

# La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive

Testo, aggiornato e corredato di note, della relazione svolta il 9 maggio 2009 nell'Università Statale di Milano in occasione del Convegno di studi *Diritto penale e fonti sovranazionali: i termini di una relazione problematica*

## SOMMARIO

1. LA COMPETENZA PENALE DELL'UNIONE DOPO LISBONA E IL RUOLO CENTRALE IN ESSA ASSUNTO DALLE DIRETTIVE VOLTE A CONTRASTARE LA CRIMINALITÀ TRANSNAZIONALE. – 2. LA COMPETENZA PENALE INDIRETTA PREVISTA DALL'ART. 83.2 TFUE. IL SUO AMBITO APPLICATIVO E IL SUO CARATTERE ACCESSORIO. – 3. LE LONTANE ORIGINI DELLA COMPETENZA PENALE ACCESSORIA DELL'UNIONE EUROPEA. – 4. LA DIFFIDENZA DEGLI STATI MEMBRI RISPETTO ALL'ATTRIBUZIONE ALL'UNIONE DI UNA COMPETENZA PENALE ACCESSORIA. – 4.1. LE RAGIONI DI QUESTA DIFFIDENZA. IN PARTICOLARE, L'INCERTA ESTENSIONE DELLA COMPETENZA PENALE ACCESSORIA. – 4.2. IL TIMORE DI UNA LEGISLAZIONE PENALE EUROPEA IPERTROFICA IN QUANTO DIMENTICA DEL BENE GIURIDICO E DELLA SUA FUNZIONE CRITICA. – 5. COMPETENZA PENALE ACCESSORIA DELL'UNIONE E PRINCIPIO DI LEGALITÀ. – 5.1. LA DEMOCRATICITÀ DELLE PROCEDURE D'ADOZIONE DELLE FONTI PENALI D'ARMONIZZAZIONE ACCESSORIA. – 5.2. LA PREVEDIBILITÀ DELLE RELATIVE NORME. – 5.3. L'ACCESSIBILITÀ DELLE NORME PENALI D'ARMONIZZAZIONE ACCESSORIA. – 6. LA COMPETENZA PENALE ACCESSORIA AL VAGLIO DEI PRINCIPI DI SUSSIDIARIETÀ E DI PROPORZIONALITÀ. – 7. LA POSSIBILITÀ DI ADOTTARE SOLO "NORME MINIME" E I LIMITI CONTENUTISTICI DI QUESTE. – 8. L'INCIDENZA DELLE DIRETTIVE PENALI D'ARMONIZZAZIONE ACCESSORIA SULLE POLITICHE CRIMINALI NAZIONALI. – 9. LE FORME DI CONTROLLO PREVENTIVO, DI GIUSTIZIABILITÀ E DI OPPOSIZIONE RISPETTO ALLE NORME PENALI EUROPEE DI ARMONIZZAZIONE ACCESSORIA. – 10. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

## 1

LA COMPETENZA PENALE  
DELL'UNIONE DOPO LISBONA  
E IL RUOLO CENTRALE IN ESSA  
ASSUNTO DALLE DIRETTIVE VOLTE  
A CONTRASTARE LA CRIMINALITÀ  
TRANSNAZIONALE

Non v'è dubbio che, all'interno del Trattato di Lisbona, il nucleo centrale della competenza penale dell'Unione europea si rinviene nell'art. 83.1 TFUE, in base al quale il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire "norme minime" relative ai reati e alle sanzioni concernenti le gravi forme di criminalità transfrontaliera. Tale norma trova la sua ragion d'essere nella acquisita consapevolezza che la libera circolazione intracomunitaria possa favorire l'allargamento degli ambiti di operatività della delinquenza organizzata e corrispondentemente possa compromettere la protezione dei cittadini UE, di cui peraltro si vogliono tutelare i diritti fondamentali in un rafforzato spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A tal fine, il processo di armonizzazione penale viene affidato non più al lacunoso strumento della decisione quadro<sup>1</sup> ma a quello della direttiva: cosicché tale competenza penale europea, pur restando indiretta<sup>2</sup>, obbliga ormai

1. Sul punto cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1171 ss.

2. Le norme penali minime contenute nelle direttive di armonizzazione, infatti, sono prive di efficacia diretta, postulando da parte degli Stati membri un'attività di trasposizione e puntualizzazione.

gli Stati membri a dare puntuale attuazione alle disposizioni in cui essa si esprime con la minaccia di un ricorso per inadempimento e di una condanna da parte della Corte di giustizia.

La consapevolezza dell'assoluta necessità di combattