trasversalità» o «orizzontalità» del bene oggetto di tutela assurgesse a divenire uno dei criteri di riferimento per valutare l'opportunità e la legittimità dell'impiego a livello comunitario di norme armonizzatrici delle disposizioni penali nazionali ⁽¹⁰⁾.

Al contempo però, la decisione aveva indicato precisi «limiti» contenutistici della funzione normativa comunitaria in ambito penale, finalizzati a fungere da contrappesi nei confronti dell'input verso un poderoso allargamento del catalogo dei beni o della tipologia di fenomeni criminali suscettibili di subire un ravvicinamento legislativo per mezzo di direttive, che proveniva dal criterio della trasversalità.

L'esercizio della potestà comunitaria in funzione armonizzatrice delle fattispecie penali non avrebbe dovuto oltrepassare:

1) il limite dell'«*indispensabilità*» del ricorso allo strumento penale per le materie comunitarie non di rilevanza primaria; e della «*necessità*» per le materie comunitarie di rilevanza primaria;

2) il *divieto* per la Comunità di *prescrivere direttamente tipologia e misura delle sanzioni penali*, in ossequio al principio di legalità nazionale ed ai principi comunitari di proporzione e sussidiarietà.

Come è evidente, il primo limite stabiliva i «confini» da rispettare nella selezione delle materie per le quali fosse ammesso il ricorso a direttive a

⁽⁹⁾ Come evidenziato in vari commenti alla decisione, BORGERS- KOOIJMANS, *The Scope of the Community's Competence in the Field of Criminal law*, in E.J. *Crime, Crim. Law and Crim. Justice*, 2008, 388 s., SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *Ship-Source Marine Pollution: The ECJ Judgements and their Impact on Criminal Law*, cit., 348.

⁽¹⁰⁾ FROMM, EuGH, *Urt. v. 23.10.2007-C-440/05 Rahmenbeschluss 2005/667/JI des Rates vom 12.7.2005 zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe ist nichtig*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2008, 168; BORGERS, KOOIJMANS, *The Scope of the Community's Competence in the Field of Criminal law*, cit., 388 e 389.

contenuto penale. Il secondo limite manteneva ferma una certa discrezionalità degli Stati nella scelta della specie e della misura della pena, affinché, una volta stabilito a livello europeo l'obbligo del ricorso allo *standard* penale di tutela, l'armonizzazione degli ordinamenti si realizzasse nel rispetto della peculiarità dei sistemi penali sanzionatori dei singoli Stati.

A contenere la capacità espansiva del criterio della trasversalità intervenivano pertanto per un verso, il vincolo della *necessità* o *indispensabilità* del ricorso allo strumento penale in rapporto all'esigenza – di volta in volta emergente – di assicurare effettività alle politiche comunitarie e per altro verso, il divieto di definire mediante lo strumento della direttiva la natura e la misura delle pene.

Senonché, era chiaro che potessero nutrirsi seri dubbi sull'effettiva idoneità dei criteri proposti a frenare in modo efficace una possibile proliferazione di direttive a contenuto penale, riguardanti settori delle politiche comunitarie diversi dalla materia ambientale⁽¹¹⁾.

Quanto al criterio della «trasversalità» degli obiettivi, esso appariva ambiguo e poco stabile e poteva in concreto produrre spinte niente affatto contenitive della diffusione di atti normativi europei impositivi di obblighi penalistici di incriminazione a carico degli ordinamenti nazionali, tenuto conto che un collegamento «trasversale» tra gli obiettivi delle politiche comunitarie per così dire «secondarie» e gli obiettivi delle politiche «essenziali o primarie» era sempre rintracciabile, al punto tale da rendere effimera qualunque operazione di selezione della categoria di beni suscettibili di tutela penale a livello europeo.

Quanto all'*indispensabilità* della sanzione penale, si trattava di un criterio che rischiava di rivelarsi altrettanto inefficace sul piano applicativo⁽¹²⁾.

In apparenza, esso richiamava il postulato del diritto penale come *extrema ratio*, circoscrivendone il raggio di azione alla prevenzione e repressione dei danni gravi e subordinandone l'intervento all'esigenza di garantire un'efficace attuazione delle politiche comunitarie, in assenza di altre misure normative adeguate a tale scopo. In concreto però, la vaghezza e la forte connotazione discrezionale del criterio ne rendevano possibile l'adattamento a qualunque iniziativa legislativa, in relazione alle esigenze del momento, con conseguente perdita di ogni capacità selettiva⁽¹³⁾.

(11) Si leggano, tra gli altri, PÉREZ DEL VALLE, *Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad*, in *InDret*, 2008, 17 s., consultabile, in http://www.indret.com/pdf/577_es.pdf; SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *Ship-Source Marine Pollution: The ECJ Judgements and their Impact on Criminal Law*, cit., 345 s.

(12) ZÖLLER, *Europäische Strafgesetzgebung*, in *ZIS*, 2009, 347 s.

(13) Sulla vaghezza del criterio della sussidiarietà, correlato al principio di effettività delle

La vocazione «funzionalista» tradizionalmente propria dell'azione comunitaria, trasferita in ambito penale, poteva infatti aprire il varco ad una potenziale «ipertrofia» normativa di matrice europea, tenuto conto che ogni valutazione sulla necessità della pena inevitabilmente implica giudizi ed opzioni di politica criminale i quali per loro stessa natura difficilmente possono fungere da parametri formali, idonei a guidare nella selezione dei beni giuridici da tutelare⁽¹⁴⁾.

Era evidente che le *lineeguida* tracciate dalla Corte di giustizia non mettevano al riparo dal rischio di abusi⁽¹⁵⁾, nella misura in cui rimandavano a considerazioni di politica criminale, non soltanto difficilmente controllabili secondo parametri di stringente razionalità, ma anche empiricamente non verificabili⁽¹⁶⁾.

politiche comunitarie, di recente HERLIN-KARNELL, *Subsidiarity in the Area of EU Justice and Home Affairs Law - A lost cause?*, in *European Law Journal*, 2009, 353 s.

In generale, sui rischi connessi ad un'eccessiva crescita dei diritti penali nazionali per effetto dell'azione comunitaria, DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 141 s.; in senso conforme, HEFENDEHL, *Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?*, in *ZIS*, 2006, 232.

⁽¹⁴⁾ In senso parzialmente contrario, RYLAND, *Protection of the Environment through Criminal law: a question of Competence Unabated?*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2009, 108 invitava a considerare come non fosse rinvenibile alcun automatismo tra la sentenza della Corte ed una probabile espansione delle direttive a contenuto penale verso settori diversi da quello ambientale, sia perché i giudici del Lussemburgo non erano specificamente competenti a dettare regole di carattere generale circa l'ampliamento della potestà normativa penale della Comunità, sia perché il parametro della necessità/indispensabilità del ricorso allo strumento penale andava comunque valutato caso per caso, con riferimento a ciascuna delle proposte di volta in volta giunte al vaglio di Commissione e Consiglio.

In termini analoghi si esprimeva, PEERS, *The European Community's criminal law competence: the plot thickens*, cit., 409, laddove osservava che la sentenza CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05 lasciava del tutto aperta la questione della possibile estensione della competenza penale della Comunità a settori non collegati alla tutela dell'ambiente. Sul punto si legga anche quanto affermato dal Prof. Peers, nel *Report* della House of Lords «*The Treaty of Lisbon: an impact assessment*», 2007-2008, 148, punto 6.183.

⁽¹⁵⁾ Analogamente, tra gli altri, ABBADESSA, *Dal «diritto penale comunitario» al diritto penale della nuova Unione europea: problematiche dell'interregno*, in questa *Rivista*, 2009, 480 s., il quale tuttavia rileva come il fondamento giuridico adeguato a servire da «ombrello» per la legittimazione della gran parte degli interventi normativi dell'Unione in ambito penale sia da rintracciarsi non tanto nel collegamento trasversale dei beni giuridici da tutelare con le politiche fondamentali, quanto nella competenza – attribuita dall'art. 95 TCE – alle Istituzioni comunitarie di adottare ogni misura atta a favorire l'instaurazione ed il buon funzionamento del mercato interno. Ad opinione dell'Autore, l'obiettivo di salvaguardare il mercato interno – tradizionalmente al centro dell'azione politica europea – con buona probabilità indurrà l'Europa ad esercitare la propria competenza penale prevalentemente nel settore dei reati economici e del diritto penale dell'impresa.

⁽¹⁶⁾ Sul tema, DONINI-PAVARINI, *Silete poenologi in munere alieno!*, in PAVARINI (cur.), *Silete poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Bologna, 2006, 11 s.

b) *le alternative al vaglio delle istituzioni comunitarie dopo la sentenza CGCE 23 ottobre 2007, causa C-440/05;*

Tra le varie incertezze sollevate dalla sentenza sull'inquinamento provocato da navi – e concernenti soprattutto un'eventuale legittimazione della potestà legislativa penale della Comunità anche con riferimento a settori diversi dalla materia ambientale –, l'unico punto fermo riguardava la facoltà di emanare direttive a contenuto penale per la protezione dell'interesse ambientale; persino nei casi in cui tale interesse avesse un rilievo trasversale, quale obiettivo collegato ad un atto normativo formalmente rientrante nell'ambito di una politica comunitaria differente dalla politica ambientale, come nell'ipotesi specifica dei danni ecologici generati dai trasporti marittimi.

Su tale profilo i giudici europei avevano fugato ogni perplessità, superando anche i margini di contrasto che si erano profilati dopo la storica sentenza del 13 settembre 2005, con riguardo al potere della Comunità di definire non soltanto i requisiti minimi degli illeciti, ma altresì la misura e la tipologia di sanzioni penali. Il secondo pronunciamento della Corte di Giustizia aveva infatti esplicitamente negato che la potestà armonizzatrice esercitata per il tramite di direttive potesse spingersi sino a prevedere *quantum* e *species* delle pene.

Senza dubbio, gli interventi della giurisprudenza europea avevano spianato la strada per la definitiva approvazione tanto della direttiva sugli illeciti penali ambientali, quanto della direttiva sulla repressione penale dell'inquinamento prodotto da navi. Nondimeno, permanevano ancora dubbi sul modo in cui le istituzioni europee avrebbero interpretato il divieto di stabilire tipologia e misura delle sanzioni penali mediante direttive.

In effetti, il vincolo imposto dai giudici sotto tale profilo riguardava esclusivamente lo strumento delle direttive e non si estendeva alle decisioni quadro; sicché, poteva apparire percorribile la strada dell'adozione di un doppio testo normativo: la direttiva, per la descrizione dei comportamenti punibili; la decisione quadro, per l'indicazione dei requisiti minimi delle pene⁽¹⁷⁾.

Da un canto, una soluzione di questo tipo avrebbe reso più efficace l'ar-

Con specifico riferimento alla pronuncia della Corte europea, 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, *Lezioni di diritto penale europeo*, 2007, 317 s. osserva che in termini di adeguata considerazione dell'efficacia e dell'effettività della risposta penale, il principio dell'indispensabilità della sanzione penale esigerebbe valutazioni ulteriori oltre a quelle connesse al principio di proporzione.

⁽¹⁷⁾ Come segnalato da NEAGU, *Entrapment between Two Pillars: The European Court of Justice Rulings in Criminal law*, cit., 548 e 549.

monizzazione dei sistemi penali a tutela dell'ambiente, contribuendo a smussare i dislivelli rinvenibili tra gli ordinamenti nazionali, anche sul versante della misura delle pene o delle risposte *lato sensu* punitive previste per gli illeciti ambientali. Si sarebbe in tal modo instaurata una qualche correlazione tra armonizzazione dei reati ed armonizzazione delle sanzioni, nonostante il divieto affermato dai giudici del Lussemburgo, e malgrado la maggiore «debolezza» del vincolo di ravvicinamento imposto per il tramite di atti del terzo pilastro rendesse meno efficace e più incerta l'effettiva implementazione delle prescrizioni europee sotto il profilo della uniformità delle sanzioni ⁽¹⁸⁾.

D'altro canto però, il passaggio dal primo al terzo pilastro per la definizione di *species* e *quantum* delle pene collegate a comportamenti illeciti descritti in una direttiva sarebbe entrato in stridente contraddizione sia con quanto statuito dalla Corte di Giustizia in merito alla corretta base giuridica (primo pilastro) per la previsione di obblighi di incriminazione in materia di ambiente, sia con la formulazione dei trattati all'epoca vigenti, che circoscrivevano il potere di adottare decisioni quadro alle materie tassativamente elencate dagli artt. 29 e 31 lett. e) TUE, vale a dire criminalità organizzata, terrorismo, traffico di stupefacenti.

Di conseguenza, in base al quadro normativo in vigore, la scelta del «doppio testo» sotto il profilo formale, sarebbe apparsa priva di qualunque fondamento giuridico; dal punto di vista dell'opportunità politica invece, avrebbe rappresentato un vero e proprio passo indietro rispetto al «progresso» realizzato dalla giurisprudenza europea in direzione della comuni-

⁽¹⁸⁾ All'indomani della sentenza della Corte di Giustizia per il caso dell'inquinamento provocato da navi, era stato espresso un certo rammarico riguardo l'efficacia depotenziata di un intervento europeo in funzione armonizzatrice delle disposizioni penali che concernesse esclusivamente i requisiti dei comportamenti incriminabili e non le correlative sanzioni, tenuto conto che proprio sotto il profilo delle pene e della certezza/rapidità della risposta punitiva il diritto penale degli Stati membri mostrava un volto più variegato e composito di quello che presentava sul versante delle tecniche di incriminazione utilizzate. Sul tema, sia consentito rinviare a SIRACUSA, *La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la Direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, in questa *Rivista*, 2008, 883 s. Condivide tale perplessità anche, NEAGU, *Entrapment between Two Pillars: The European Court of Justice Rulings in Criminal law*, cit., 548.

Più in generale, sulla questione degli ostacoli che potrebbero indebolire l'efficacia di un'armonizzazione penale circoscritta ai reati e non estesa alle pene, nonché sul problema degli impedimenti all'implementazione di direttive penali in materia di ambiente dovuti ai differenti meccanismi procedurali degli Stati membri nel settore degli illeciti ambientali, si legga PEREIRA, *Environmental Criminal law in the First Pillar: a positive Development for Environmental Protection in the European Union?*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2007, 266 s.

tarizzazione della potestà legislativa penale dell'Unione, almeno con riguardo al settore ambientale ⁽¹⁹⁾.

Non stupisce pertanto che l'Europa abbia preferito intraprendere la strada del testo normativo unico mediante l'adozione, prima della direttiva sulla tutela penale dell'ambiente, ed in seguito della direttiva sulla repressione penale dell'inquinamento provocato da navi, accantonando definitivamente l'opzione di ricorrere alle decisioni-quadro per la descrizione di misura e tipologia delle sanzioni penali.

Le due direttive disciplinano infatti esclusivamente i requisiti minimi delle condotte punibili, affidando agli Stati la facoltà di scegliere pene efficaci, proporzionate e dissuasive, in relazione alla gravità degli illeciti ⁽²⁰⁾.

Un siffatto esito, del resto, era ampiamente prevedibile non soltanto alla luce dell'assenza di qualunque base giuridica nel terzo pilastro per l'emanazione di testi collegati a direttive penali approvate nell'ambito del primo pilastro, ma anche perché il conseguimento in tempi rapidi di un'intesa tra Commissione e Consiglio – all'indomani delle due storiche pronunce dei giudici del Lussemburgo – costituiva di per sé un risultato insperato, in un momento contrassegnato per un verso, da notevoli divergenze di vedute tra gli organi comunitari sul riparto di competenze e per altro verso, dalla manifesta resistenza di alcuni Stati membri ad accettare il passaggio dal vecchio al nuovo assetto istituzionale, con la definitiva ratifica del Trattato di Lisbona ⁽²¹⁾.

In un contesto tanto complicato quanto quello che precedeva la riforma dei Trattati, come non ci si poteva attendere dalla Corte di Giustizia più di quanto essa non fosse riuscita a fare in direzione di un rafforzamento delle

⁽¹⁹⁾ Favorevole alla soluzione del «doppio testo», nonostante il contrasto con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia, NEAGU, *Entrapment between Two Pillars: The European Court of Justice Rulings in Criminal law*, cit., 549 s.

⁽²⁰⁾ Analogamente, la direttiva 2009/52 del 18 giugno 2009 che introduce norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti dei datori di lavoro che impieghino immigrati irregolari si limita ad indicare i requisiti minimi dei reati e rimette alla discrezionalità degli Stati ogni scelta sulla tipologia e sulla misura delle pene applicabili.

⁽²¹⁾ Dopo la decisione 13 settembre 2005, talune riserve sulla possibilità che Commissione e Consiglio avrebbero trovato in tempi brevi un punto di accordo a favore dell'adozione in via definitiva di direttive a contenuto penale erano state espresse, tra gli altri, dalla House of Lords inglese nel Report: «*The Criminal Law Competence of the European Community*», 42nd Report (2005-2006), HL 227, in *www.publications.Parliament.uk/pa/ld/200506/ldselect/ideu-com/227/227.pdf*, trad. it., in questa *Rivista*, 2007, 242.

Non a caso infatti, un attento studioso della materia aveva evidenziato come uno sblocco definitivo della questione delle competenze penali UE si sarebbe ottenuto soltanto con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 123.

competenze europee in ambito penale ⁽²²⁾, allo stesso modo, sarebbe stato azzardato immaginare che gli altri organi dell'Unione europea avrebbero spinto più oltre il processo di armonizzazione dei sistemi penali a tutela dell'ambiente, addirittura sopravanzando i già significativi progressi messi a segno dalla giurisprudenza.

3. – Quanto sin qui illustrato con riguardo agli eventi che hanno condotto all'adozione della direttiva sulla repressione penale dell'inquinamento provocato da navi si può dire appartenga ormai alla «storia», ancorché solo a quella di «ieri».

Come è noto, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha mutato l'assetto istituzionale dell'Unione, apportando innovazioni significative nell'ambito dello «Spazio di libertà sicurezza e giustizia» e del diritto penale sostanziale e procedurale.

A seguito della riorganizzazione strutturale e funzionale dell'Europa, la legislazione penale di fonte europea – che a fatica si era fatta strada sotto la spinta degli encomiabili contributi interpretativi della Corte di Giustizia – dispone di una precisa base giuridica che la sottrae al magma in movimento dei c.d. «poteri impliciti», esercitati in termini esclusivamente funzionalistici ⁽²³⁾.

In particolare, una volta abbandonata la suddivisione delle competenze europee in «pilastri», l'intero settore «giustizia ed affari interni» è passato dalla cooperazione intergovernativa al quadro delle politiche dell'Unione, che opera oramai come unico soggetto giuridico, titolare di tutte le funzioni in precedenza condivise con la Comunità ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Come ammesso anche da parte di chi avrebbe preferito che, nel vigore dei precedenti Trattati, la potestà legislativa europea in materia di ambiente si spingesse sino a consentire l'adozione di direttive concernenti non soltanto i requisiti minimi dei reati, ma anche la *species* ed il *quantum* delle pene, cfr. NEAGU, *Entrapment between Two Pillars: The European Court of Justice Rulings in Criminal law*, cit., 549.

⁽²³⁾ In base alla teoria dei poteri impliciti, la Comunità disporrebbe di poteri non espressamente previsti nei Trattati che di volta in volta si configurano in corrispondenza della necessità di realizzare gli scopi prefissati nelle materie di sua competenza. Sulla dottrina dei poteri impliciti, TIZZANO, *Note in tema di relazioni esterne dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1999, 465 s.; VON BOGDANDY-BAST, *I poteri dell'Unione: una questione di competenza. L'ordine verticale delle competenze e proposte per la sua riforma*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2002, 303 s.

Sulla distinzione tra la «clausola di flessibilità» e la teoria dei poteri impliciti, con specifico riferimento al nuovo Trattato, DRAETTA, *Le competenze dell'Unione Europea nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, 247 s.

⁽²⁴⁾ Lo «Spazio di libertà sicurezza e giustizia» è ora disciplinato al Titolo V del TFUE.

Per una descrizione delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona, CROWE, *The Treaty of*

La modifica non è di poco conto, sol che si consideri come l'abolizione del terzo pilastro abbia comportato anche una profonda innovazione riguardo la tipologia di atti normativi che possono essere adottati per il ravvicinamento delle legislazioni penali. Definitivamente scomparse le decisioni quadro, la direttiva è divenuta l'unico strumento giuridico a disposizione dell'Unione per l'emanazione di norme a contenuto penale. Ciò comporta – come è evidente – un notevole rafforzamento della potestà normativa penale europea, se non altro, almeno sotto il profilo formale della «natura» degli atti legislativi utilizzabili, ora rigidamente vincolanti per gli Stati.

A fronte delle incertezze e degli ostacoli che hanno contrassegnato le «coraggiose» prese di posizione della Corte di Giustizia sulla questione ambientale prima della riforma, l'estensione alla materia penale delle medesime risorse normative in precedenza a disposizione dei soli «pilastri» comunitari rappresenta di per sé una «rivoluzione» epocale per il diritto penale di matrice europea ⁽²⁵⁾.

Per quanto concerne le nuove disposizioni del Trattato in materia di diritto penale, l'art. 83 del TFUE attribuisce all'Unione la competenza ad emanare direttive – adottate in base alla procedura legislativa ordinaria – per la fissazione di regole minime relative alla definizione dei reati e delle correlative sanzioni, in due macro aree:

a) per il contrasto ai fenomeni criminali espressamente elencati al par. 1 dello stesso art. 83 TFUE (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);

b) per i settori che siano stati oggetto di misure di armonizzazione, ove ciò risulti indispensabile al fine di garantire l'efficace attuazione di una politica europea.

La potestà legislativa penale dell'Unione viene dunque disciplinata da un lato, per campo di materia, con specifico riguardo al catalogo di reati previsto nel Trattato; dall'altro lato, in termini funzionalistici, come metodo normativo cui far ricorso in via sussidiaria per assicurare efficacia a settori delle politiche europee che siano stati oggetto di interventi di ravvicinamento delle legislazioni statali.

Lisbon: A revised Legal Framework for the Organisation and Functioning of the European Union, in *ERA Forum*, 2008, 163 s.

⁽²⁵⁾ Come evidenziato, da PICOTTI, *La perspective de reforme des traités européens et la lutte contre la fraude*, in *EUCRIM (The European Criminal Law Association's Forum)*, 2008, 67.

Non vi è chi non si avveda come il primo criterio di attribuzione della competenza in materia di diritto penale sostanziale costituisca un'eredità della precedente cooperazione intergovernativa di cui al terzo pilastro (artt. 29 e 31 TUE). Ma le differenze tra la vecchia e la nuova formulazione possono dirsi significative.

Esse attengono non soltanto alla maggiore efficacia penetrativa degli strumenti normativi a disposizione – per effetto del definitivo abbandono delle decisioni-quadro e del conseguente impiego delle direttive ⁽²⁶⁾ –, bensì anche all'ampliamento della gamma di fenomeni criminali transnazionali per i quali l'Unione gode di una potestà penale «piena», ossia non vincolata al criterio della necessità e dell'efficienza. La lista dei reati di cui al par. 1 dell'art. 83 è infatti molto più estesa di quella contenuta nei vecchi artt. 29 e 31 TUE ⁽²⁷⁾.

Quanto al secondo paragrafo dell'art. 83, esso delinea una potestà penale dell'Unione di tipo funzionalista, incentrata sui criteri della «necessità» e dell'«effetto utile», in completa adesione con gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza del Lussemburgo, sotto la vigenza dei precedenti Trattati.

È di tutta evidenza come tale definizione del quadro giuridico di riferimento per la politica criminale europea ponga nuovamente al centro della riflessione penalistica l'*antica* questione della conformità del diritto penale di fonte sovranazionale con i principi fondamentali tanto dei diritti penali nazionali, quanto dello stesso ordinamento comunitario, poiché all'incremento dell'efficacia penetrativa degli strumenti a disposizione dell'Europa per l'armonizzazione dei diritti penali nazionali non può non corrispondere un altrettanto adeguato rafforzamento dei principi fondamentali della legislazione penale ⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ Per altro adottate con una procedura legislativa analoga alla codecisione e dunque in grado di garantire una sia pur limitata partecipazione del Parlamento alle scelte legislative di Commissione e Consiglio, come messo in luce dall'House of Lords nel Report «*The Criminal Law Competence of the European Community*», cit., 117, la quale non a caso auspica che il Parlamento europeo assuma progressivamente un ruolo più attivo nel processo di formazione delle disposizioni normative penali.

In generale, sulla rilevanza del mutamento intervenuto sotto il profilo della natura degli atti normativi emanabili in materia penale, tra gli altri, da RUBI-CAVAGNA, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2009, 503 s.

⁽²⁷⁾ PICOTTI, *La perspective de réforme des traités européens et la lutte contre la fraude*, cit., 68; BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 39.

⁽²⁸⁾ Come dimostra la recente stesura da parte di alcuni studiosi europei di un *Manifesto sulla politica criminale europea* che in prospettiva di una razionalizzazione della politica crimi-

La gran parte dei criteri-guida che qui vengono in rilievo – legalità, subsidiarietà, *extrema ratio*, proporzione e *favor rei* – comuni alle tradizioni giuridiche degli Stati europei, trovano già riconoscimento – talvolta esplicito, più spesso implicito – nella giurisprudenza delle Corti europee, le quali li hanno variamente declinati ed adattati al contesto dell'Unione ⁽²⁹⁾.

Inoltre, proprio in direzione del consolidamento delle garanzie, in molti casi i principi in questione trovano riscontro nella Carta europea dei diritti fondamentali, e più in generale nella congerie di principi esplicitati nel diritto «scritto» dell'Europa, alla luce dell'equiparazione giuridica tra i Trattati e la CEDU, sancita all'art. 6 del nuovo TUE ⁽³⁰⁾. Il bagaglio di principi e di nozioni comune e condiviso di cui l'Europa già dispone è un patrimonio che ben può costituire solido ancoraggio per stimolare una politica criminale europea verso logiche di *good governance*.

Non di meno, è indubbio che l'aderenza della legislazione penale europea a tali criteri/guida dipende in larga anche dalla natura degli stessi e dalla fonte da cui essi promanano.

L'esperienza sin qui maturata ha dimostrato che sia negli ordinamenti penali nazionali, sia nella tradizione giuridica comunitaria pre/Lisbona i principi fondamentali del diritto penale mostrano un «volto» ed un «peso» differenti, in qualche caso in grado di ostacolarne un pieno riconoscimento a livello sovranazionale. Taluni di essi – si pensi ai principi di proporzione e di *extrema ratio* – sembrano più agevolmente prestarsi ad essere trasfusi in sede europea, anche per la porosità dei rispettivi contenuti e per i confini definitivi inevitabilmente più elastici; altri invece tendono ad affermarsi

nale europea enuclea i principi fondamentali ai quali questa dovrebbe conformarsi, (*Manifesto sulla politica criminale europea. European Criminal Policy Initiative*, redatto da Prof. Dr. Petter Asp, Stockholm University, S Prof. Dr. Nikolaos Bitzilekis, Aristotle University of Thessaloniki, GR Lect. univ. Dr. Sergiu Bogdan, Universitatea Babeş-Bolyai, RO Ass. Prof. Dr. Thomas Elholm, LL.M, University of Southern Denmark, DK Prof. Dr. Luigi Foffani, Università di Modena e Reggio Emilia, I, Prof. Dr. Dan Frände, University of Helsinki, FIN Prof. Dr. Helmut Fuchs, Universität Wien, A Prof. Dr. Maria Kaiafa-Gbandi, Aristotle University of Thessaloniki, GR Prof. Dr. Jocelyne Leblois-Happe, Université de Strasbourg, F Prof. Dr. Adán Nieto Martín, Universidad de Castilla-La Mancha, E Prof. Dr. Cornelius Pritzwitz, M.P.A., Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, D Prof. Dr. Helmut Satzger, Ludwig-Maximilians-Universität München, D Prof. Dr. Elisavet Symeonidou-Kastanidou, Aristotle University of Thessaloniki, GR Ass. Prof. Dr. Ingeborg Zerbes, Universität Wien, A, consultabile in *ZIS*, 2009, 737 s.).

⁽²⁹⁾ Si leggano per tutti ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1994, 553 s.; e con particolare riferimento al principio di legalità, BERNARDI, «*Riserva di legge*» e fonti europee in materia penale, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 2006, 26 s.

⁽³⁰⁾ Come ricordato da BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, cit., 59 e 60, a proposito della coesistenza di principi impliciti/non scritti di derivazione giurisprudenziale e di principi espliciti/scritti, contenuti nella CEDU.

con maggiore fatica, in ragione della loro più netta connotazione formale, con conseguenze di natura costituzionale differenti nei vari Stati – il riferimento è soprattutto alla riserva di legge parlamentare, o al principio di determinatezza, che assumono contenuti differenziati nelle singole tradizioni costituzionali nazionali, al di là del loro riconoscimento di fondo ⁽³¹⁾.

È possibile che la condivisione a livello europeo di principi comuni sia tanto più realizzabile, quanto più elastico ne appaia il contenuto *politico-criminale*. In tal caso infatti, sussistono ampi margini per un adeguamento dei loro contenuti – così come elaborati a livello nazionale – alle peculiarità del contesto europeo, dato che l'obbligo di conformarsi ad essi non comporta necessariamente un mutamento dell'assetto istituzionale definito dai Trattati, né un ripensamento generale del criterio di ripartizione di competenze tra Stati ed Unione, né tanto meno uno stravolgimento dell'equilibrio funzionale – seppur discutibile – trovato a Lisbona tra Commissione, Consiglio e Parlamento europeo.

Ciò in quanto, con riferimento ai corollari del principio di legalità che hanno una dimensione spiccatamente politico-criminale – sussidiarietà, *extrema ratio*, proporzione, coerenza –, il legislatore europeo può superare più agevolmente un vaglio di conformità, ancorché la sua potestà normativa si fondi – come oggi accade – sul criterio della competenza, e non su quello della diretta legittimazione democratica ⁽³²⁾.

Al contrario, l'affermazione del principio di legalità e di altri principi fondamentali a forte connotazione formale – riserva di legge, colpevolezza, *favor rei* – risulta significativamente frenata per un verso, dalle note difficoltà di raggiungere un accordo politico sulla dimensione «autenticamente» democratica e «parlamentare» dell'Unione, e per altro verso, dal differente ruolo che connota tali principi a livello dei singoli ordinamenti nazionali, ove essi talora non ricevono un esplicito riconoscimento formale, o si decli-

⁽³¹⁾ In tal senso, con particolare riferimento al principio di legalità, BERNARDI, «*Riserva di legge e fonti europee in materia penale*, cit., 60 s.; nonché, DE AMICIS, *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *I quaderni europei*, Catania, 2009, 4 s.

⁽³²⁾ Nonostante il Trattato lusitano abbia inteso valorizzare le istanze democratiche alla base dell'organizzazione europea ed abbia nel complesso rafforzato il ruolo del Parlamento nel procedimento di adozione degli atti normativi, si è ancora ben lontani da un modello legislativo di tipo autenticamente parlamentare. Sul tema, DE MARCO, *Elementi di democrazia partecipativa*, in BILANCIA-D'AMICO (cur.), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 39 s.; DRAETTA, *I principi democratici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in VENTURINI-BARIATTI (cur.), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009, 311 s.

nano in forme e modi eterogenei ⁽³³⁾, o ancora – es. colpevolezza – risentono delle impostazioni teoriche proprie di ciascuna tradizione dogmatica.

Una ulteriore osservazione preliminare concerne il dato che taluni principi aventi autonoma rilevanza a livello nazionale, se letti in ambito europeo risultano corollari o manifestazioni specifiche di principi a contenuto più generale. Basti guardare al principio di *extrema ratio*, che in sede europea sembra costituire un sotto-principio del più generale principio di sussidiarietà dell'azione comunitaria ⁽³⁴⁾; o ancora si consideri il principio di proporzione, che proiettato in ambito sovranazionale, diviene un sotto-principio del più generale principio di coerenza ⁽³⁵⁾.

Probabilmente ciò è dovuto al fatto che tra i principi fondamentali del diritto penale europeo ve ne sono alcuni di matrice spiccatamente comunitaria – es. sussidiarietà –, suscettibili di essere arricchiti dall'apporto di altri principi di derivazione eminentemente nazionale – es. *ultima ratio*. Cosicché, a livello europeo, l'insieme dei principi fondamentali alla base del sistema penale appare più variegato e complesso, essendo destinato ad operare a più livelli – in senso verticale (dall'Unione verso gli Stati nazionali e viceversa) ed in senso orizzontale (tra i diversi organismi che partecipano all'adozione delle direttive a contenuto penale).

Fatte tali premesse, sembra opportuno in primo luogo occuparsi del principio della sussidiarietà per poi affrontare la questione concernente sia il rapporto del diritto penale di fonte europea con il principio di legalità e con il principio del *favor rei*, sia il tema della conformità con il principio di coerenza.

⁽³³⁾ BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, cit., 43 s.

⁽³⁴⁾ Il riferimento è qui al principio di sussidiarietà che regola il riparto di competenze tra Ue e Stati membri, considerato concettualmente distinto dalla sussidiarietà propria del diritto penale.

Nell'ambito della vasta letteratura sul principio di sussidiarietà comunitario, si leggano tra gli altri, VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3B del trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1993, 379 s.; TIZZANO, *La competenza dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1997, 229 s.; CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, 164 s.; IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007; BILANCIA, *La ripartizione di competenze tra Unione europea e Stati membri*, in BILANCIA-D'AMICO (cur.), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 111-114.

⁽³⁵⁾ In base alla descrizione fornita nel citato *Manifesto sulla politica criminale europea*, il principio di coerenza opererebbe in senso verticale, come divieto di stabilire limiti minimi di pena massima in grado di determinare un innalzamento delle pene massime comminate a livello nazionale, ed in senso orizzontale, con riferimento al divieto di innalzare i livelli di pena previsti dall'ordinamento europeo per illeciti di analoga gravità.

4. – Come è noto, il principio di sussidiarietà è un principio generale del diritto europeo, destinato a regolare il riparto di competenze tra l'Unione e gli Stati membri ⁽³⁶⁾.

Quando viene riferito al settore penalistico, il nucleo essenziale di tale principio si arricchisce tuttavia di contenuti ulteriori oltre a quelli tradizionali: all'obbligo di valutare la necessità di intervento, alla luce dell'adeguatezza dei mezzi apprestati a livello nazionale per dare efficace attuazione alle politiche comunitarie (*sussidiarietà in senso stretto*), si aggiunge il dovere di calibrare l'iniziativa legislativa in rapporto sia al livello di tutela che si intende garantire al bene o all'interesse di volta in volta preso in considerazione (*sussidiarietà congiunta al criterio di extrema ratio*), sia alle caratteristiche del sistema sanzionatorio dei singoli ordinamenti penali nazionali (*sussidiarietà congiunta al criterio di proporzione e di coerenza*).

Sicché, ove scelga di adottare provvedimenti di armonizzazione dei diritti penali nazionali per dare piena efficacia alle proprie politiche, l'Unione deve anche escludere che sussistano strumenti diversi e meno penetranti del diritto penale per conseguire lo scopo voluto (*ultima ratio*). Una volta stabilita l'imprescindibilità dell'opzione penale, questa va inoltre commisurata all'entità delle lesioni che si intendono prevenire (*proporzione*) e al grado di tutela, nonché di severità delle sanzioni previsti a livello nazionale per offese di analoga natura (*coerenza*).

Il principio di sussidiarietà europea «penale» è pertanto incentrato sul tradizionale criterio dell'*effetto utile*, ma risulta più articolato rispetto alle modulazioni che generalmente presenta, quando incide su settori diversi dell'ordinamento.

In ambito penalistico, la sussidiarietà opera infatti come un principio generale che ingloba in sé anche i giudizi di *extrema ratio*, di proporzione e di coerenza: dunque, un principio fondamentale di rilevanza penalistica che ha una matrice europea e che si arricchisce dell'apporto di principi fondamentali di derivazione spiccatamente nazionale ⁽³⁷⁾.

Sin qui, la descrizione del principio. Resta da verificare se le innovazioni introdotte con il Trattato di Lisbona abbiano creato le basi per favorire a livello europeo lo sviluppo di prassi legislative pienamente conformi ad esso.

La vocazione «funzionalista» tradizionalmente propria dell'azione comunitaria, trasferita in ambito penale, può senza dubbio determinare fenomeni distorsivi rispetto al criterio della sussidiarietà, aprendo il varco ad un

⁽³⁶⁾ Per riferimenti sul principio di sussidiarietà si rinvia alla nota 34.

⁽³⁷⁾ HERLIN-KARNELL, *Subsidiarity in the Area of EU Justice and Home Affairs Law - A lost cause?*, cit., 359 e 360.

potenziale eccesso di pervasività del diritto penale europeo. Ogni valutazione sulla necessità della pena implica infatti giudizi ed opzioni di politica/criminale che per loro stessa natura difficilmente possono fungere da parametri formali, idonei a guidare nella selezione dei beni giuridici da tutelare e nel contenimento della proliferazione di obblighi di incriminazione⁽³⁸⁾.

Per vagliare le prospettive possibili su tale fronte, occorre nondimeno partire dalla distinzione contenuta nel Trattato tra «*competenza penale per materia*» e «*competenza penale di tipo funzionalista*».

La prima forma di competenza è disciplinata al par. 1 dell'art. 83; la *competenza penale di tipo funzionalista*, come è noto, è prevista al secondo paragrafo dello stesso articolo e descrive il diritto penale come un mezzo normativo cui far ricorso in via sussidiaria per assicurare efficacia a settori delle politiche europee che siano già stati oggetto di interventi di ravvicinamento delle legislazioni statali.

Nel caso della *competenza per campo di materia*, sembrerebbe che la sussidiarietà dell'azione europea venga stabilita già a livello ordinamentale, ossia dalle stesse disposizioni del Trattato (si potrebbe pensare ad una *sussidiarietà presunta*).

Tale potestà legislativa può infatti riguardare soltanto talune tipologie di illeciti a dimensione transnazionale, ossia forme di criminalità grave che per l'entità dei danni cagionati, o per le caratteristiche delle condotte meritano un'azione di contrasto su basi comuni.

È evidente come per i fenomeni criminali indicati al par. 1 dell'art. 83, la necessità di prevedere norme minime relative ai reati e alle corrispondenti sanzioni discenda dalla «natura» stessa dei crimini. La «transnazionalità» del reato – almeno con riguardo agli illeciti espressamente elencati nella disposizione – sembrerebbe costituire un contrassegno, un requisito «ontologico» idoneo ad assicurare *a priori* la conformità delle connesse iniziative legislative al principio di sussidiarietà⁽³⁹⁾.

In altri termini, la *competenza penale per campo di materia* può leggersi come un'applicazione diretta del principio di sussidiarietà penale, in quanto tale intrinsecamente conforme al nucleo essenziale del principio, sotto il profilo della necessità di armonizzazione e dell'*extrema ratio*, ed esposta soltanto al giudizio di proporzione e di coerenza, da compiere al momento della predisposizione delle correlative misure normative⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Come di recente evidenziato da PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 272.

⁽³⁹⁾ In tal senso anche, PAONESSA, *op. ult. cit.*, 270.

⁽⁴⁰⁾ Come osserva, SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in BILANCIA-D'AMICO (cur.), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 147 per reati elencati al

Da quanto appena osservato consegue che il rischio di una potenziale deviazione della politica criminale europea dal criterio/guida della sussidiarietà si profila come maggiormente incombente non tanto sul versante appena illustrato, quanto – e soprattutto – nell’ambito della *competenza penale di tipo funzionalista*, ove il legislatore europeo non dispone di una lista di reati predefinita ed è tenuto a compiere una valutazione di «necessità» e di meritevolezza di pena che può prescindere dal requisito della transnazionalità dei crimini (si potrebbe parlare di *sussidiarietà espressa*, per contrapposizione a quella *presunta* di cui sopra).

Il secondo paragrafo dell’art. 83 delinea infatti una potestà penale dell’Unione di tipo funzionalista, incentrata sui criteri della «necessità» e dell’«effetto utile», in completa adesione con gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza del Lussemburgo, sotto la vigenza dei precedenti Trattati.

Non vi sono dunque fondate ragioni per ritenere che in futuro i summenzionati criteri verranno interpretati in termini diversi da quelli già utilizzati dalla Corte di Giustizia nella nota pronuncia sul trasporto marittimo ⁽⁴¹⁾.

Profili di perplessità potrebbero semmai concernere il modo di applicazione degli stessi, ossia le condizioni in presenza delle quali si riterranno integrati entrambi i presupposti che legittimano l’esercizio della potestà normativa in materia penale ⁽⁴²⁾. Su tale versante, permangono in effetti i medesimi rilievi critici già espressi all’indomani della sentenza del 2007 con riguardo al rischio vuoi di un’interpretazione eccessivamente lasca del principio del ricorso allo strumento penale come *ultima ratio*, vuoi della possibilità che si faccia strada una tendenza ad interpretare in termini troppo formalistici il metodo funzionalista, trascurando di soppesare in maniera approfondita il «reale» livello di tutela offerto dagli ordinamenti nazionali al bene giuridico di volta in volta venuto in rilievo – come invece un corretto impiego del metodo richiederebbe.

Non si può negare che l’aver attribuito all’Europa una potestà armonizzatrice estesa alle pene consenta di superare il principale *deficit* che aveva connotato la precedente comunitarizzazione – per via giurisprudenziale – della funzione normativa penale con riferimento al settore ambientale.

Dopo l’adozione della direttiva sui reati di inquinamento, si era in effet-

par. 1 dell’art. 83 il riferimento alla «particolare gravità» lascerebbe supporre che l’intervento europeo debba riguardare settori già sottoposti al presidio penale in ambito nazionale; sicché, con riguardo ad essi il legislatore europeo sarebbe tenuto a valutare non la necessità della pena ma esclusivamente l’esigenza di assicurare un fronte comune di contrasto contro fenomeni a vario titolo già incriminati in sede statale.

⁽⁴¹⁾ Come evidenziato da PEERS, *Eu Criminal law and the Treaty of Lisbon*, in *European Law Review*, 2008, 519. Negli stessi termini, PAONESSA, *op. ult. cit.*, 272.

⁽⁴²⁾ Ancora, PEERS, *op. ult. cit.*, cit., 519.

ti dubitato dell'efficacia di un'azione di ravvicinamento delle legislazioni che riguardasse esclusivamente i requisiti strutturali del fatto tipico e non anche la misura e la specie delle sanzioni, soprattutto quando a venire in rilievo fosse una materia, come quella ambientale, in cui le discrasie più evidenti tra i vari ordinamenti nazionali inerivano proprio l'eterogeneità degli apparati sanzionatori e dei livelli di pena ⁽⁴³⁾.

A seguito della riforma, la possibilità che le direttive delineino per ciascun illecito tanto il tipo, quanto i livelli edittali delle pene non soltanto conferisce effettiva pregnanza agli obblighi di criminalizzazione di fonte europea ⁽⁴⁴⁾, ma per di più li rende pienamente conformi al principio dell'«*effetto utile*» che sta alla base della competenza normativa penale dell'Unione, in quanto attribuisce alle norme penali europee qualcosa di più di una funzione meramente simbolica o di promozione culturale di valori sociali da condividere, connotandole di una vera e propria vocazione preventiva e retributiva, in rapporto alla gravità dei fatti puniti ed alla significatività dei beni protetti ⁽⁴⁵⁾.

Se la funzione delle direttive europee a contenuto penale è di adeguare i livelli di tutela assicurati dai singoli Stati ad un preciso «parametro» prefissato a livello sovranazionale, in ragione della gravità dei fatti puniti (come nel caso degli illeciti transnazionali di cui al par. 1 dell'art. 83) o a fronte della necessità di rafforzare le misure adottate in un settore delle politiche europee (par. 2 dell'art. 83), è agevole riconoscere come l'armonizzazione delle risposte punitive che devono essere approntate dai singoli ordinamenti nazionali costituisca uno strumento indispensabile per dare effettività all'azione di ravvicinamento delle legislazioni penali verso uno *standard* comune di protezione ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴³⁾ Sul tema sia consentito rinviare a SIRACUSA, *La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la Direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, cit., 883 s. In senso conforme, PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 920.

⁽⁴⁴⁾ Sulle ragioni teoriche e pratiche a favore di un'armonizzazione penale estesa alle sanzioni, si legga BERNARDI, *Sull'opportunità di un'armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 2005, 277 s.

⁽⁴⁵⁾ Il rischio che un'azione armonizzatrice non estesa alle sanzioni potesse generare problematiche disfunzionalità nel diritto penale di fonte europea era stato segnalato, tra gli altri, da SICURELLA, «*Eppur si muove!*»: *alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione Europea*, in GRASSO-SICURELLA, *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, 265 s.

⁽⁴⁶⁾ Non a caso infatti, all'indomani della sentenza sull'inquinamento provocato da navi, taluno aveva evidenziato come la decisione quadro, poi annullata dalla Corte, avesse avuto se non altro, perlomeno il merito di definire la tipologia delle pene applicabili sia alle persone fisiche, sia alle persone giuridiche, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Protection Against Environmental Crimes*, in BASSIOUNI-MILITELLO-SATZGER (cur.), *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, Padova, 2008, 225.

Senonché, ogni medaglia ha il proprio rovescio: non si può escludere che in futuro il potenziamento della capacità di incidenza dello strumento normativo europeo sui sistemi nazionali – determinato dalla riconosciuta facoltà di stabilire sanzioni penali tramite direttive – possa fornire agli Stati nuovi spunti di resistenza contro l'implementazione delle disposizioni europee ed in difesa del principio di riserva di legge in materia penale, atteso che quest'ultimo si esprime al massimo livello proprio sul versante della tipizzazione delle sanzioni.

Così come rimane pur sempre in agguato il rischio di un accrescimento del catalogo dei beni per i quali può apparire necessario un intervento normativo di carattere penale dell'Unione, tenuto conto che il par. 2 dell'art. 83 riferisce la competenza penale dell'Europa espressamente alle «politiche» europee, e mai ai «beni» o agli «interessi» di rilievo europeo⁽⁴⁷⁾.

Nondimeno, pare comunque non decisivo il ruolo che la natura dei beni tutelabili potrebbe svolgere in funzione selettiva, per l'ovvia ragione che qualunque bene o interesse può avere una proiezione o una vocazione europea e può essere trasversalmente collegato alle politiche europee, di per sé connotate da un ampio raggio di azione⁽⁴⁸⁾.

La predisposizione di un «catalogo» di beni europei come base di partenza per l'esercizio dell'azione penale si rivelerebbe nei fatti uno strumento inadeguato a contenere il pericolo di fenomeni degenerativi del processo di intersezione e di interferenza tra le scelte del legislatore penale nazionale e le scelte del legislatore penale europeo, poiché vi sarebbe l'esigenza di un aggiornamento costante, in corrispondenza non solo dell'emersione di nuovi beni di autentica rilevanza europea, ma anche della facile trasmigrazione di taluni beni da una dimensione nazionale ad una dimensione sovranazionale⁽⁴⁹⁾.

Sulla necessità di uniformare il «linguaggio» differente che connota gli Stati europei sotto il profilo delle pene, DELMAS-MARTY, *A la recherche d'un langage commun*, in DELMAS-MARTY-GIUDICELLI-DELAGE-LAMBERT (cur), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Paris, 2003, 373.

⁽⁴⁷⁾ La prospettiva di una valorizzazione della funzione limitativa o critica della nozione di bene giuridico, anche nell'ambito di una competenza penale europea di tipo funzionalista è stata di recente ribadita da SICURELLA, «Eppur si muove!»: alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione Europea, cit., 240 s.

⁽⁴⁸⁾ Sono pertanto largamente condivisibili le osservazioni di chi ha espresso qualche perplessità in merito all'idoneità della categoria del bene giuridico a svolgere un'efficace funzione selettiva delle aree di intervento degli obblighi di incriminazione di fonte europea BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit., note 8 e 20.

⁽⁴⁹⁾ Come del resto ammettono gli stessi fautori della tesi di uno stretto ancoraggio alla funzione critica del bene giuridico: cfr. SICURELLA, *op. ult. cit.*, 252 s.

Il rimedio contro un uso improprio dell'azione penale europea va dunque ricercato in un ambito diverso da quello della preliminare selezione dei beni o interessi meritevoli di tutela; in specie, occorre rivolgere lo sguardo verso gli strumenti attualmente messi a disposizione dai Trattati a tale scopo, in un'ottica di pragmatica valorizzazione dell'esistente.

4.1. – Sotto il profilo della verifica di sussidiarietà, non vi è dubbio che l'ordinamento dell'Unione risulti ancora eccessivamente sbilanciato a favore delle Istituzioni europee e poco attento al ruolo fattivo dei Parlamenti nazionali. Tuttavia, non possono sottovalutarsi i margini di azione comunque offerti dal trattato per un vaglio critico delle scelte di incriminazione compiute in sede europea ⁽⁵⁰⁾.

1) Un primo momento di controllo e di verifica nazionale può compiersi in sede di approvazione dell'atto mediante il ricorso all'*emergency brake*, previsto al par. 3 dell'art. 83 TFU.

Tale procedura consente di bloccare il normale *iter* di approvazione di una proposta di direttiva a contenuto penale, qualora si ritenga che essa incida su aspetti fondamentali dell'ordinamento giuridico nazionale. In tal caso, il procedimento legislativo ordinario viene sospeso per quattro mesi. Ove entro tale termine si formi un accordo in seno al Consiglio, la direttiva riprende il suo normale cammino verso l'adozione definitiva. Se invece entro lo stesso termine non si raggiunge un'intesa, su richiesta di almeno nove Stati e previa comunicazione al Parlamento, al Consiglio ed alla Commissione può instaurarsi una cooperazione rafforzata ⁽⁵¹⁾.

Orbene, dal punto di vista dell'equilibrio di poteri tra Stati nazionali ed Unione, il freno di emergenza ha evidentemente la funzione di assicurare ai primi un forte presidio a difesa delle proprie prerogative a fronte dell'avvenuta abrogazione del potere di veto che era concesso nell'ambito della vec-

⁽⁵⁰⁾ L'adozione di un punto di vista che considera gli strumenti attualmente a disposizione per un'azione di contenimento e di razionalizzazione del diritto penale di fonte europea contribuisce a far apparire alquanto irrealistica la prospettiva che il sistema penale europeo possa giungere a condizionare in modo tanto preponderante i diritti penali nazionali da determinare anche effetti di sovvertimento delle radici culturali dell'ordinamento penale statale. Tale rischio è stato di recente evidenziato da PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 295, la quale tuttavia nutre serie riserve circa la possibilità che esso si realizzi in concreto.

⁽⁵¹⁾ Ai sensi dell'art. 329 TFUE, la cooperazione rafforzata è concessa dal Consiglio che delibera all'Unanimità, a seguito di una proposta della Commissione, cui è pervenuta la richiesta da parte degli Stati membri, e previa approvazione del Parlamento.

Per una descrizione della procedura del freno di emergenza, si rinvia a PEERS, *Eu Criminal law and the Treaty of Lisbon*, cit., 522 s.

chia cooperazione intergovernativa ⁽⁵²⁾ –; dal punto di vista «strategico» invece, il ricorso a tale procedura potrebbe rivelarsi uno strumento utile per complicare il procedimento di approvazione di atti normativi ritenuti «scomodi» in quanto troppo «erosivi» della sovranità statale.

Il ricorso al freno è infatti subordinato ad una valutazione di legittimità del testo in adozione che è interamente rimessa alla discrezionalità degli Stati. Questi, dal canto loro, di certo non faticherebbero a rintracciare validi motivi per invocare una presunta violazione dei principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico, quando a venire in rilievo fossero direttive penali. Basti pensare al caso di norme europee che prevedessero l'introduzione di tipologie di sanzioni penali non contemplate in un ordinamento nazionale, o che disponessero obblighi di incriminazione a carico delle persone giuridiche, ancorché a livello nazionale queste risultassero esposte esclusivamente ad una responsabilità di tipo amministrativo; o ancora al caso di direttive penali che stabilissero per i reati commessi dagli enti «specie» di pene differenti per natura ed effetti da quelle previste da talune legislazioni nazionali.

In altri termini, il diverso «*linguaggio*» ⁽⁵³⁾ che gli Stati parlano nel settore delle pene farebbe buon gioco ad eventuali tentativi di frenare l'emanazione di direttive in materia penale.

Nondimeno, per quanto l'impiego della procedura in questione troverebbe in astratto un terreno fertile nei confronti di proposte normative che contenessero regole minime sulla specie e sulla misura delle pene – attesa la molteplicità di diritti e di principi fondamentali sui quali una sanzione penale può incidere in senso restrittivo –, tuttavia, si può ragionevolmente prevedere che gli Stati faranno un utilizzo parco del freno di emergenza.

Alle esigenze di preservazione della propria sovranità in un settore tanto delicato quanto quello della scelta dei livelli e della tipologia di pene, si frapporrebbero infatti ragioni di opportunità politica, che con buona probabilità indurrebbero a ricorrere con parsimonia a tale escamotage, se non altro, almeno per evitare il ripetersi di momenti di frizione nelle relazioni politiche con gli altri Stati membri e con le stesse istituzioni europee ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ Come segnalato nel *Report «The Criminal Law Competence of the European Community»* dell'House of Lords inglese, cit., 119, punto 6.48.

⁽⁵³⁾ L'espressione è di DELMAS-MARTY, *A la recherche d'un langage commun*, cit., 373.

⁽⁵⁴⁾ Come segnalato nel *Report, «The Criminal Law Competence of the European Community»*, cit., 121 e 122 ove si osserva come ragioni di convenienza politica renderanno piuttosto raro, se non addirittura «remoto», il ricorso al freno di emergenza da parte degli Stati membri.

2) Un secondo momento di controllo critico è costituito dall'osservanza del *Protocollo sull'applicazione dei principi di proporzione e di sussidiarietà*, che per ciascuna proposta legislativa europea prevede sia una stretta collaborazione tra le istituzioni europee ed i parlamenti nazionali nella valutazione del rispetto dei principi di sussidiarietà europea e di proporzione⁽⁵⁵⁾, sia un obbligo di adeguata e dettagliata motivazione sulla conformità di ogni atto normativo proposto – e dunque anche delle direttive a contenuto penale – ai principi in questione⁽⁵⁶⁾.

3) Infine, il terzo e forse più significativo livello di controllo è assicurato dalla competenza della Corte di Giustizia a giudicare la compatibilità di ciascuna direttiva con il diritto dei Trattati, sottoponendola, se necessario, ad una verifica di razionalità che nel caso di obblighi di natura penale implica una valutazione di conformità ai principi di sussidiarietà, proporzione e di *ultima ratio*.

Nell'ambito delle rinnovate competenze dei giudici del Lussemburgo, sembra peraltro profilarsi la piena giustiziabilità del principio di sussidiarietà. L'art. 8 del *Protocollo sull'applicazione dei principi di proporzione e di sussidiarietà* prevede infatti che uno Stato membro possa proporre ricorso per violazione del principio, a nome di un Parlamento nazionale o di una camera del Parlamento nazionale⁽⁵⁷⁾.

Ciò determina senza dubbio un rafforzamento delle possibilità di vigilare sulla corretta applicazione del principio⁽⁵⁸⁾, sebbene non possano dirsi

⁽⁵⁵⁾ I parlamenti nazionali sono peraltro chiamati dal Trattato a vigilare sul rispetto dei principi di proporzione e di sussidiarietà con riguardo alle proposte legislative in materia di diritto penale sostanziale e processuale (art. 69 TFUE).

⁽⁵⁶⁾ Si veda *Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, Bruxelles, 5 ottobre 2007 (OR. fr), CIG 2/1/07, REV 1.

Per una descrizione delle modalità di controllo previste dal Protocollo, si legga PAONES-SA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 251 s.

⁽⁵⁷⁾ BILANCIA, *La ripartizione di competenze tra Unione europea e Stati membri*, cit., 114; CASTELLANETA, *Le principali novità determinate dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Notariato*, 2010, 204.

⁽⁵⁸⁾ La particolare «visibilità» attribuita al principio nel trattato lusitano è considerata un importante passo in avanti per lo sviluppo del futuro diritto penale europeo e per il contenimento di eventuali eccessi di criminalizzazione da HERLIN-KARNELL, *The Lisbon Treaty. A critical Analysis of its Impact on EU Criminal law*, in *Eucri*, 2010, 63.

Del resto, il rilievo assunto dal principio a livello istituzionale è confermato dalla centralità che esso ha acquisito anche sul piano programmatico e politico. Come dimostra il fatto che nel *Piano di azione per l'attuazione del Programma di Stoccolma* la Commissione abbia ribadito con forza il proprio impegno a sviluppare una politica criminale conforme ai principi di sussidiarietà e di coerenza, dato il ruolo più incisivo assunto dall'Unione sul versante dall'armonizzazione dei diritti penali nazionali; cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato del-*

definitivamente accantonate le perplessità già espresse in dottrina sulla difficoltà di compiere un approfondito controllo giurisdizionale in materia di sussidiarietà, a causa della dimensione politica del principio e delle complesse indagini tecniche ed empiriche che tale verifica richiede ⁽⁵⁹⁾.

Nel complesso però, l'articolazione *multilivello* degli strumenti di valutazione della coerenza logico/formale e della correttezza tecnica dei testi approvati garantisce un'ampia partecipazione di organi istituzionali nazionali ed europei alla formazione degli atti normativi e di fatto inserisce punti di equilibrio in una procedura nell'insieme contrassegnata da una significativa restrizione della sfera di discrezionalità dei Parlamenti nazionali ⁽⁶⁰⁾.

Tali «contrappesi» non eliminano in radice la possibilità che in alcuni casi ciò che dal punto di vista interno agli ordinamenti nazionali sembri meritevole soltanto di una tutela di tipo amministrativo e non penale, al contrario, possa risultare privo di un'adeguata protezione a livello sovranazionale e giustificare pertanto l'intervento in via sussidiaria di obblighi di incriminazione penale da parte europea ⁽⁶¹⁾.

Senonché, un rischio di questo genere è conseguenza quasi inevitabile della natura valutativa del principio di sussidiarietà e della sua vocazione sostanzialmente *politico/criminale*.

Anche a livello interno, la sussidiarietà stenta infatti ad operare in perfetta conformità ai criteri logico/formali da tempo suggeriti in dottrina, dato che ogni opzione penale reca con sé una cifra «politica» incancellabile.

Per ridurre significativamente i margini di discrezionalità nell'applicazione del principio di sussidiarietà, non resta dunque che fare appello ad un utilizzo il più razionale possibile dello stesso, senza tuttavia pretendere la totale elisione di quei momenti tipicamente valutativi che sono connessi alle scelte di diritto penale.

Sicché, certamente occorre sollecitare l'Unione ad un'attenta valutazione tecnica ed empirica dell'effettivo livello di tutela offerto al bene dagli ordinamenti nazionali, anche richiamando i parametri già sperimentati in am-

le Regioni. *Creare uno spazio di libertà sicurezza e giustizia per i cittadini europei. Piano di azione per l'attuazione del Programma di Stoccolma*, Bruxelles, 30 aprile 2010, 8895/1/10 REV 1, 5.

⁽⁵⁹⁾ Come evidenziato da DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., 160 s. Nella letteratura straniera, WEATHERILL, *Better competence monitoring*, in *European Law Review*, 2005, 23 s.

⁽⁶⁰⁾ In senso conforme, BARLETTA, *Le contrôle de la répartition des compétences en matière pénale: la recherche de l'équilibre institutionnel*, in GIUDICELLI-DELAGE-MANACORDA (cur.), *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, Paris, 2010, 131.

⁽⁶¹⁾ Come ricorda DONINI, *op. ult. cit.*, 163 e 164.

bito nazionale per la distinzione tra illecito penale ed illecito amministrativo ed adattandoli al contesto europeo ⁽⁶²⁾.

A tal fine, un qualche ruolo potrebbe essere svolto da uno stretto ancoraggio della sanzione penale alla funzione di prevenzione generale positiva e negativa. La valorizzazione dei fondamenti teorici della pena servirebbe infatti a contenere eventuali tendenze all'ipercriminalizzazione, in tutti i casi in cui l'efficacia generalpreventiva della risposta sanzionatoria garantita a livello nazionale dal ricorso a misure punitive di tipo amministrativo ⁽⁶³⁾ facesse apparire superflua la predisposizione di obblighi di incriminazione ⁽⁶⁴⁾.

D'altro canto, si può altresì pensare di agganciare l'azione del legislatore europeo non soltanto a criteri di tipo orientativo, dal contenuto indiscutibilmente elastico, ma anche a rigidi vincoli di natura formale; per esempio attraverso l'inserimento nel Trattato del requisito della transnazionalità dei fenomeni criminali da armonizzare, anche per la competenza penale di cui al par. 2 dell'art. 83. La necessità di pena verrebbe così a collegarsi sia all'esigenza di garantire adeguata attuazione alle politiche europee, sia al parametro della dimensione «transnazionale» dei crimini, che fungerebbe da limite nei confronti di scelte di criminalizzazione indiscriminate.

Senza contare, che un forte contenimento dei possibili eccessi potrebbe scaturire anche dalla previsione dell'obbligo di circoscrivere le iniziative normative in materia penale ai soli fatti più gravi e del conseguente divieto di estendere l'attività armonizzatrice agli illeciti penali di minor disvalore;

⁽⁶²⁾ Come è noto, in ambito nazionale i criteri di sussidiarietà e di proporzione costituiscono i fondamentali parametri di riferimento per orientare nella scelta tra illecito penale ed illecito amministrativo. Sul tema, si rinvia agli importanti contributi di PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 952 s.; DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 589 s.; PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio)*, in *Ind. pen.*, 1986, 35 s.

⁽⁶³⁾ Nella dottrina italiana, le più approfondite riflessioni teoriche in materia di illecito punitivo hanno da tempo evidenziato come anche la sanzione amministrativa, al pari di quella penale, svolga una funzione di prevenzione generale. Si leggano, DOLCINI, *op. ult. cit.*, 594 e 595; PALIERO-TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, 413; ID., *La sanzione amministrativa, profili sistematici*, Milano, 1988, 113; PIERGALLINI, *Il decreto legislativo di depenalizzazione dei reati minori n. 507 del 1999: lineamenti, problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1387 s.

⁽⁶⁴⁾ In tal senso, ma con specifico riferimento al riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative nell'ordinamento interno, PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio)*, cit., 45.

in modo da rendere più stringente il collegamento tra il principio di sussidiarietà ed i principi di proporzione e di *extrema ratio* ⁽⁶⁵⁾.

5. – Tra i principi fondamentali del diritto penale che potrebbero venire scalfiti dalla nuova competenza penale dell'Unione un posto centrale è senza dubbio occupato dal principio di riserva di legge statale, che esprime il massimo vigore proprio sul campo della previsione delle pene.

L'attribuzione all'Europa della facoltà di stabilire i requisiti essenziali delle sanzioni penali correlate ai fenomeni criminali oggetto di armonizzazione rischia in effetti di urtare contro la forza di resistenza degli Stati nazionali, saldamente ancorati al criterio logico-formale della legalità della pena.

Su tale versante, la reazione degli ordinamenti nazionali potrebbe attuarsi in due modi:

1) in primo luogo, come con riguardo alla sussidiarietà, anche in tale ambito, sarebbe possibile il ricorso all'*emergency brake* (cui sono però connesse le controindicazioni segnalate al paragrafo precedente);

2) in secondo luogo, per ostacolare la penetrazione di disposizioni del legislatore europeo, si potrebbe scegliere la strada dell'*inattuazione totale* o dell'*inattuazione parziale delle direttive penali*.

L'inattuazione totale della direttiva o l'adeguamento parziale (inteso come implementazione limitata alle prescrizioni concernenti le condotte punibili, ma non estesa alle disposizioni relative alle sanzioni) senza dubbio rappresenterebbero valide alternative al freno di emergenza per l'innescò di contropinte verticali alla potestà legislativa penale dell'Unione, in quanto costituiscono forme di manifestazione di un qualche dissenso nei confronti degli obblighi sanzionatori imposti dall'Europa.

Tuttavia, come per il freno di emergenza, così anche al metodo dell'inattuazione si collegherebbe una serie di significative controindicazioni, in grado di scalfirne l'efficacia.

La prima opzione (*inattuazione totale*) risulterebbe alquanto svantaggiosa, perché esporrebbe gli Stati al rischio di venir severamente sanzionati per l'inadempimento.

⁽⁶⁵⁾ Sebbene l'impiego di tali più rigidi parametri non eliminerebbe la cifra discrezionale delle scelte politico/criminali, data la variabilità degli indicatori da utilizzare per la determinazione della gravità dei fatti da punire (entità del danno, livello di colpevolezza, realizzazione monosoggettiva o plurisoggettiva etc.) e considerato il potenziale conflitto che potrebbe innescarsi tra il divieto di incriminare condotte non particolarmente gravi e la valorizzazione della funzione general/preventiva del diritto penale. In un'ottica di prevenzione generale potrebbe infatti apparire legittima anche l'incriminazione di fatti non pienamente corrispondenti ai requisiti di gravità prescelti.

Quanto alla seconda opzione – l'*inattuazione parziale* –, pur non essendo priva di rischi, potrebbe nondimeno rivelarsi più accessibile. Essa non eliminerebbe la minaccia di incorrere in una procedura di infrazione, ma d'altro canto avrebbe il vantaggio di consentire il mantenimento in vita – perlomeno sino a nuova modifica legislativa – delle disposizioni interne contrastanti con le prescrizioni europee, ove produttive di effetti favorevoli per il reo.

Ad un tale risultato si perverrebbe nel caso in cui il contrasto tra la legge di attuazione interna e la direttiva europea, generato dall'implementazione parziale, venisse fatto valere non già in sede di ricorso per infrazione, ma tramite una questione pregiudiziale sollevata dal giudice nazionale presso la Corte di Giustizia ⁽⁶⁶⁾.

In una situazione del genere infatti, per effetto del *favor rei*, le norme censurate dal giudice europeo sopravviverebbero temporaneamente, a condizione che il trattamento da esse previsto fosse più favorevole di quello che scaturirebbe dall'applicazione delle norme preesistenti.

Come è noto, la suddetta ipotesi costituisce un'eventualità niente affatto straordinaria, se si considera che essa è già stata al centro di alcune pronunce della Corte di Giustizia specificamente riguardanti l'incompatibilità di norme del nostro ordinamento con «obblighi» imposti da direttive comunitarie. Il riferimento è alle oramai celebri sentenze «*Berlusconi* ⁽⁶⁷⁾» e

⁽⁶⁶⁾ Il Trattato di Lisbona ha esteso al settore della cooperazione penale tutte le garanzie giurisdizionali che in precedenza erano previste soltanto per gli atti del primo pilastro, vale a dire la possibilità di esperire la procedura di infrazione, il ricorso pregiudiziale ed il ricorso per annullamento. Sul tema, NASCIMBENE, *Le garanzie giurisdizionali nel quadro della cooperazione giudiziaria penale europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 522 s.; AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, 113 s.; nonché, HATZOPOULOS, *Casual but Smart: The Court's new clothes in the Area of Freedom Security and Justice after the Lisbon Treaty*, in *Reserch Papers in Law, College of Europe*, 2008, 1 s., consultabile in http://www.coleurope.eu/file/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/researchpaper2_2008.pdf.

In generale, sulle funzioni della Corte di Giustizia nel quadro della riforma attuata a Lisbona, si legga la relazione del giudice CAOIMH, *The Lisbon Treaty and the Court of Justice of the European Union*, tenuta a Dublino il 16 febbraio 2010, presso l'*Institute of International and European Affairs* di Dublino, consultabile in <http://www.iea.com/documents/challenges-to-the-court-of-justice-of-the-european-union-post-libon-transcript>.

⁽⁶⁷⁾ Corte di Giustizia, sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C- 387/02; C-391/02, C-403/02 Berlusconi ed altri. Per un commento della decisione, si leggano, tra gli altri, RIONDATO, *Il falso in bilancio e la sentenza della Corte di Giustizia CE: un accoglimento travestito di rigetto*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 910 s.; INSOLERA-MANES, *La sentenza della Corte di Giustizia sul falso in bilancio: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, 2768 s.; VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1435 s.; ID., «*Illegittimità comunitaria*» e *illegittimità costituzionale: spunti di riflessione*, in AA.VV., *Ai confini del «favor rei». Il falso in bilancio davanti la Corte Costituzionale e di giu-*

«*Niselli*»⁽⁶⁸⁾», rispettivamente in materia di false comunicazioni sociali e di rifiuti.

Senza addentrarsi nell'analisi dettagliata dei contenuti di tali decisioni, si può in sintesi rammentare che esse hanno contribuito a delineare la dinamica dei rapporti intercorrenti tra diritto europeo e diritto interno, sul versante specifico degli effetti *in malam partem* eventualmente derivanti dalla disapplicazione di una disposizione penale giudicata in contrasto con il contenuto di direttive europee.

In specie, in entrambi i casi i giudici del Lussemburgo hanno riconosciuto la sostanziale illegittimità delle norme interne oggetto di giudizio, perché inadeguate per difetto rispetto allo *standard* di tutela fissato a livello sovranazionale.

Ciò non di meno, mentre la sentenza «*Niselli*» non ha affrontato la questione dell'ostacolo frapposto dal principio del *favor rei* alla disapplicazione della norma censurata – ove ne consegua una riespansione di norme preesistenti sfavorevoli –, al contrario, la decisione in materia di false comunicazioni sociali ha dedicato maggiore spazio a tale specifico profilo delle relazioni di interferenza tra diritto comunitario e diritto interno, riconoscendo nel *favor rei* un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario, in quanto appartenente alle tradizioni giuridiche degli Stati membri⁽⁶⁹⁾.

In tale pronuncia in effetti, pur non assumendo esplicitamente posizione sulla questione della possibile derogabilità del principio del trattamento penale più favorevole in caso di norme «comunitariamente» illegittime, i giudici europei hanno tuttavia evidenziato come le direttive comunitarie non possano in alcun modo determinare la riviviscenza di norme penali interne conformi al diritto comunitario, se dalle stesse derivi un regime più severo di quello previsto nelle disposizioni interne ad esse successive, ma valutate in contrasto con il diritto comunitario.

stizia, Torino, 2005, 366 s.; BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di Giustizia sul falso in bilancio*, in AA.VV., *Ai confini del «favor rei». Il falso in bilancio davanti la Corte Costituzionale e di giustizia*, cit., 31 s.; SICURELLA, *La tutela «mediata» degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, cit., 327 s.; SOTIS, *Diritto comunitario e giudice penale*, in *Il corriere del merito*, Rassegna monotematica, 2008, 30 s.

⁽⁶⁸⁾ Corte di Giustizia, 11.11.2004, causa C-457/02. Sugli effetti della sentenza «*Niselli*» con specifico riferimento alla disciplina penale dei rifiuti, VAGLIASINDI, *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario*, in questa *Rivista*, (Parte I), 2005, 959 s.

⁽⁶⁹⁾ Il rilievo comunitario del principio del *favor rei* è stato di recente ribadito in una nuova pronuncia della Corte di Giustizia che ha riguardato il sistema sanzionatorio dell'ordinamento svedese per le violazioni di divieti in materia di imbarcazioni di diporto, CGCE sentenza 4 giugno 2009, causa C-142/05.

Non vi è chi non si avveda come, ove in futuro la giurisprudenza europea si mantenesse conforme a quanto statuito in materia di falso in bilancio, l'inattuazione parziale di una direttiva penale diverrebbe un utile *escamotage* per sfuggire ai vincoli imposti a livello sovranazionale, in tutti i casi in cui il regime sanzionatorio previsto dalla legge di attuazione – «comunitariamente» illegittima – fosse meno severo di quello stabilito nella normativa previgente destinata a riespandersi, per effetto dell'intervenuta «bocciatura» europea della disposizione penale in vigore ⁽⁷⁰⁾.

Senonché, tale risultato dipenderebbe dall'attivazione di un meccanismo talmente farraginoso da scoraggiarne oggi un frequente utilizzo o addirittura da azzerarne i margini di operatività.

A rendere «poco conveniente» – almeno nel quadro delineato dal Trattato di Lisbona – una scelta di questo tipo contribuirebbero infatti: da un lato, il rischio di subire una procedura di infrazione per non corretto adempimento degli obblighi europei ⁽⁷¹⁾ e dall'altro lato, il fatto che si tratterebbe pur sempre di una «difesa debole», in quanto destinata ad operare soltanto ove il conflitto tra diritto penale e diritto europeo fosse di tipo «*triadico* ⁽⁷²⁾», vale a dire quando esso chiamasse in gioco tre tipi di norme: la norma penale interna di attuazione, la regola comunitaria e la norma penale interna preesistente a quella di attuazione e più sfavorevole. In mancanza di tali presupposti, il rimedio si rivelerebbe del tutto inutile, e probabilmente peggiore del male, poiché arrecherebbe con sé lo svantaggio di esporre lo Stato che lo abbia apprestato alla ben più pesante conseguenza di una condanna per infrazione del vincolo di fedeltà all'Unione.

A tali difficoltà si aggiungerebbe inoltre l'incertezza circa la possibilità di conseguire l'effetto sperato, considerato che le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona per la soluzione di questioni analoghe a quelle emerse nella vicenda del falso in bilancio potrebbero far mutare l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia, sino a determinare un'espunzione dall'ordinamento interno delle norme giudicate «*comunitariamente illegittime*».

⁽⁷⁰⁾ La vicenda del falso in bilancio risulta a tal proposito emblematica. Nonostante l'intervenuta bocciatura in sede europea, il legislatore non ha ritenuto necessario intervenire in modifica della disciplina penale interna per renderla conforme al più elevato «*standard*» di tutela indicato a livello europeo.

⁽⁷¹⁾ Come segnala PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, cit., 259 e 260, la capacità dissuasiva della procedura di infrazione è peraltro incrementata dalla possibilità – *ex art. 260. par. 3 del TFUE* – di disporre l'immediata ingiunzione di una penalità di mora o di una somma forfettaria, quando uno Stato non abbia adempiuto all'obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa, con esigibilità del pagamento alla data fissata dalla Corte di Giustizia nella sentenza.

⁽⁷²⁾ L'aggettivo è di SOTIS, *Diritto comunitario e giudice penale*, cit., 30.

5.1. – In effetti, nel quadro del nuovo assetto istituzionale dell'Europa appare alquanto remoto il rischio che la potestà normativa penale dell'Unione – così come delineata dal trattato di Lisbona – venga in concreto ostacolata dalla tendenza degli Stati a dare attuazione parziale alle direttive, discostandosi da quanto da esse stabilito sul versante del pene.

La scarsa praticabilità di tale percorso dipende in larga parte dalla minaccia costituita dalla procedura di infrazione ed in misura minore anche dai possibili esiti di un giudizio della Corte di Giustizia in caso di conflitto «*tradico*» di norme.

A prima vista, la vicenda giudiziaria sul falso in bilancio farebbe propendere per l'idea che in futuro i giudici europei risolveranno alla stessa stregua eventuali questioni analoghe che dovessero riguardare le leggi di attuazione di direttive a contenuto penale; sicché, ove una norma penale interna fosse «comunitariamente» illegittima per difformità con i vincoli imposti dal legislatore europeo, ma al contempo risultasse più favorevole rispetto alle norme preesistenti destinate a riespandersi, il principio del *favor rei* impedirebbe al giudice nazionale di attenersi alla disapplicazione, con la conseguenza che tutti i fatti commessi sotto la vigenza della disposizione «contestata» rimarrebbero soggetti alla disciplina da essa stabilita.

Ciò malgrado, vi è la possibilità che sul punto si delineino soluzioni diverse.

In primo luogo, rispetto al passato potrebbero variare i termini delle questioni pregiudiziali concernenti le leggi attuative di direttive penali. Nel caso delle false comunicazioni sociali infatti, veniva in gioco non già una «regola» comunitaria, ma semplicemente uno «*standard*» di tutela indicato da fonte europea, dato che le direttive invocate nel giudizio non prevedevano un obbligo espresso di criminalizzazione, bensì indicavano soltanto un parametro di tutela: nello specifico, riguardante la salvaguardia della veridicità e della completezza delle informazioni societarie ⁽⁷³⁾.

Tale profilo aveva condizionato in maniera preponderante il giudizio della Corte, in quanto per stabilire l'adeguatezza della tutela offerta dalla disposizione nazionale rispetto allo *standard* comunitario, era indispensabi-

⁽⁷³⁾ SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 135 s.; ID., *Diritto comunitario e giudice penale*, cit., 32 s. Tale profilo è evidenziato anche da RIONDATO, *Falso in bilancio e Corte di Giustizia CE. Non è un rigetto*, in AA.VV., *Ai confini del «favor rei». Il falso in bilancio davanti la Corte Costituzionale e di giustizia*, cit., 337 e da PAONESSA, *Noncuranza degli obblighi comunitari e ricadute sul sistema penale*, in AA.VV., *Ai confini del «favor rei». Il falso in bilancio davanti la Corte Costituzionale e di giustizia*, cit., 292 e 293.

le fare riferimento alla norma interna che si collegava – sebbene non espressamente – a quello *standard*, in modo da non trascurare gli effetti che l'applicazione della stessa avrebbe avuto sul caso di specie ⁽⁷⁴⁾.

In altri termini, la natura «relazionale» del giudizio sottintendeva una valutazione logica estesa al tema specifico degli effetti della disapplicazione sul versante del giudizio pendente presso la Corte nazionale, giacché la considerazione del livello di adeguatezza della legislazione interna per la protezione degli interessi comunitari di riferimento poneva come termine di confronto il fatto concreto da osservare in rapporto allo *standard* fissato in ambito sovranazionale.

Non così allo stato attuale, ove la competenza dell'Europa ad imporre obblighi formali di penalizzazione potrebbe determinare un parziale mutamento della natura del contrasto tra diritto interno e diritto sovranazionale.

Nel nuovo contesto infatti, tale conflitto coinvolgerebbe da un lato, una norma europea qualificabile come «regola», in quanto impositiva di precisi obblighi e non già espressiva di un mero «*standard*»; e dall'altro lato, una o più norme penali interne esplicitamente attuative di quei vincoli ⁽⁷⁵⁾. Cioché, la particolare «natura» giuridica delle disposizioni in gioco potrebbe aprire la strada a soluzioni più vicine a quelle emerse nel caso «Niselli», piuttosto che a quelle raggiunte nel caso del falso in bilancio ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁴⁾ Così, C. Sotis, *Diritto comunitario e giudice penale*, cit., 34.

⁽⁷⁵⁾ Si tratterebbe di un conflitto analogo a quello del caso «Niselli», ove i giudici del Lussemburgo sono stati chiamati a pronunciarsi sulla legittimità comunitaria della Legge 8 agosto 2002, n. 178 che all'art. 14 forniva un'interpretazione della nozione di rifiuto più ristretta di quella delineata da specifiche direttive comunitarie. In quell'occasione, la Corte di Giustizia ha censurato la disposizione nazionale perché in contrasto con la definizione di rifiuto fornita dal diritto comunitario, non occupandosi però nello specifico degli effetti *in malam partem* che sarebbero derivati dalla disapplicazione della legge, a causa del riespandersi della disciplina interna previgente. Sul tema, tra gli altri, SICURELLA, *La tutela «mediata» degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, cit., 338 s.

⁽⁷⁶⁾ Non va tuttavia trascurato come anche nel caso di direttive penali che stabilissero semplicemente «*standard*» sanzionatori, piuttosto che pene determinate quanto a tipologia e a misura, i giudici del Lussemburgo avrebbero pur sempre la possibilità di censurare la difformità con i principi europei (in specie, con il principio di proporzionalità) delle disposizioni penali interne attuative dei vincoli di incriminazione, qualora esse prevedessero sanzioni penali sproporzionate per difetto o per eccesso rispetto alla gravità dei fatti puniti.

L'idea che la Corte di Giustizia disponga degli strumenti per remediare ad un'adeguata implementazione da parte degli Stati membri degli obblighi contenuti in direttive trova conferma nelle attuali dinamiche dei rapporti tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario in sede giudiziale, sia a livello europeo che a livello interno. Benché i giudici del Lussemburgo non possano occuparsi della legittimità costituzionale delle norme di diritto interno e debbano limitarsi ad esprimere giudizi di carattere pregiudiziale sulla difformità o sulla

Quando infatti si tratti non di stabilire un raffronto tra un parametro generale di fonte europea ed una norma nazionale considerata come correlata a quel parametro, ma di valutare la conformità tra la regola europea e la norma attuativa della regola, i giudici possono scegliere di non occuparsi delle eventuali conseguenze in *malam partem* di una disapplicazione della disposizione contestata al caso concreto e limitarsi a sancirne l'illegittimità «europea», affidando al giudice interno il compito di risolvere gli effetti della disapplicazione, in base alle regole dell'ordinamento nazionale di riferimento.

Tale esito del giudizio recherebbe con sé il duplice vantaggio per un verso, di fungere da implicito richiamo indirizzato al legislatore nazionale di provvedere ad una modifica della disciplina difforme, e per altro verso, di rimettere al giudice interno la partita dell'eventuale derogabilità del principio del *favor rei*, ove la disapplicazione della disposizione oggetto di «bocciatura» implicasse un trattamento penale più severo per riviviscenza di norme preesistenti.

D'altro canto, – come evidenziato nel dibattito sviluppatosi dopo la sentenza sul falso in bilancio ⁽⁷⁷⁾ –, sul fronte del diritto interno, per i fatti commessi sotto la vigenza di una norma penale riconosciuta in contrasto con il diritto europeo sarebbe ammissibile un'eccezione al principio del trattamento penale più favorevole, sol che si accogliesse la tesi che ne nega la natura squisitamente costituzionale e che ravvisa in esso esclusivamente un'applicazione del più generale principio di eguaglianza, come tale derogabile, in presenza di altri interessi costituzionali altrettanto meritevoli di protezione, quanto il diritto all'eguaglianza ⁽⁷⁸⁾.

conformità delle stesse ai parametri comunitari, tuttavia per effetto del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, le decisioni giurisprudenziali formulate in sede europea incidono abbastanza pervasivamente sull'assetto dell'ordinamento giuridico statale, non soltanto perché l'eventuale censura di una norma interna obbligherebbe alla concreta disapplicazione della stessa nel giudizio *a quo*, ma anche perché essa suonerebbe come un implicito richiamo indirizzato al legislatore nazionale di provvedere alla modifica o all'abrogazione formale della disposizione difforme. Su questi temi, sia consentito rinviare a SIRACUSA, *La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la Direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, cit., 887 e 889.

⁽⁷⁷⁾ Sul punto, BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di Giustizia sul falso in bilancio*, in AA.VV., *Ai confini del «favor rei». Il falso in bilancio davanti la Corte Costituzionale e di giustizia*, cit.

⁽⁷⁸⁾ In questi termini, CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI (cur.), *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2006, 183; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2006, 149 s. La tesi che nega esplicita dimensione costituzionale al principio del *favor rei*, nel senso che esso non costituirebbe espressione diretta dell'art. 25 Cost., ma trarrebbe fondamento dall'art. 3 Cost. trova peraltro accoglimento anche nell'ultima giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sent. n. 394 del 2006; Corte cost. sen. n. 215

Seguendo tale impostazione, tra gli interessi in grado di prevalere sul principio di eguaglianza posto a fondamento del *favor rei* sarebbero in astratto annoverabili anche taluni degli interessi tutelati dal legislatore europeo mediante l'imposizione di vincoli di incriminazione, ove per l'appunto dotati di rilievo costituzionale, nonché lo stesso interesse all'osservanza dei vincoli imposti dal diritto europeo, ai sensi dell'art. 11 Cost.

Una volta riconosciuta in astratto la derogabilità del *favor rei*, i margini per la sopravvivenza delle disposizioni nazionali difformi al contenuto di direttive penali verrebbero a restringersi e contestualmente diverrebbe del tutto inefficace la difesa apprestata dagli ordinamenti nazionali attraverso il metodo dell'attuazione parziale.

Quest'ultimo infatti di per sé sarebbe destinato ad operare soltanto in via residuale – e cioè esclusivamente per i casi di disapplicazione di norme penali interne con effetti in *malam partem*, e mai ove venissero in gioco conseguenze in *bonam partem* –; e per di più anche in tali situazioni, non vi sarebbe alcuna certezza in merito al suo corretto funzionamento, in quanto la natura «antinomica» del giudizio che la Corte del Lussemburgo dovrebbe compiere sulle disposizioni interne derogatorie (norma europea *versus* norma nazionale) non garantirebbe la sicura sopravvivenza delle stesse, soprattutto laddove i giudici europei non si pronunciassero espressamente sul problema della inderogabilità del *favor rei*, optando di rimetterne la soluzione agli organi giurisdizionali nazionali.

Ove però la Corte di Giustizia deferisse all'ordinamento nazionale la gestione del problema della disapplicazione, sul fronte del diritto interno, per superare l'ostacolo del *favor rei* occorrerebbe l'avallo della tesi della derogabilità da parte della Corte Costituzionale, poiché al giudice di merito sarebbe preclusa la facoltà di discostarsi dal divieto di effetti in *malam partem*.

In sede applicativa, la censura dei giudici europei diverrebbe pertanto pienamente efficace soltanto a seguito di una dichiarazione di incostituzio-

del 2008; Corte cost., n. 324 del 2008), come ricorda GAMBARDELLA, *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento di interessi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 2411 s. In effetti, in talune recenti pronunce la Consulta ha ammesso la possibilità di deroghe costituzionalmente legittime al principio del *favor rei*, ove sorrette da giustificazioni «oggettivamente ragionevoli». Cfr. Corte cost., sent. n. 215 del 2008; sent. n. 72 del 2008; sent. n. 393 e 394 del 2006. Per un commento a tali pronunce, si leggano, MANES, *Illegittime le norme penali di favore in materia di falsità nelle competizioni elettorali. Nota a Corte Costituzionale n. 394/2006*, in *www.forumcostituzionale.it*, DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 100 s.; PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 321 s.; DELLI PRISCOLI-FIORENTIN, *La Corte Costituzionale e il principio di retroattività della legge più favorevole al reo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1180 s.

nalità per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., avente ad oggetto le medesime disposizioni già vagliate in ambito sovranazionale.

È pur vero che su tali questioni la Consulta ha dimostrato sino ad oggi una certa ritrosia, non soltanto evitando di censurare come illegittime norme penali interne in contrasto con i vincoli imposti dal diritto europeo, ma anche orientandosi nel senso di ritenere inammissibile ogni sindacato di costituzionalità potenzialmente produttivo di effetti *in malam partem* ⁽⁷⁹⁾.

Tuttavia, per quanto il passato non faccia ben sperare, non può escludersi del tutto l'eventualità che in futuro la Corte muti indirizzo e si mostri propensa ad accogliere ricorsi di costituzionalità incentrati sull'inosservanza di vincoli normativi sovranazionali. Ciò che accadrebbe, se essa fosse incline a riconoscere nella difformità tra diritto penale interno e diritto penale europeo una palese violazione degli obblighi di cui agli artt. 11 e 117 Cost.

Una presa di posizione di tale tenore avrebbe invero significative ricadute anche sul versante della disapplicazione delle norme «*doppiamente illegittime*» (sotto il profilo del diritto europeo e sotto il profilo del diritto costituzionale), la cui operatività verrebbe di certo preclusa almeno per i fatti commessi prima della loro entrata in vigore ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ Orientamento peraltro confermato proprio in materia di false comunicazioni sociali, Corte cost., sent. n. 161 del 2004 (analogamente, in materia di prescrizione, Corte cost., sent. n. 324 del 2008).

Il rischio che in ipotesi del genere la Consulta ritenga inammissibile un sindacato di costituzionalità con effetti *in malam partem* verrebbe aggirato, se si accogliesse l'opinione che interpreta il requisito della «coesistenza» nell'ordinamento sia della norma penale di favore al vaglio della Corte, sia della norma penale più sfavorevole destinata a riespandersi (requisito posto dai giudici costituzionali a fondamento della propria competenza a pronunciarsi sulle questioni di costituzionalità *in malam partem*; si veda Corte cost. sentenza n. 394 del 2006) come riferito non soltanto alle norme penali generali chiamate ad estendere il proprio ambito applicativo a seguito di declaratoria di incostituzionalità di norme penali speciali di favore, bensì anche alle norme penali abrogate, in quanto queste sarebbero norme «limitate nella propria sfera di efficacia», ma ancora giuridicamente esistenti. Cfr., PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, cit. 326 s.; MICHELETTI, *L'incesurabilità delle «riforme penali di favore»: un limite tecnico o di moderazione politica?*, in *Giur. cost.*, 2008, 3490 s.

⁽⁸⁰⁾ Tale ipotesi è prospettata da SICURELLA, *La tutela «mediata» degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, cit., 352 s., ad opinione della quale non soltanto sussisterebbero i margini per una declaratoria di incostituzionalità di norme penali interne contrastanti con i vincoli comunitari, ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost., bensì nulla potrebbe ostare ad eventuali effetti *in malam partem* della sentenza costituzionale, con riguardo ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della norma censurata come illegittima da parte della Consulta. In senso conforme, VIGANÒ, «*Illegittimità comunitaria*» e *illegittimità costituzionale: spunti di riflessione*, cit., 370-372; SCOLETTA, *Retroattività in mitius e pronunce di incostituzionalità in malam partem*, in AA.VV., *Ai confini del «favor rei». Il falso in bilancio davanti la Corte Costituzionale di giustizia*, cit., 310.

Se accolto, l'orientamento qui descritto stravolgerebbe il tradizionale modo di intendere i rapporti di contatto o interferenza tra ordinamento nazionale ed ordinamento europeo e darebbe ingresso ad un nuovo principio – davvero rivoluzionario – di automatica illegittimità costituzionale di ogni norma interna che fosse giudicata illegittima dal punto di vista del diritto europeo, con conseguente piena affermazione del primato del diritto europeo sul diritto interno ⁽⁸¹⁾.

5.2. – In ambito penalistico, alla definitiva adozione della prospettiva sopra menzionata – di ritenere costituzionalmente illegittima una norma dichiarata «*illegittima*» dal punto di vista del diritto europeo – è stata da taluno contrapposta l'idea del grave *vulnus* così arrecato al principio della riserva di legge, inteso nell'accezione più spiccatamente politica che lo collega inscindibilmente alla dimensione democratica della potestà legislativa.

In tale ambito di idee si ritiene in genere che ove ogni disposizione interna in contrasto con il diritto europeo venisse ritenuta necessariamente incostituzionale, per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., le opzioni penali del legislatore sovranazionale sarebbero destinate a rimanere sostanzialmente intangibili per il legislatore nazionale, che si vedrebbe così sottratta

È pur vero che rimarrebbe irrisolto il problema della disciplina applicabile ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge più favorevole dichiarata incostituzionale, tenuto conto che non vi sarebbe alcun dubbio circa la loro assoggettabilità alla normativa censurata, in quanto legge vigente al momento del fatto. Sul tema di nuovo, SICURELLA, *op. ult. cit.*, 352; BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di Giustizia sul falso in bilancio*, cit., 45 s.

⁽⁸¹⁾ La possibilità di giudicare incostituzionali le norme penali interne attuative di vincoli imposti in sede europea discenderebbe dall'equiparazione sul piano teorico tra obblighi costituzionali espressi di incriminazione ed obblighi sovranazionali di incriminazione. Come per i primi, anche per i vincoli di fonte europea – sorretti dal presidio di cui agli artt. 11 e 117 Cost. – sarebbe precluso al legislatore tanto di abolire le norme incriminatrici attuative dell'obbligo, quanto di affievolire la portata della risposta punitiva. Ed in caso di violazione del divieto, nulla impedirebbe alla Consulta di pervenire ad una declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni derogatorie. Tale interpretazione è sostenuta da MARINUCCI, *Il controllo di costituzionalità sulle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. cost.*, 2006, 4167 s. (che in effetti propone esplicitamente l'equiparazione appena menzionata, 4169 e 4170). In senso conforme, ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 557 e 558.

Sul tema, non va però trascurata l'opinione di chi rileva come gli obblighi europei di incriminazione e gli obblighi di incriminazione di matrice costituzionale abbiano un «calibro» diverso, non tanto sul piano della vincolatività formale, quanto sul versante del consenso che li legittima. Mentre gli obblighi costituzionali esprimono scelte di valore condivise appartenenti all'intera collettività, gli obblighi europei sono il risultato di scelte «tecniche» compiute da una «burocrazia» del diritto distante dai cittadini, PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 296.

la facoltà di mutarle in relazione al variare delle esigenze politico-criminali del proprio Paese.

La coincidenza tra «*illegittimità europea*» ed *illegittimità costituzionale* creerebbe – secondo l'impostazione ora in esame – una vera e propria di «*torre d'avorio*» a protezione delle disposizioni penali di derivazione europea, atteso che qualunque scelta che andasse nella direzione di modificare una legge di implementazione interna di direttive penali, o di abolire le fattispecie incriminatrici introdotte in adempimento di vincoli europei risulterebbe costantemente esposta al rischio di una declaratoria di illegittimità costituzionale, con inevitabile definitiva erosione della libertà del Parlamento di correggere le proprie opzioni di criminalizzazione, almeno per i settori investiti dall'armonizzazione penale di matrice europea ⁽⁸²⁾.

Dal punto di vista delle conseguenze di tale approccio sugli equilibri complessivi dell'ordinamento, ciò avrebbe come effetto immediato da un lato, di determinare una trasformazione (e trasfigurazione) del principio di legalità penale e del sistema gerarchico delle fonti ⁽⁸³⁾, dall'altro lato, di avvalorare l'idea (da taluno prospettata) di una sostanziale invariabilità del diritto penale di provenienza europea, in tal modo reso immune dall'azione del legislatore nazionale ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸²⁾ SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 320 s.; Id., *Diritto comunitario e giudice penale*, cit., 37 ritiene infatti che qualora il legislatore nazionale prima abbia introdotto determinati reati in attuazione di un obbligo di incriminazione europeo ed in seguito abbia deciso di abolirli, la questione del contrasto della legge di abrogazione o di depenalizzazione con il diritto europeo non sarebbe azionabile dinanzi alla Corte di Giustizia, in quanto frusterebbe il corollario del principio di legalità in base al quale il Parlamento nazionale rimane libero di mutare i propri orientamenti sulle scelte di incriminazione. In senso conforme, ABBADESSA, *Dal «diritto penale comunitario» al diritto penale della nuova Unione europea: problematiche dell'interregno*, cit., 489 s.

Sul potenziale contrasto tra potestà normativa penale dell'Unione e riserva di legge anche, BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, cit., 37 s.

⁽⁸³⁾ PÉREZ DEL VALLE, *Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad*, cit., 13 individua proprio nell'assenza in ambito europeo di un sistema gerarchico delle fonti normative la principale ragione dell'inconciliabilità tra il diritto penale europeo e la riserva di legge statale; quest'ultima avrebbe infatti non soltanto la funzione di assicurare la democraticità del processo di formazione della legge penale, ma anche – e soprattutto – di garantire che le restrizioni della libertà personale conseguenti alla pena siano disposte esclusivamente da atti normativi collocati ad un livello superiore nella gerarchia delle fonti del diritto.

⁽⁸⁴⁾ Tra i sostenitori dell'idea che l'imposizione di obblighi di incriminazione tramite direttive finisca con l'elidere ogni margine di discrezionalità nelle scelte di politica criminale a livello nazionale, trasformando i Parlamenti nazionali in meri esecutori di volontà politico-legislative formatesi in ambito sovranazionale, SCHÜNEMANN, *Die Parlamentarische Gesetzgebung als Lakai von Brüssel? Zum Entwurf des Europäischen Haftbefehlsgesetzes*, in *StV*, 2003, 531 s.; HEFENDEHL, *Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?*, cit., 167. Analoga-

Sennonché, nel complesso le suddette argomentazioni si rivelano meno convincenti di quanto a prima vista sembrerebbe. Esse trascurano di considerare che il fenomeno indicato come autentica «trasfigurazione» del principio di legalità rappresenta in realtà un semplice adattamento del principio stesso alle dinamiche evolutive del sistema delle fonti ingenerate dalla reciproca interferenza tra i due livelli – nazionale e sovranazionale – di produzione normativa. In effetti, se si abbandona il pregiudizio di stigmatizzare come letale per le garanzie penalistiche qualunque apertura dell'ordinamento verso un'effettiva supremazia degli obblighi di incriminazione sovranazionale, quest'ultima – piuttosto che rappresentare una pericolosa degenerazione della legalità penale – assume il significato di una necessaria rielaborazione del contenuto e delle forme del principio di riserva di legge, alla luce delle esigenze imposte dallo sviluppo della legislazione europea.

A favore della diversa e più convincente prospettiva di considerare costituzionalmente illegittime le norme penali in contrasto con i vincoli normativi di matrice europea concorrono sia considerazioni di carattere formale concernenti il rapporto tra fonti normative, sia valutazioni attente ai contenuti *latamente* politici del principio di legalità.

A ben vedere, sul versante tecnico-formale, a parte la presunta inderogabilità del principio del *favor rei*, tra le ragioni che potrebbero ostare alla ricevibilità formale di una questione di costituzionalità del tipo qui considerato non vi sarebbe neanche la supposta violazione del principio di riserva di legge ⁽⁸⁵⁾.

mente, nella letteratura italiana soprattutto, SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in BILANCIA-D'AMICO, cit., 151 s.

Non a caso, la prospettiva che il fondamento democratico della potestà legislativa possa costituire un «controlmite» opponibile alle competenze – anche penali – dell'Unione è stata di recente sostenuta con particolare vigore dal *Bundesverfassungsgericht* nell'ormai celebre pronuncia sulla legge tedesca di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona (BVerfG, 2BvE 2/08, 30 giugno 2009). Per il commento alla sentenza, si leggano HEGER, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon*, in ZIS, 2009, 406 s.; JESSEBERGER-KRETSCHMER, *L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 30 juin 2009. Les implications du traité de Lisbonne sur le droit pénal européen*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010, 111 s.

Per i commenti di fonte italiana, CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 1003 s.; ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Riv. dir. int.*, 2009, 993 s.; nonché sulle ricadute della presa di posizione della Corte tedesca sul futuro del diritto penale europeo, ABBADESSA, *Il Bundesverfassungsgericht sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con la Costituzione tedesca*, in *tus17@unibo.it*, 2009, 327 s.

⁽⁸⁵⁾ Va segnalato che mentre si scrive, la Corte Costituzionale ha avallato l'impostazione qui proposta, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. dell'art. 183, comma 1, lettera n), del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), nel testo antecedente

La possibilità che operando nella prospettiva ora segnalata – di dichiarare incostituzionali disposizioni penali interne in contrasto con il contenuto di direttive europee –, verrebbe infranto il principio di legalità, perderebbe di consistenza, sino a dissolversi, ove si ritenesse che gli artt. 11 e 117 Cost. contribuiscano ad imprimere al sistema delle fonti normative un andamento dinamico, incentrato sulla tendenziale prevalenza delle disposizioni vincolanti di matrice sovranazionale e sulla sottoposizione *ab origine* del potere del legislatore al limite inderogabile dell'osservanza degli obblighi imposti dal diritto europeo e dall'ordinamento internazionale.

In assenza di un'esplicita preclusione costituzionale, il suddetto condizionamento «genetico» dovrebbe reputarsi operante anche nei confronti del legislatore penale; con la conseguenza che la riserva di legge *ex art. 25 Cost.* andrebbe intesa come soggetta sin dall'origine al vincolo di conformità nei riguardi degli obblighi derivanti dal diritto europeo ⁽⁸⁶⁾.

D'altro canto, anche in un'ottica meno formalistica e maggiormente orientata alla valorizzazione del significato «politico» della riserva di legge, perde vigore l'argomento che individua nel principio di legalità in materia penale un limite invalicabile al sindacato di costituzionalità delle leggi penali emanate in attuazione di direttive e che giudica inazionabile sul fronte

alle modiche introdotte dall'art. 2, comma 20, del decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4 (Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale), nella parte in cui prevedeva l'esclusione delle ceneri di pirite dalla nozione di rifiuto (sentenza 28 gennaio 2010, n. 28).

Appare indubbiamente significativo il fatto che con tale pronuncia la Consulta abbia per la prima volta superato *expressis verbis* l'ostacolo in astratto frapposto dal principio del *favor rei* alla declaratoria di incostituzionalità di norme in contrasto con i vincoli imposti dal diritto comunitario, ma produttive di effetti *in bonam partem*, sulla base della considerazione che la non applicabilità diretta (da parte del giudice remittente) della disposizione comunitaria contenuta in una direttiva e produttiva di effetti peggiorativi per l'imputato non escluda il giudizio di legittimità costituzionale sulla disposizione interna, in contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. A tal proposito, la Corte precisa infatti che se fosse inibita la verifica della conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie a causa del possibile effetto *in malam partem* «non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie sui rifiuti, ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali».

Si perviene così alla declaratoria di incostituzionalità, distinguendo il «controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti» dagli «effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali».

⁽⁸⁶⁾ VIGANÒ, *Les interactions en droit pénal de fond: la perturbation des hiérarchies internes*, in GIUDICELLI-DELAGE, MANACORDA (cur.), *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, Paris, 2010, 165.

dell'ordinamento interno l'eventuale divergenza tra le scelte legislative nazionali e gli obblighi di incriminazione di matrice europea ⁽⁸⁷⁾.

La riserva di legge *ex art. 25 Cost.* è senza dubbio connotata da significati politico-istituzionali che possono variare in corrispondenza del mutare delle relazioni interistituzionali, senza che nel frattempo venga meno la dimensione «democratica» dello Stato ⁽⁸⁸⁾. Basti guardare alla tendenza – ormai consolidata – al frequente impiego dello strumento del decreto legge, assunto a fonte normativa privilegiata in ambito penale; o ancora alle ampie incursioni della legislazione regionale nell'ordinamento penale ⁽⁸⁹⁾. Si tratta di fenomeni che hanno modificato l'essenza stessa del principio di riserva di legge, in direzione di un progressivo affievolimento della concezione che ne esalta la dimensione squisitamente parlamentare e di un altrettanto graduale transizione verso un coinvolgimento di nuovi «attori» istituzionali nel processo di formazione della legge penale.

L'attuale esperienza legislativa ha inoltre dimostrato che dalla crescente riduzione dei margini per un effettivo confronto e dibattito politico in sede parlamentare sulle opzioni normative è derivato un sempre maggiore coinvolgimento degli organi di garanzia nel processo di formazione delle leggi penali, con conseguente progressivo trasferimento della dimensione *democratica* del diritto penale dalla sfera parlamentare verso altri ambiti istituzionali ⁽⁹⁰⁾.

Di certo, non errano del tutto coloro che individuano nei fenomeni appena menzionati il sintomo di una messa in crisi o meglio di un vero e proprio «declino» delle legalità penale in funzione garantista e la dimostrazione di un cambiamento in corso – forse inarrestabile – della maniera di intendere la riserva di legge in materia penale. Tuttavia, ciò che non persuade di tale modo di ragionare non è tanto il pur fondato richiamo a mantenere una soglia di guardia elevata nei confronti di ogni fatto potenzialmente distorto del principio di legalità, quanto la tendenza a giudicare come egualmente esiziali tutti i fenomeni di «apparente ammorbidente» della riserva di legge, qualunque sia la loro origine ed a prescindere dalla considera-

⁽⁸⁷⁾ Argomento sostenuto tra gli altri da SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 1157 s.

⁽⁸⁸⁾ Come acutamente osservato, DONINI-INSOLERA, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale - considerazioni introduttive*, in INSOLERA (cur.), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 21 s.; DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile*, cit., 104 s.

⁽⁸⁹⁾ Sul tema, si legga l'interessante contributo di RUGA RIVA, *Regioni e diritto penale*, Milano, 2008.

⁽⁹⁰⁾ Come osservato da PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in INSOLERA (cur.), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, cit., 91 s.

zione degli effetti da essi globalmente prodotti, che in taluni casi – come nel caso del diritto europeo – possono addirittura comportare un rafforzamento – più che un indebolimento – delle garanzie.

È chiaro dunque che una cosa è l'assunzione di un atteggiamento di prudenza e di giustificata diffidenza verso un eccesso di interventismo europeo in materia penale ed altra e ben diversa cosa è un'indebita «enfaticizzazione» degli attacchi alla legalità che possono provenire dal diritto penale di matrice europea. Su tale versante, sembra invero un risultato estremo il preconizzare scenari catastrofici, di autentico sovvertimento dei principi fondamentali del diritto penale nazionale.

Nel raffronto con le prassi «*eversive*» interne infatti, i punti di crisi innescati dal consolidamento della potestà normativa penale dell'Unione sotto il profilo dell'erosione delle garanzie costituzionali si rivelano nel complesso meno preoccupanti, al punto da indurre ad una cauta apertura verso le prospettive aperte su questo fronte dal Trattato di Lisbona. Qui, per l'appunto si intravede più di un valido motivo per acconsentire alla prospettiva di una moderata contrazione del livello di guardia innescato dal meccanismo dei «controlimiti».

Innanzitutto, il *deficit* democratico del processo di formazione delle direttive penali è soggetto ad un sistema di contrappesi, di certo ancora incompleto, eppure nell'insieme abbastanza efficace.

Il primo contrappeso, in senso orizzontale, si rintraccia nella partecipazione del Parlamento europeo in funzione consultiva, ora prevista come obbligatoria per tutti gli atti normativi in materia di giustizia ed affari ed interni; il secondo contrappeso, in senso verticale invece, è costituito dalla possibilità per i legislatori nazionali di vagliare le scelte compiute dall'Unione, data la natura indiretta dei vincoli di incriminazione penale ed atteso che l'obbligo di implementazione interna esige pur sempre una legge di attuazione da parte dei Parlamenti nazionali.

A ciò si aggiunge la possibilità di attivare nei confronti delle scelte di incriminazione compiute in sede europea i meccanismi di controllo critico, enucleati nelle pagine precedenti (freno di emergenza e attuazione del *Protocollo sulla sussidiarietà*).

Con tutta evidenza, tale sistema è ancora ben lontano dall'ideale illuministico della riserva di legge parlamentare e dal modello di una potestà normativa penale incentrata non solo sulla competenza ma anche sulla legittimazione ⁽⁹¹⁾. Tuttavia, pur mantenendo l'auspicio che in futuro l'Unione converga verso tali obiettivi ed accentui ulteriormente la base democratica

⁽⁹¹⁾ In tal senso, di recente, anche PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 254 s.

delle proprie decisioni legislative, nell'insieme, la competenza penale di matrice europea e il conseguente primato del diritto europeo sul diritto interno – anche in sede di sindacato di costituzionalità – non sembrano attentare alla legalità penale più perniciosamente di quanto non lo facciano le recenti tendenze dell'ordinamento nazionale verso una progressiva riduzione delle prerogative parlamentari sulle opzioni penali ⁽⁹²⁾.

Al contrario, in una visione prospettica il diritto penale europeo potrebbe prestarsi a svolgere un ruolo «calmierante» delle scelte politico-criminali nazionali, soprattutto nei riguardi dei fenomeni criminali che sono maggiormente soggetti ad un'enfatizzazione mediatica e collettiva dell'allarme sociale da essi ingenerato.

Non vi è dubbio infatti che – per lo meno in talune materie – trasferire il compito di eseguire un giudizio di valore sulla meritevolezza di pena dalla sfera nazionale alla sfera sovranazionale può significare garantire una valutazione meno parziale e forse maggiormente coerente, in quanto affidata a soggetti istituzionali più lontani dalle emergenze contingenti e per questo esposti in misura minore al condizionamento di spinte emotive collettive. È infatti innegabile che l'assunzione di un punto di vista più distante dalle urgenze del momento talvolta possa agevolare nella corretta ponderazione dei valori in gioco. Basti considerare come sovente l'ipertrofia penale sia il risultato di una prassi legislativa che anziché farsi portatrice di valori condivisi, tende a canalizzare i bisogni istintivi di pena della collettività verso scelte politico/criminali alquanto discutibili sotto il profilo della coerenza con i principi fondamentali del diritto penale.

A dispetto dell'irrazionalità «nostrana», la chiarezza apportata dalla riforma di Lisbona sul versante della base giuridica degli atti normativi europei in materia penale, nonché le innovazioni introdotte sotto il profilo dell'estensione della competenza giurisdizionale della Corte di Giustizia ⁽⁹³⁾ e non da ultimo, l'equiparazione sul piano giuridico tra la Carta europea dei principi fondamentali e le disposizioni dei Trattati ⁽⁹⁴⁾ (art. 6 TUE) senza

⁽⁹²⁾ Come segnalato da BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, cit., 63 e 64, il quale nondimeno auspica che il complessivo livello garantistico espresso dal modello di legalità penale affermatosi in ambito europeo raggiunga nel tempo il massimo grado possibile.

⁽⁹³⁾ Per una descrizione delle competenze della Corte di Giustizia in base al nuovo trattato, si legga CONDINANZI, *Corte di Giustizia e Trattato di Lisbona: innovazioni strutturali ed organizzative*, in BILANCIA-D'AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 220 s.

⁽⁹⁴⁾ Sul rilievo così assunto dal principio di legalità in ambito europeo e sulle ricadute che tale equiparazione potrebbe avere a vantaggio di una maggiore implementazione giurisprudenziale del principio stesso, BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, cit., 56 s.; ID., «*Riserva di legge*» e fonti europee in materia penale, cit., 60 s.

dubbio consolidano il sistema di garanzie azionabili in ambito penale e rendono abbastanza maturi i tempi per un pieno riconoscimento – non più soltanto formale bensì effettivo – del primato del diritto europeo sul diritto nazionale.

6. – In merito alle questioni pregiudiziali azionabili davanti la Corte di Giustizia con riguardo alle leggi di attuazione del contenuto di direttive penali, si è precisato come in base al nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione gli obblighi imposti sul versante sanzionatorio penale assumerebbero la natura di autentiche regole, e non più di meri *standard*. Ciò renderebbe possibile un giudizio di conformità delle disposizioni nazionali con il diritto europeo: regola europea *versus* regola nazionale.

Senonché, la reale portata del giudizio dipenderebbe soprattutto dalle peculiarità che potrebbe evidenziare una situazione di contrasto tra le regole dettate dall'Unione in materia di pene e le scelte sanzionatorie effettuate in sede di implementazione interna, tenuto conto che l'effettiva dimensione di tale divergenza sarebbe in larga parte condizionata dal metodo di tipizzazione dei requisiti minimi delle sanzioni utilizzato in ambito europeo.

Sul punto non è agevole formulare previsioni, poiché gli unici indizi a disposizione provengono dalle scelte compiute dall'UE nell'ambito del terzo pilastro, ossia da un settore in cui la vincolatività formale degli atti normativi di riferimento era resa ineffettiva dall'assenza di un successivo controllo giurisdizionale ⁽⁹⁵⁾. In prospettiva futura invece, il ricorso esclusivo alla direttiva potrebbe obbligare ad un maggiore rigore ed ad una più attenta ponderazione delle opzioni in materia di specie e misura delle pene.

Se si guarda al contenuto delle decisioni quadro, ci si avvede infatti che in alcuni casi dalla scelta di incriminare soltanto le lesioni più gravi ai beni giuridici tutelati era conseguito il ricorso a pene di tipo detentivo, definite soltanto nella durata massima, a sua volta collocata entro una cornice editale generalmente compresa tra uno e tre anni ⁽⁹⁶⁾. Altre volte invece, la mi-

⁽⁹⁵⁾ Ciò consentiva al legislatore europeo sia di disporre di una maggiore discrezionalità nella formulazione delle disposizioni concernenti le sanzioni, sia di prestare minore attenzione alla «sostanza» delle norme emanate (tale ultima espressione è di C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, cit., 147 che intravede nel superamento della suddivisione in pilastri un incentivo verso la valorizzazione di una considerazione anticipata delle ricadute provenienti dalle norme penali europee).

⁽⁹⁶⁾ Si vedano a titolo esemplificativo: 1) l'art. 4 della *decisione quadro* 12 luglio 2005 sull'inquinamento provocato da navi che per i reati più gravi prevede l'applicazione di pena detentiva di durata massima compresa tra uno e tre anni; 2) l'art. 3, par. 2 della *decisione quadro* 28 novembre 2008 sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia che prevede la pena detentiva

sura di pena veniva stabilita mediante l'indicazione del tetto minimo del massimo edittale (in tali casi con livelli ben più elevati) ⁽⁹⁷⁾. Quest'ultima tecnica di determinazione della durata di pena si ritrova anche nel testo delle prime proposte di direttive penali presentate dopo l'entrata in vigore del trattato ⁽⁹⁸⁾.

Quanto alla definizione dei requisiti minimi di sanzioni penali di natura diversa dalla pena privativa della libertà personale, le decisioni quadro lasciavano sostanzialmente liberi gli Stati di prevedere altre *species* di pene, senza indicarne la tipologia, salvo generici richiami ad una preferenza per la pena di tipo pecuniario.

È di tutta evidenza che sia ove venisse mantenuto il metodo di definizione delle pene sperimentato per le decisioni quadro, sia – e a maggior ragione – nel caso in cui dovesse prevalere la tecnica di indicazione secca del minimo del massimo edittale contenuta nelle più recenti proposte normative, l'ordinamento interno verrebbe esposto all'incursione di vistosi profili di irrazionalità legislativa, tanto sul versante della *specie* di pena prevista

di durata massima compresa tra uno e tre anni; 3)) *decisione quadro* 24 febbraio 2005 relativa agli attacchi contro i sistemi di informazioni che prevede per i casi più gravi la pena detentiva di durata massima compresa tra uno e tre anni; 3) *decisione quadro* 24 febbraio 2005 relativa agli attacchi contro i sistemi di informazioni che prevede per i casi più gravi la pena detentiva di durata massima compresa tra uno e tre anni.

La *decisione quadro* 27 gennaio 2003 in materia di reati ambientali invece non prevedeva un tetto di durata massima della pena, ma segnalava l'obbligo di ricorrere a pene privative della libertà personale per le violazioni più gravi.

Infine, un tetto di durata massima per la pena detentiva da riservare ai reati più gravi era previsto anche nella *Proposta di direttiva* per la tutela penale dell'ambiente presentata dalla Commissione nel 2007, nella versione successiva alla storica sentenza del settembre 2005 ma precedente lo stop imposto dalla sentenza sulla repressione penale dell'inquinamento provocato da navi con riguardo al potere di definizione delle sanzioni.

In proposito, il *Manifesto sulla politica criminale europea* (citato in nota 28) osserva come la legislazione penale adottata prima del Trattato Lusitano risulti largamente difforme dal principio di coerenza, vuoi a causa dalla previsione dei medesimi livelli di pena per illeciti di differente gravità (coerenza orizzontale), vuoi perché la fissazione del livello minimo di pena massima obbliga gli Stati all'innalzamento dei propri livelli sanzionatori complessivi (coerenza verticale).

⁽⁹⁷⁾ Si leggano a titolo esemplificativo: 1) *decisione quadro* 19 luglio 2001 sulla tratta di esseri umani che prevedeva un limite minimo di pena massima pari a otto anni di reclusione; analogamente, 2) *decisione quadro* 28 novembre 2002 relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

⁽⁹⁸⁾ Il riferimento è alla: 1) *Proposta di direttiva relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia* del 29 marzo 2010 (artt. 3, 4, 5, e 6) ove peraltro si prevede un minimo del massimo edittale particolarmente elevato (pari a 10 anni di reclusione) per i delitti più gravi; 2) *Proposta di direttiva concernente la protezione e la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime* del 29 marzo 2010 (art. 4).

per talune incriminazioni, quanto sul piano della proporzione tra sanzione e gravità del reato⁽⁹⁹⁾. Senza contare, i riflessi che le scelte compiute in questo settore dal legislatore europeo potrebbero avere sul piano della conformità al principio di coerenza⁽¹⁰⁰⁾.

Quest'ultimo agisce infatti su due fronti: 1) la misura delle pene; 2) la tipologia delle pene.

Il primo campo applicativo della coerenza esorta il legislatore europeo a non prevedere limiti minimi dei massimi edittali talmente elevati da determinare un ingiustificato innalzamento delle pene massime; il secondo ambito è invece di tipo qualitativo e consiste nel divieto di prevedere tipologie di pene del tutto estranee a taluni degli ordinamenti penali nazionali.

A sua volta poi, il vincolo di coerenza riferito alla misura delle pene si svolge tanto in senso verticale, ossia tra i due livelli legislativi, sovranazionale e nazionale, quanto in senso orizzontale, in rapporto ai livelli sanzionatori complessivamente previsti per analoghi tipi di reato nel diritto penale di matrice europea. Sia nell'uno che nell'altro caso i limiti di pena non possono risultare sproporzionati per eccesso o per difetto con riguardo al disvalore dei fatti incriminati ed in relazione ai livelli sanzionatori prescelti per illeciti analoghi in ciascun ordinamento nazionale ed in ambito sovranazionale⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁹⁾ Non va inoltre sottovalutato che sovente la scelta dell'Unione di imporre obblighi di incriminazione sopravanza una accurata preliminare valutazione della conformità delle disposizioni proposte tanto con il principio di proporzione, quanto con il principio di coerenza; e ciò per l'ovvia difficoltà di stabilire una correlazione empirica tra il livello di repressione di un sistema di diritto penale e la capacità dello stesso di prevenire il crimine. Di frequente pertanto, una volta proposta a livello europeo l'introduzione di misure penali, viene affidato agli Stati l'onere di fornire la prova contraria della maggiore efficacia del loro sistema punitivo, anche laddove questo sia meno repressivo rispetto agli *standard* suggeriti in sede sovranazionale. Il che evidenzia come l'armonizzazione penale di matrice sovranazionale possa concretamente tendere ad innescare fenomeni di inasprimento, più che di alleggerimento, delle risposte punitive apprestate in ambito nazionale. Sul tema si legga la relazione di ASP, *Two Noctions of Proportionality*, presentata al XII World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, «Towards a European Criminal Law?», Granada, 2005, 15.

⁽¹⁰⁰⁾ Ciò spiega l'importanza attribuita nel *Manifesto sulla politica criminale europea* (citato nota 28) ad un rigoroso rispetto del vincolo di coerenza da parte del legislatore europeo, così come previsto agli artt. 4 comma 2 e 11 comma 3 del Trattato sull'Unione europea.

⁽¹⁰¹⁾ Il controllo della coerenza orizzontale è tuttavia affidato non soltanto al legislatore europeo, ma anche alla Corte di Giustizia, la quale in passato non ha invero esitato a dichiarare l'illegittimità di norme interne in contrasto con il principio di proporzione o di coerenza. Si deve dunque sperare che in futuro i giudici del Lussemburgo non si mostrino reticenti nell'affrontare la questione della difformità con i principi di proporzione e di coerenza di norme penali europee e che pertanto conservino nei confronti di queste ultime la medesima capacità di prese di posizioni coraggiose che hanno mostrato, quando si è trattato di giudicare disposizioni interne agli ordinamenti statuali. In tal senso, GIUDICELLI-DELAGE, *Conclusion*, in GIUDICELLI-DELAGE, MANACORDA (cur.), *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, Paris, 2010,

Non di meno, tra i due piani in cui si sviluppa il controllo di coerenza (misura delle pene da un lato; specie delle pene, dall'altro lato), il secondo si rivela forse più insidioso, perché è destinato a scontrarsi con le difformità rinvenibili nel campo dei connotati sistemici di ciascun ordinamento penale (basti pensare alle divergenze sul fronte della distinzione tra delitti e contravvenzioni, tipica solo di taluni ordinamenti; o alla diversa «natura», fissa o a tassi giornalieri, della pena pecuniaria, e così via).

In tale specifico ambito, persino il lessico utilizzato dal legislatore europeo per la definizione delle pene può giocare un ruolo fondamentale, sol che si consideri come nei in sistemi analoghi a quello italiano, il ricorso al termine «reclusione» in luogo del più generico «pena detentiva» può innescare una serie di effetti concatenati, che vanno dal vincolo della scelta del tipo delittuoso di reato alle conseguenti implicazioni in tema di procedibilità, di pene accessorie e di misure alternative alla detenzione⁽¹⁰²⁾.

Non vi è dubbio che il differente «linguaggio» utilizzato dagli Stati in materia di pene rappresenti il principale ostacolo non soltanto per il conseguimento di buon livello di armonizzazione delle legislazioni penali, bensì anche per il compimento di un'opera di razionalizzazione degli *input* di penalizzazione provenienti dall'Unione.

Sicché, in prospettiva di una parziale attenuazione delle difficoltà che il legislatore europeo dovrà affrontare per dare piena attuazione al principio *de quo*, sembra che l'unica strada realisticamente percorribile sia quella di prevedere forme di collaborazione tra gli Stati e l'Unione nell'opera di razionalizzazione delle scelte incriminatrici sovranazionali. A tal fine, occorrerebbe riservare ai primi ampi margini di discrezionalità in sede di attuazione, per esempio ricorrendo ad obblighi di incriminazione «flessibili», suscettibili di venire adattati alle peculiarità di ciascun sistema penale.

Per la definizione dei requisiti minimi delle sanzioni, sarebbe pertanto auspicabile che il legislatore europeo si avvallesse di obblighi a contenuto generico, che più facilmente si prestano ad essere resi coerenti con le caratteristiche dell'ordinamento penale nazionale di riferimento: es. obbligo generico di pena detentiva – con conseguente libertà di scelta tra reclusione e arresto; obbligo generico di impiegare pena detentiva e pena pecuniaria –

315 s. che evidenzia come le possibilità di un approccio rigoroso siano fortemente condizionate dalla maggiore o minore determinatezza delle disposizioni europee che la Corte è chiamata a giudicare.

⁽¹⁰²⁾ Il tema sembra preoccupare anche il Consiglio che infatti nel *Programma di Stoccolma* – adottato il 3 marzo 2010 (documento 5731/10 CO EUR-PREP 2, JAI 81, POLGEN 8) – esorta a migliorare la qualità della legislazione penale sul versante della precisione terminologica, ritenendo quest'ultima essenziale per uno sviluppo coerente dell'azione europea nel settore del ravvicinamento delle norme penali.

con conseguente facoltà di applicazione alternativa o congiunta e così via).

La flessibilità dei vincoli dovrebbe inoltre riguardare anche la misura delle pene; sicché, agli Stati dovrebbe attribuirsi la libertà di discostarsi dal minimo di pena massima indicato dal legislatore europeo, ove ciò fosse necessario per salvaguardare la coerenza del loro sistema sanzionatorio⁽¹⁰³⁾.

Senonché, la necessità di assicurare che le opzioni di fonte europea in materia di requisiti minimi delle sanzioni penali siano soggette ad una certa flessibilità al momento dell'implementazione – e possano dunque subire gli aggiustamenti indispensabili a garantire un loro adattamento alle caratteristiche sistemiche degli ordinamenti nazionali – potrebbe avere significative ricadute sull'efficacia complessiva dell'azione armonizzatrice. La duttilità del vincolo farebbe infatti mutare la qualifica giuridica delle correlative disposizioni impositive, che verrebbero così ad operare non più come autentiche «regole», bensì come meri «standard» o parametri, analoghi a quelli già sperimentati in passato – sotto la vigenza del divieto di definire tramite direttive la specie e la misura delle pene.

Come è ovvio, tale mutamento genererebbe inevitabili ripercussioni non soltanto sui contenuti di un giudizio di legittimità europea avente ad oggetto le disposizioni nazionali di attuazione, bensì anche sulla capacità armonizzatrice degli obblighi di matrice europea.

Quanto al primo profilo, non vi è dubbio che una volta chiamata a valutare la difformità tra la normativa interna e gli obblighi europei, con specifico riguardo al tema delle pene, la Corte di Giustizia sarebbe tenuta a verificare la corrispondenza delle soluzioni offerte dal legislatore nazionale agli *standard* di tutela stabiliti a livello sovranazionale, ossia a compiere un giudizio di tipo «relazionale», per sua stessa natura più discrezionale di quello che si dovrebbe formulare in caso di conflitto «triadico». Con buona probabilità, data la natura flessibile del vincolo europeo, le risposte del legislatore interno raramente apparirebbero incompatibili o inadeguate rispetto ai parametri fissati in sede sovranazionale. Alla maggiore elasticità della disposizione europea corrisponderebbe infatti la possibilità di scegliere liberamente le soluzioni attuative, senza con ciò oltrepassare i confini di un corretto adempimento del vincolo europeo, ossia senza violare né il dettato degli artt. 11 e 117 Cost., né il vincolo di lealtà comunitario.

⁽¹⁰³⁾ Come suggerito da GRASSO, *L'armonizzazione e il coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 859 s.; SICURELLA, «Eppur si muove!»: alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione Europea, cit., 266 s.; DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, 12 e più di recente, da PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 275 s.

Gli accorgimenti adottati in sede di trasposizione interna degli obblighi sanzionatori di matrice europea sfuggirebbero pertanto costantemente alla censura europea e costituzionale, poiché difficilmente potrebbero giudicarsi in contrasto con i modelli sanzionatori stabiliti dall'Unione.

Con riferimento al secondo dei profili sopra menzionati invece – vale a dire il problema delle conseguenze di un siffatto approccio sulla capacità armonizzatrice degli interventi europei –, non vi è chi non si avveda come con il riconoscimento della facoltà per gli Stati di interpretare in termini piuttosto *elastici* le opzioni sanzionatorie del legislatore europeo – al fine di renderle compatibili con i requisiti costitutivi del proprio sistema – vi sarebbe il rischio di pervenire a soluzioni anche molto eterogenee tra i diversi ordinamenti, con conseguente indebolimento dell'effetto di ravvicinamento delle legislazioni che invece si intenderebbe perseguire ⁽¹⁰⁴⁾.

Senza contare che la varietà degli esiti dell'implementazione, in origine generata dall'esigenza di adeguare le indicazioni normative di fonte europea alle caratteristiche strutturali tra gli ordinamenti penali, potrebbe venire ulteriormente complicata dall'intervento di fattori di disomogeneità indiretta, quali la differente regolamentazione del regime del cumulo di pene, nonché il diverso ruolo di volta in volta attribuito alla recidiva nelle legislazioni nazionali ⁽¹⁰⁵⁾.

Si tratta, come è ovvio, di una «controindicazione» che non può essere evitata, in quanto non è pensabile immaginare una rinuncia ad un'opera di razionalizzazione degli *input* di penalizzazione provenienti dall'Unione in rapporto alle peculiarità proprie di ciascun ordinamento penale.

È questo il prezzo da pagare per il differente «linguaggio» che gli Stati parlano sul versante delle pene; un prezzo dovuto, e tuttavia indubitabilmente elevato, se si considera l'attenuazione dell'incisività armonizzatrice delle direttive penali che ne consegue.

Nei settori investiti dalla potestà penale dell'Europa, sul terreno specifico delle sanzioni, un certo livello di eterogeneità tra gli Stati sembra dunque destinato a sopravvivere alle seppur significative innovazioni introdotte dal Trattato lusitano, almeno sino a quando, come auspicato da acuta dottrina

⁽¹⁰⁴⁾ Tale effetto sarebbe l'ovvia conseguenza di quello che GRÖNING, *A Criminal Justice System Deficit? Notes on the System Structure of the EU Criminal Law*, in E.J. *Crime, Crim. Law and Crim. Justice*, 2010, 131 s. definisce il «problema dell'asimmetria» tra il diritto penale di fonte europea ed il diritto penale interno degli Stati membri.

⁽¹⁰⁵⁾ Come segnala, BERNARDI, *Sull'opportunità di un'armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, cit., 303. In senso conforme di recente, RUBI-CAVAGNA, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne*, cit., 517 e 518.

(¹⁰⁶), all'azione di ravvicinamento delle normative penali non si affiancherà anche un processo di ravvicinamento delle categorie dogmatiche che stanno alla base dei requisiti di sistema dei singoli ordinamenti.

In effetti, sotto il profilo delle sanzioni, in misura maggiore che sul versante dei precetti, una piena armonizzazione dei diritti penali nazionali chiama in causa una convergenza culturale ed ideologica degli Stati, che faccia da substrato ai vincoli formali imposti dall'alto e che risulti in grado di compensare le forzature e i mutamenti cui questi ultimi sono fatalmente soggetti al momento della loro implementazione a livello nazionale (¹⁰⁷).

Il traguardo prefissato – in quanto correlato al definitivo raggiungimento di una comunanza teorica di valori e di principi tra i sistemi penali nazionali, ancora fortemente aggrappati alle proprie tradizioni giuridiche – si colloca irrimediabilmente in un orizzonte futuro, lontano ed incerto.

Senonché, nel lento incedere dell'Unione verso la predisposizione di risposte comuni per il contrasto a taluni fenomeni criminali di rilievo transnazionale, il passo compiuto a Lisbona costituisce di certo una tappa importante. Il nuovo Trattato ha infatti creato le basi istituzionali e il quadro normativo per la promozione di interventi destinati ad attenuare, sebbene non ad eliminare, la gran parte dei dislivelli sanzionatori rinvenibili tra i singoli ordinamenti penali, almeno per i reati che offendono interessi comuni agli Stati membri.

Per quanto il nuovo assetto istituzionale non consenta «fughe in avanti» verso la realizzazione di un autonomo diritto penale europeo, incentrato su condivisi fondamenti teorici, nondimeno, la possibilità di stabilire *standard* di pena maggiormente vincolanti rispetto a quelli del passato – perché soggetti a controllo giurisdizionale e inseriti nel contesto di una competenza penale decisamente rafforzata –, senza dubbio incoraggia l'innescò di momenti di dialogo e di confronto critico tra i sistemi penali europei.

Dei nuovi «*inputs*» provenienti dall'Unione potranno certamente giovarsi quei processi di spontanea confluenza culturale che non soltanto age-

(¹⁰⁶) MILITELLO, *Dogmatica e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 426 s.

Sul tema, di recente anche RUBI-CAVAGNA, *op. cit.*, 518 e 519, che a tal proposito auspica non soltanto un'armonizzazione delle fondamentali nozioni di parte generale, ma altresì lo sviluppo di una prassi legislativa caratterizzata dall'inserimento nel testo delle direttive penali di plurime disposizioni definitorie dei termini impiegati, in modo da ridurre le divergenze interpretative dovute alle discrasie linguistiche tra gli Stati.

(¹⁰⁷) BERNARDI, *Sull'opportunità di un'armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, cit., 289 evidenzia come i processi di spontanea convergenza culturale, sociale e politica siano fattori determinanti nella mitigazione delle differenze sanzionatorie tra gli Stati UE.

volano il rinvenimento di punti di contatto tra gli assetti degli ordinamenti penali nazionali ⁽¹⁰⁸⁾, ma che altresì assecondano ogni fenomeno di progressivo superamento delle più rilevanti discrasie tra gli stessi ⁽¹⁰⁹⁾.

7. – Sin qui si sono affrontate tematiche riguardanti la competenza penale dell'Unione, così come regolata dall'art. 83 TFUE.

Nel Trattato sul funzionamento dell'Unione, si rinvengono tuttavia anche disposizioni che non riguardano direttamente la funzione normativa penale ma che possono interferire con essa in maniera significativa.

Si tratta di norme che regolano settori specifici dell'azione europea e che si prestano ad essere interpretate come funzionali a creare «ambiti particolari» in cui il ravvicinamento delle legislazioni penali potrebbe attuarsi tramite il ricorso a strumenti normativi ad efficacia diretta, quali i regolamenti.

A venire in rilievo sono soprattutto le disposizioni relative all'istituzione di una Procura europea e le norme in materia di lotta contro le frodi comunitarie e contro il terrorismo.

a) Per quanto concerne la Procura europea, l'art. 86 TFUE stabilisce che i regolamenti istitutivi della stessa ne individuano le competenze e «definiscono» i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione per i quali la Procura avrà poteri inquirenti. Il quarto comma dell'art. 86 TFUE prevede inoltre che con decisione unanime del Consiglio europeo detti regolamenti possano venire modificati, allo scopo di estendere la competenza della Procura europea «*alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale*».

Tale disposizione riprende quasi integralmente il contenuto dell'art. III-274 del Trattato Costituzionale del 2004 che, a giudizio di taluni, riconosceva di fatto una competenza penale dell'Unione in materia di interessi finanziari di tipo «diretto», in quanto incentrata sull'adozione di atti – i re-

⁽¹⁰⁸⁾ Appaiono dunque ancora attuali le affermazioni pronunciate nel 1968 dal Professore Pagliaro, *Diritto penale e cultura europea*, in BETTIOL, *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, 149 s. (ora in PAGLIARO, *Il diritto penale tra norma e società*, Scritti 1956-2008, vol. IV, Milano, 2009, 547 s.): «Bisogna tenere presente che il diritto è un fenomeno di cultura e che perciò sarebbe probabilmente vano tentare di estendere norme o principi giuridici, validi in un determinato ambito culturale, a popoli che hanno una vita culturale profondamente diversa. Ma in Europa la unità culturale non può essere contestata: l'unificazione del diritto penale è, dunque, in linea di principio sostenibile»; «Le ideologie e i sistemi politici passano; ma la cultura europea rimane. E in essa sta la salvaguardia per la possibilità di costruire un diritto penale unitario per l'Europa intera: un diritto penale, cioè, che sia espressione della nostra comune cultura millenaria».

⁽¹⁰⁹⁾ Come già segnalava tempo addietro, con riferimento al quadro istituzionale introdotto dal trattato di Amsterdam, MILITELLO, *op. ult. cit.*, 433 s.

golamenti – non soggetti al filtro di leggi interne di attuazione e immediatamente efficaci negli ordinamenti statali ⁽¹¹⁰⁾.

In ragione della corrispondenza tra la norma costituzionale richiamata e l'art. 86 TFUE, si tende ad affermare che quest'ultima attribuisca all'Unione il potere di definire tramite regolamento i reati a protezione dei propri interessi finanziari.

A favore di tale interpretazione deporrebbe il fatto che la locuzione «*reati definiti*» dal regolamento istitutivo della Procura richiamerebbe il termine «*definizione*» impiegato all'art. 83 con riguardo alla possibilità di stabilire tramite direttive norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni. Il che farebbe propendere per l'idea che nel linguaggio del Trattato l'espressione «*definizione*» assuma chiaramente il significato di previsione degli elementi costitutivi, e non di mera individuazione di illeciti predefiniti dalla legislazione penale degli Stati membri ⁽¹¹¹⁾.

L'unica differenza tra la competenza penale diretta di cui all'art. 86 TFUE e la competenza penale indiretta di cui all'art. 83 TFUE concernerebbe il potere di stabilire i requisiti delle sanzioni, che sarebbe precluso per la prima ed invece espressamente ammesso per la seconda. Tale affermazione troverebbe a sua volta riscontro in un dato testuale: l'art. 83 prevede esplicitamente il potere di stabilire norme minime in relazione ai reati ed alle corrispondenti sanzioni; l'art. 86 invece menziona esclusivamente i «*reati*» e mai le «*pene*» ⁽¹¹²⁾.

La gravidanza degli interessi finanziari legittimerebbe dunque il ricorso a forme di armonizzazione delle fattispecie di reato più penetranti rispetto a

⁽¹¹⁰⁾ In questi termini, BERNARDI, «*Riserva di legge*» e *fonti europee in materia penale*, cit., 7 ed in particolare nota 14.

Per la verità, alcune voci contrarie avevano negato che la disposizione costituzionale configurasse una potestà normativa diretta dell'Unione per la creazione di fattispecie penali a protezione degli interessi finanziari. A tal proposito, si faceva osservare che essa non conteneva alcun esplicito riferimento alla facoltà di stabilire tramite regolamento norme minime relative alla definizione dei reati e delle pene, mentre ragioni di ordine sistematico avrebbero richiesto una minore ambiguità linguistica per l'introduzione di una competenza penale «*diretta*», sino ad allora negata all'Unione. L'impiego dell'espressione «*reati definiti*» dalla legge sulle competenze della Procura avrebbe dunque dovuto leggersi come «*reati individuati*», ossia elencati nella normativa europea e tipizzati nei loro elementi costitutivi dalle leggi penali nazionali. Il riferimento è a GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in GRASSO-SICURELLA (cur.), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, 697.

⁽¹¹¹⁾ In tal senso, SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in BILANCIA-D'AMICO (cur.), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 158 s., nonché, PICOTTI, *La perspective de réforme des traités européens et la lutte contre la fraude*, cit., 71.

⁽¹¹²⁾ SOTIS, *op. ult. cit.*, 160. In senso conforme, MASTROGIULIO, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea dopo il trattato di Lisbona: luci e ombre*, in *Ind. pen.*, 2010, 243 e 244.

quelle previste per la tutela di altri interessi, in quanto realizzate tramite regolamenti, e non tramite direttive. Tuttavia, tale maggiore efficacia sarebbe circoscritta agli elementi costitutivi del fatto tipico e non riguarderebbe anche le sanzioni, data la mancata menzione delle pene nella corrispondente disposizione del trattato.

Da parte dell'Europa, verrebbe così mantenuta salda l'idea che anche nei settori cruciali per le politiche europee, meritevoli di una più spinta omogeneizzazione, questa non possa risultare tanto pervasiva da comportare che i vincoli di armonizzazione riguardanti specie e misura delle sanzioni penali siano introdotti per via diretta negli ordinamenti statali, mediante regolamenti. All'«unificazione» delle norme sul versante delle condotte punibili non corrisponderebbe pertanto un'analogo «unificazione» delle disposizioni sanzionatorie, il cui ravvicinamento sarebbe comunque demandato allo strumento della direttiva, con conseguente facoltà per gli Stati di sottoporre al filtro della legge di implementazione interna le scelte compiute in tale ambito dal legislatore europeo.

Sicché, per la protezione degli interessi finanziari, l'art. 86 TFUE sembra delineare un sistema a doppio binario: i regolamenti, per l'armonizzazione degli elementi costitutivi dei fatti tipici; le direttive, per la definizione dei requisiti minimi delle sanzioni correlate a quegli stessi fatti.

Senonché, non può trascurarsi come l'art. 86 TFUE si presti a fungere da grimaldello per un eventuale futuro consolidamento della competenza penale europea. La «clausola di estensione» di cui al comma 4 della competenza della Procura alla *«lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale»* infatti getta le basi per una espansione della potestà penale «diretta» dell'Unione a materie diverse da quella finanziaria, rendendo possibile un ampliamento della facoltà di adottare regolamenti (non più soltanto direttive) impositivi di obblighi di incriminazione anche a reati differenti dagli illeciti in campo finanziario, purché particolarmente gravi e di rilievo transnazionale.

Ove in seno alle istituzioni europee si raggiungesse un accordo sulla modifica dei regolamenti istitutivi della Procura europea, questi verrebbero ad inglobare anche fattispecie incriminatrici poste a tutela di beni eterogenei, per le quali – analogamente che per le incriminazioni a protezione degli interessi finanziari – si assisterebbe quindi ad un processo di autentica «unificazione» dei diritti penali.

b) Le disposizioni che regolano le competenze dell'Unione nella lotta contro la frode sembrano mostrare un livello di ambiguità addirittura maggiore di quello che contrassegna la disposizione da ultimo commentata.

L'art. 325 TFUE stabilisce infatti al par. 4 che il Parlamento europeo ed

il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure necessarie per prevenire e lottare con la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di assicurare una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e tra le istituzioni comunitarie.

La disposizione attribuisce una competenza ampia comprensiva di ogni misura ritenuta necessaria a rafforzare la lotta contro la frode e non prevede un esplicito divieto di interferire sui diritti penali nazionali ⁽¹¹³⁾. Ciò indurrebbe a ritenere che il raggio di azione dell'articolo *de quo* si estenda anche alle disposizioni penali, tenuto conto che senza dubbio esse possono risultare necessarie a conseguire l'obiettivo indicato dalla disposizione del Trattato di realizzare una protezione efficace ed equivalente sia a livello nazionale, sia a livello sovranazionale.

In base a tale interpretazione, l'art. 325 TFUE fornirebbe dunque una base giuridica autonoma e specifica per la creazione di un diritto penale europeo in senso stretto, con riguardo al settore della frode, in quanto consentirebbe al legislatore europeo di creare direttamente – per il tramite di regolamenti – norme penali incriminatrici ⁽¹¹⁴⁾.

Senonché, vi sono molteplici ragioni per dubitare dell'interpretazione suggerita.

A favore della tesi che nega il riconoscimento di una competenza penale diretta in materia di lotta contro la frode concorrono sia motivi di ordine letterale, sia motivi di carattere sistematico.

Sul versante letterale, è evidente che l'art. 325 TFUE, contrariamente all'art. 86 TFUE, non contiene alcun esplicito riferimento al potere di definizione dei reati. E poiché quando l'Europa ha voluto delineare una competenza a stabilire norme minime sugli elementi costitutivi degli illeciti penali, lo ha fatto espressamente, si può sostenere che in tal caso essa non abbia inteso riferirsi al potere di legiferare sul versante penale.

Dal punto di vista sistematico invece, individuare nell'art. 325 TFUE il fondamento giuridico di una potestà legislativa penale di tipo diretto significherebbe «duplicare» la base istituzionale per la competenza penale diretta in materia di lotta contro la frode lesiva degli interessi finanziari, dato che essa andrebbe collocata nell'art. 86 TFUE, come segnalato sopra.

Per di più, l'impostazione criticata legittimerebbe un metodo di interpretazione estensiva potenzialmente idoneo a ritagliare ulteriori ambiti o spazi di azione, in cui al diritto penale europeo verrebbe assegnata la pos-

⁽¹¹³⁾ Limite che era invece previsto nel vecchio art. 280 TUE, come ricorda PICOTTI, *La perspective de réforme des traités européens et la lutte contre la fraude*, cit., 70.

⁽¹¹⁴⁾ La tesi è sostenuta da PICOTTI, *op. ult. cit.*, 70.

sibilità di svilupparsi attraverso l'adozione di norme di tipo regolamentare. Basti pensare alle disposizioni che concernono la lotta contro il terrorismo e più in generale a tutte le norme riguardanti la creazione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia che agevolmente si prestano a fungere da base giuridica per l'emanazione di norme penali ad efficacia diretta.

c) Quanto appena detto ci porta ad affrontare l'ultimo corpo di norme che potrebbero operare come fondatrici di una competenza penale «marcherata».

Si tratta degli artt. 67 e 75 TFUE sullo spazio di libertà sicurezza e giustizia.

Come è noto, la prima disposizione definisce gli obiettivi dell'Unione per la realizzazione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia e tra questi menziona anche la prevenzione e la lotta contro la criminalità organizzata, il razzismo e la xenofobia.

L'art. 75 dispone invece che per il conseguimento degli scopi indicati all'art. 67, in materia di prevenzione e lotta al terrorismo e alle attività connesse, è possibile definire tramite regolamenti norme minime di carattere amministrativo per il congelamento dei capitali, dei beni finanziari o dei proventi economici appartenenti, posseduti o detenuti da persone fisiche o giuridiche, da gruppi o da entità non statali.

È evidente come la presenza nella norma da ultimo richiamata di un esplicito riferimento alla natura amministrativa delle misure da adottare non impedisca la possibilità di un'interpretazione estensiva, che ne allarghi la portata ad ogni misura punitiva di carattere economico, anche di natura penale.

Negli ordinamenti nazionali infatti, il congelamento di capitali, di beni finanziari o di proventi economici, nonché eventuali altri strumenti di contrasto contro i movimenti finanziari connessi al terrorismo costituiscono sovente la conseguenza sanzionatoria collegata all'applicazione di norme penali. Basti pensare alle sanzioni previste in materia di riciclaggio, o più in generale alla disciplina della confisca penale.

Sicché, ove si sostenesse un'interpretazione che andasse oltre il tenore letterale della disposizione, si dovrebbe concludere che quest'ultima possa rappresentare la base giuridica di riferimento per l'adozione di disposizioni penali in materia di contrasto alle attività illecite collegate al finanziamento del terrorismo e all'occultamento dei proventi del terrorismo ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹⁵⁾ I dubbi esposti sono condivisi da HERLIN-KARNELL, *Waiting for Lisbon ... Constitu-*

Nondimeno, l'opzione di impiegare l'art. 75 TFUE in chiave penalistica appare nel complesso alquanto discutibile, sia perché in contrasto con la dizione letterale della norma che non menziona espressamente il potere di definizione dei reati, sia per le difficoltà di coordinamento che in tal modo verrebbero a delinearsi in relazione alla competenza penale dell'Unione in materia di terrorismo, così come disciplinata all'art. 83 TFUE ⁽¹¹⁶⁾.

L'incertezza sui «confini operativi» delle disposizioni richiamate dimostra come il nuovo assetto istituzionale non abbia definitivamente risolto ogni questione concernente la corretta base giuridica per l'armonizzazione dei diritti penali nazionali. Il tenore di alcune norme del Trattato si presta infatti ad aprire pericolosi varchi verso la creazione di norme penali europee direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali e quindi a gettare le basi per un processo di autentica «unificazione» dei diritti penali, per lo meno con riferimento ad alcune materie di «interesse sensibile».

La prospettiva delineata dall'art. 86 TFUE sulla tutela penale degli interessi finanziari dell'Ue assume in tal senso un rilievo emblematico. Qui, più che in altri settori, la facoltà di emanare regolamenti destinati ad armonizzare i precetti penali nazionali sembrerebbe fondarsi su basi sufficientemente solide. Se adeguatamente sfruttata, tale opzione disegnerebbe senza dubbio scenari inediti tanto sul versante del passaggio da un modello incentrato sul ravvicinamento delle legislazioni penali ad un modello basato sull'unificazione delle fattispecie incriminatrici, quanto sotto il profilo delle conseguenti esigenze di coordinamento tra diversi strumenti normativi che così affiorerebbero. È infatti indubbio che potrebbero profilarsi problemi di interferenza tra atti legislativi di differente natura, laddove l'Unione affiancasse ai regolamenti descrittivi dei precetti penali emanati in base all'art. 86 TFUE anche direttive concernenti le corrispondenti sanzioni (per la cui definizione – come segnalato – sembrerebbe inibito il ricorso a norme direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali), adottate ai sensi dell'art. 83 TFUE.

È dunque immaginabile che su questi temi ancora una volta si rivelerà decisiva l'attività interpretativa della Corte di Giustizia. Come accaduto in passato, anche in futuro, il compito di colmare le ambiguità che si celano

tional Reflections on the Embryonic General Part of EU Criminal Law, in E.J. *Crime, Crim.l law and Crim.Justice*, 2009, 234 s.

⁽¹¹⁶⁾ Nonostante, la previsione di cui all'art. 75 TFUE lasci pur sempre aperta la questione della corretta base giuridica per l'emanazione di provvedimenti in materia di congelamento di beni o proventi del terrorismo, dato che resta incerto se tali misure debbano considerarsi di carattere amministrativo, come tali soggette alla disposizione in questione, o se invece gli si possa attribuire natura penale, con conseguente mutamento della base giuridica e rinvio all'art. 83 TFUE.

dietro le nuove regole spetterà alla giurisprudenza europea; fermo restando che la concreta possibilità di innescare spinte propulsive verso un'autentica «unificazione» dei diritti penali nelle materie di consolidato interesse e rilievo europeo (soprattutto PIF), nonché nei confronti dei fenomeni criminali – come il terrorismo – considerati di maggiore allarme sociale in ambito sovranazionale dipenderà in larga parte anche dal realizzarsi di convergenze politiche in tal senso, oltre che dalla capacità dei giudici europei di prese di posizione coraggiose e innovative.

8. – Da ultimo, non rimane che affrontare brevemente il tema delle regole di diritto intertemporale applicabili alle decisioni quadro emanate prima dell'entrata in vigore del nuovo trattato.

L'art. 9 del *Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie* prevede il mantenimento dell'efficacia giuridica degli atti adottati sotto il vigore dei precedenti trattati, fino ad eventuale modifica, annullamento o abrogazione (art. 9).

Per gli atti emanati nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, l'art. 10 stabilisce una disciplina speciale incentrata sulla temporanea preservazione (5 anni) del precedente «status» giuridico. Le decisioni quadro restano infatti sottratte alla procedura di infrazione e al tipo di controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia previsto nel nuovo trattato, salvo che l'atto non venga modificato. In tal caso, nei suoi confronti varranno le attribuzioni della Commissione e della Corte di Giustizia così come regolate dai trattati revisionati. Infine, l'art. 11 invita il Parlamento, il Consiglio e la Commissione ad adoperarsi affinché gli atti adottati prima del Trattato lusitano vengano modificati o sostituiti entro i cinque anni in modo da costituire un «acquis» della nuova Unione.

È evidente che si tratta di una regolamentazione alquanto complessa e per certi versi incomprensibile ⁽¹¹⁷⁾. Essa attribuisce alle decisioni quadro ⁽¹¹⁸⁾ una vigenza temporanea basata sulle vecchie regole e nulla precisa in merito alla «sorte» loro riservata qualora nei cinque anni prescritti non vengano sottoposte alle modifiche necessarie per una definitiva acquisizione entro la cornice giuridica del trattato sul funzionamento dell'Unione.

⁽¹¹⁷⁾ PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, in BILANCIA-D'AMICO (cur.), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 231 parla di «formulazione alquanto oscura».

⁽¹¹⁸⁾ Ed alle Convenzioni: in relazione ad esempio a quella relativa alla mutua assistenza giudiziaria cfr. MILITELLO/MANGIARACINA, *The Future of Mutual Assistance Conventions in the EU*, in FIJNAUT/OUWERKERK, *The future of Police and Judicial Cooperation in the EU*, Leiden, 2010, 182 s.

Appare dunque chiaro che in caso di mancata attivazione delle istituzioni per un trasferimento nel nuovo quadro istituzionale del patrimonio giuridico in materia penale costituitosi prima della riforma, questo perderà efficacia e andrà definitivamente perduto. Il che solleva qualche perplessità con riguardo al problema del venir meno anche dei principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria sugli atti del terzo pilastro. Una volta che siano decorsi i cinque anni del regime transitorio, avverrà il definitivo accantonamento delle regole interpretative stabilite dalla Corte di Giustizia per questo settore?

Il pensiero corre – come ovvio – soprattutto all’obbligo di interpretazione conforme fissato nella nota sentenza «Pupino»⁽¹¹⁹⁾ destinato a sopravvivere soltanto per lo spazio di pochi anni.

La questione non è di poco conto, se osservata dal punto di vista degli effetti che potrebbe avere sui processi pendenti presso i giudici nazionali. Per le materie disciplinate da decisioni quadro o da Convenzioni del vecchio terzo pilastro, non sostituite da atti normativi della nuova Unione, trascorso il regime transitorio, decadrà anche l’obbligo di interpretazione conforme, con la conseguenza che nei diversi gradi di giudizio potrebbe assistersi ad un ribaltamento degli esiti processuali, data l’assenza del vincolo di attenersi ad una lettura delle disposizioni interne che sia in linea con gli obiettivi fissati nei provvedimenti del terzo pilastro.

Per evitare lo sgretolamento definitivo di una parte consistente del diritto formatosi nel settore della cooperazione penale, non resta che augurarsi una particolare solerzia dell’Unione nella sostituzione degli atti adottati, in modo da assicurare la rapida stabilizzazione dell’acquis pre-Lisbona entro i brevi termini imposti dalle norme transitorie.

Ed in effetti sembra che l’Europa abbia intrapreso proprio la strada da ultimo segnalata di una sollecita revisione delle decisioni quadro; come dimostra sia la recente predisposizione per talune materie di alcune proposte di direttive⁽¹²⁰⁾ destinate ad abrogare e a sostituire le corrispondenti decisioni quadro, sia l’esortazione contenuta nel *Programma di Stoccolma* ad un riesame orizzontale di tutti gli atti emanati nella cornice del terzo pilastro al fine di attuare una politica legislativa penale organica ed in grado di assicu-

⁽¹¹⁹⁾ CGCE 16 giugno 2005, causa C-105-03.

⁽¹²⁰⁾ Il riferimento è alla: 1) *Proposta di direttiva relativa alla lotta contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia* che abroga la decisione quadro 2004/68/GAI; 2) *Proposta di direttiva concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime* che abroga la decisione quadro 2002/629/GAI; 3) *Proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione*, che abroga la decisione quadro 2005/222/GAI.

rare un miglior livello qualitativo delle disposizioni anche sotto il profilo della conformità al vincolo di coerenza ⁽¹²¹⁾.

Nondimeno, alla base dell'approccio incentrato sull'abrogazione e sulla sostituzione integrale degli atti sembrano esservi ragioni aggiuntive, oltre all'esigenza di avviare una sollecita transizione del diritto pregresso verso il quadro istituzionale definito dal trattato di Lisbona.

In primo luogo, vi è l'impegno dell'Unione di evitare una celere trasposizione in blocco dei vecchi testi e di riconsiderare il tenore complessivo del diritto già prodotto, al fine di vagliarne la razionalità rispetto agli obiettivi perseguiti e ai principi del diritto comunitario, ed allo scopo di eliminare eventuali incongruenze o duplicazioni.

Al bisogno di schivare il rischio di una produzione penale alluvionale e disorganica si affianca poi la difficoltà tecnica di individuare con precisione gli effetti giuridici che scaturirebbero da una semplice modifica. Anche quest'ultima infatti (ai sensi dell'art. 10 comma 2 del *Protocollo*) determinerebbe una sottoposizione dei provvedimenti del terzo pilastro alle competenze di Commissione, Consiglio e Corte di Giustizia così come definite nel nuovo Trattato sul funzionamento UE. Tuttavia, non è chiaro se tale effetto riguarderebbe esclusivamente le parti modificate o anche quelle rimaste invariate.

L'ambiguità del testo non consente di risolvere la questione; sicché, ove si scegliesse di procedere alla revisione «parziale», si andrebbe incontro al rischio di creare una situazione paradossale di «dimezzamento» o «smembramento» delle decisioni quadro modificate: le disposizioni emendate godrebbero dell'efficacia giuridica propria degli atti di cui all'art. 83 TFUE; le disposizioni non modificate sarebbero invece soggette alla disciplina del pregresso terzo pilastro.

Ciò darebbe luogo ad ulteriori incertezze con riferimento alla durata delle «due velocità» così impresse all'atto, dato che non sarebbe possibile stabilire se l'efficacia delle parti non modificate dovrebbe considerarsi definitiva, o al contrario transitoria, ossia destinata a sopravvivere per il periodo di cinque anni, con conseguente successiva decadenza. In tal caso, come è ovvio, una volta decorso il termine, resterebbero in vigore esclusivamente le parti emendate delle decisioni quadro.

È dunque probabile che per aggirare tali pericoli Commissione e Consi-

⁽¹²¹⁾ Nel *Programma di Stoccolma* il Consiglio esorta infatti alla realizzazione di una legislazione penale che si sviluppi non più – come accadeva in passato – in modo eccezionale e con discutibili duplicazioni di atti normativi, ma in maniera coerente e razionale. A tal fine, si propone di dare avvio ad un riesame orizzontale di tutti i provvedimenti normativi già emanati per accentuare coerenza e consolidazione legislativa.

glio preferiranno procedere all'abrogazione e alla sostituzione totale dei provvedimenti del terzo pilastro, anche in tutti i casi in cui verranno avanzate proposte di semplice modifica degli stessi.

Da ultimo, non va dimenticato che nella cornice del diritto transitorio si inserisce altresì il problema delle proposte di decisioni quadro pendenti al momento dell'entrata in vigore del Trattato.

Sul punto, la Commissione ha precisato che le innovazioni introdotte sia sotto il profilo del quadro istituzionale di riferimento, sia dal punto di vista della natura giuridica degli atti e della procedura di adozione non consentono di far avanzare l'iter di approvazione a seguito di semplice modifica della base giuridica di riferimento (come invece si ammette per le proposte per le quali i mutamenti introdotti a Lisbona non sono stati tanto radicali). Di conseguenza, la Commissione ha stabilito che tali proposte debbano ritenersi «superate» e che per esse occorra una sostituzione con nuove proposte, conformi al mutato quadro istituzionale ⁽¹²²⁾.

Nell'elenco predisposto a tal fine, figurano alcune proposte di decisioni quadro che erano destinate a sostituire altrettante decisioni quadro adottate in precedenza. Il riferimento è soprattutto alla *Proposta di decisione quadro relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia* che abroga la decisione quadro 2004/68/GAI e alla *Proposta di decisione quadro concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime* che abroga la decisione quadro 2002/629/GAI.

Dopo l'entrata in vigore del trattato lusitano, in conformità con quanto deciso dalla Commissione, tali proposte sono state convertite in proposte di direttive, le quali a loro volta coincidono con le prime iniziative intraprese dall'Unione nell'ambito delle nuove competenze di cui all'art. 83 TFUE.

Ciò ovviamente non contrasta con l'idea sopra formulata che l'opzione della sostituzione integrale sarà preferita a quella della semplice modifica, ma semplicemente dimostra come le istituzioni europee stiano procedendo per gradi nel processo di abrogazione e sostituzione integrale degli atti del Terzo Pilastro, dando priorità al diritto ancora «*in fieri*» al momento dell'entrata in vigore delle nuove regole e rinviando ad un momento successivo la revisione del diritto già formatosi sotto la vigenza del precedente trattato.

⁽¹²²⁾ *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – Ripercussioni dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona sulle procedure decisionali interistituzionali in corso*, Bruxelles, 2.12.2009, COM(2009)665 definitivo.

8.1. – Ritornando al tema specifico da cui si è preso spunto per sviluppare queste brevi osservazioni sull'assetto e sulle prospettive future del diritto penale di fonte europea, non resta che considerare i mutamenti che la direttiva sull'inquinamento provocato da navi potrebbe subire a seguito delle innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona.

In effetti, l'avvenuta estensione della potestà normativa penale dell'Europa alla materia delle pene crea le condizioni affinché venga colmata la principale lacuna della direttiva suddetta – e, più in generale, del vigente diritto penale europeo in materia di ambiente ⁽¹²³⁾ –, per l'appunto consistente nella mancata armonizzazione delle sanzioni. Soppresso il limite imposto dalla Corte di Giustizia su tale versante, in futuro l'Europa potrebbe decidere di avvalersi della rinnovata competenza per fissare regole minime riguardanti le sanzioni da prevedere per i reati ambientali e per gli scarichi illeciti in mare, magari adottando direttive *ad hoc* destinate ad integrare i testi già in vigore ⁽¹²⁴⁾.

Senonché, ove messa in atto, tale iniziativa si esporrebbe ad un duplice ordine di valutazioni. Da un lato, essa dovrebbe venire considerata con particolare riferimento alle conseguenze che genererebbe nel settore ambientale; dall'altro lato, occorrerebbe inquadrarne le ricadute sul piano della conformità al principio di coerenza.

Sul versante specifico della tutela penale ambientale, l'adozione di una direttiva regolatrice delle sanzioni andrebbe accolta con favore, poiché completerebbe l'azione armonizzatrice intrapresa dall'Europa in tale ambito, creando le condizioni sia per l'auspicata omogeneizzazione delle differenze sanzionatorie rinvenibili tra gli Stati membri, sia per un rafforzamento degli *standard* di pena propri degli ordinamenti penali (quali l'Italia) che si attestano su bassi livelli di repressione.

D'altro canto, in una più ampia visuale prospettica, un intervento normativo di questo tipo si candiderebbe a divenire uno dei primi banchi di prova per la «tenuta» della potestà normativa penale dell'Unione, con riguardo al delicato settore della «pena» e al correlato principio di coerenza.

Su tale fronte, come evidenziato, la definizione del tetto minimo di pena

⁽¹²³⁾ Il riferimento è qui alla direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente.

⁽¹²⁴⁾ A tal proposito, VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99/CE e il trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano?*, in *Dir. comm. intern.*, 2010, 456 ritiene che le previsioni sui limiti minimi dei massimi edittali di pena contenute nell'originaria proposta di direttiva riguardante i reati ambientali potrebbero costituire una griglia di riferimento per un intervento normativo basato sull'art. 83 TFUE e volto ad armonizzare le sanzioni penali in materia di ambiente.

massima rappresenta un importante momento di sintesi delle istanze di uniformazione della legislazione europea al principio di coerenza, poiché da esso dipende il rischio di una sperequazione verso l'alto o verso il basso delle sanzioni previste per i reati di matrice europea.

Limitandoci al settore della tutela dell'ambiente, possiamo osservare come la Proposta di direttiva del 2007 – nella versione precedente lo stop imposto dalla Corte di Giustizia con la sentenza sull'inquinamento provocato da navi – prevedesse una pena massima compresa tra uno e tre anni di reclusione per le violazioni di carattere colposo, non cagionative di danni alle persone; e tra due e cinque anni di reclusione per violazioni commesse intenzionalmente o con negligenza grave, da cui fossero derivati morte o lesioni gravi alle persone, o danni rilevanti alla qualità dei corpi recettori.

Orbene, per la categoria di condotte da ultimo citata i vincoli editali proposti non sembrano in grado di innalzare il livello sanzionatorio complessivo del nostro sistema penale, ed anzi paiono determinare un lieve abbassamento dei livelli di pena previsti nel nostro ordinamento per violazioni di analogo gravità⁽¹²⁵⁾. Lo stesso non può dirsi invece per le ipotesi di illeciti ambientali non cagionative di eventi di danno in cui si riscontra una certa uniformità con i massimi di pena previsti dal diritto interno⁽¹²⁶⁾.

Nel complesso dunque, le scelte compiute dal legislatore sul versante delle pene da prevedere per i reati ambientali non si espongono ad un grave contrasto con il principio di proporzionalità, né con il principio di coerenza; sol che si consideri come il ricorso alla pena della reclusione di durata massima non inferiore a un anno e non superiore a tre anni sia rigidamente ancorato alla natura colposa dell'illecito e alla verifica di un danno rilevante alla qualità del corpo recettore; così come l'innalzamento della durata massima della reclusione (non inferiore a due anni e non superiore a cinque anni) rimanga correlato alla dimensione intenzionale del reato e al cagionamento di lesioni alle persone o di danni rilevanti alla qualità di acqua, suolo, aria, fauna e flora.

Sicché, ove in futuro l'Unione decidesse di riproporre la griglia di sanzioni prevista nella versione proposta di direttiva in commento, tale modello, rapportato al diritto penale ambientale italiano, non soltanto sfuggirebbe alla censura di incoerenza, ma per di più avrebbe l'effetto positivo di

⁽¹²⁵⁾ Si guardi alla pena prevista per l'omicidio colposo cagionato da omissione di cautele contro gli infortuni sul lavoro (da due a sette anni). O alla pena prevista per l'incendio boschivo doloso e colposo (puniti rispettivamente, il primo con la reclusione da quattro a dieci anni, il secondo con la reclusione da uno a cinque anni).

⁽¹²⁶⁾ Emblematico in proposito, il caso della spedizione illegale di rifiuti punita in Italia con la pena dell'arresto sino a due anni, congiunto alla pena pecuniaria.

creare le condizioni ostative all'impiego di fattispecie di tipo contravvenzionale, agevolando un miglioramento complessivo del sistema interno sotto il profilo del rafforzamento della risposta sanzionatoria, considerato che il vincolo di ricorso alla pena della reclusione implicherebbe la creazione dei nuovi reati in forma di delitti ⁽¹²⁷⁾.

Non di meno, sul punto non è possibile prevedere con certezza le strade che l'Europa deciderà di percorrere. Per quanto il nuovo assetto istituzionale consenta di intervenire in modifica o in correzione dei testi vigenti, non è dato sapere né se si sceglierà di completare l'opera di armonizzazione dei reati ambientali avviata con le direttive sopra citate, attraverso l'adozione di direttive riguardanti le sanzioni, né se, una volta intrapresa tale via, verranno riproposti i limiti edittali contenuti nella vecchia proposta di direttiva. Qualora ci si discostasse da questi, non resterebbe che attendere le nuove soluzioni per valutarne il relativo impatto sul sistema sanzionatorio nazionale.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Erlassung der Richtlinie 2009/123/EG über die Meeresverschmutzung durch Schiffe und die Einführung von Sanktionen für Verstöße stellt nicht nur den letzten Akt der komplexen Interpretationsarbeit dar, die die europäische Rechtsprechung in Bezug auf die Verteilung der Zuständigkeiten im Strafrecht zwischen der dritten Säule der Union und den Säulen der Gemeinschaft geleistet hat, sondern sie bietet gleichzeitig Gelegenheit zu einer Analyse der Perspektiven des europäischen Strafrechts, im historischen Moment des Übergangs Europas von der alten zu seiner neuen institutionellen Ordnung, nach der Reform der Verträge in Lissabon. Insbesondere gibt diese Richtlinie Gelegenheit, über das „Schicksal“ jener strafrechtlichen Rechtsakte nachzudenken, die vor der Reform erlassen wurden, sowie die Perspektiven eines Strafrechts europäischer Machart zu überdenken, und zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt seiner Konformität mit den Grundsätzen der nationalen Strafrechte, als auch der Gemeinschaftsordnung selbst.

Von diesem Blickwinkel aus scheinen die neuen institutionellen Rahmenbestimmungen einen bedeutungsvollen Spielraum für eine korrekte Anwendung des Grundsatzes der strafrechtlichen Subsidiarität und für eine

⁽¹²⁷⁾ Sul punto, esprime rammarico per la mancata previsione di disposizioni armonizzatrici delle sanzioni anche PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, cit., 919.

Stärkung der strafrechtlichen Legalität in Europa zu gewähren. Problematischer gestaltet sich die Frage nach der Einhaltung des Kohärenzgebotes, welchem eine grundlegende Wichtigkeit zukommt, seitdem der Union die Möglichkeit gegeben ist, nicht nur die Minimalvoraussetzungen von Straftaten, sondern auch species und quantum der diesbezüglichen Strafen festzusetzen.

RÉSUMÉ

L'adoption de la Directive 2009/123/CE, relative à l'introduction de sanctions pénales aux fins de la répression de la pollution causée par les bateaux, non seulement représente le dernier acte de l'oeuvre interprétative complexe accomplie par la jurisprudence européenne sur la question de la répartition des compétences en matière pénale entre le troisième pilier de l'Union et les piliers communautaires, mais elle fournit également l'occasion pour une analyse des perspectives du droit pénal de source européenne, lors du passage de l'Europe de l'ancien vers le nouveau système institutionnel, suite à la réforme des Traités mise en place à Lisbonne. Notamment, cette directive offre l'opportunité d'évaluer le «destin» qui attend les actes normatifs à contenu pénal adoptés par l'Europe avant la réforme, et aussi d'analyser les perspectives du droit pénal de source européenne, sous le profil de la conformité de ce dernier aux principes fondamentaux aussi bien des droits pénaux nationaux que de l'ordonnement juridique communautaire.

Sur ce versant, les nouvelles dispositions institutionnelles semblent laisser des marges d'action importantes pour une correcte mise en oeuvre du principe de subsidiarité pénale et pour un renforcement de la légalité pénale au niveau européen. Plus problématique apparaît par contre la question du respect du principe de cohérence, qui a acquis une importance cruciale suite à l'attribution à l'Union du pouvoir d'établir non seulement les conditions minimales constitutives des infractions pénales, mais aussi la species et le quantum des sanctions y attachées.

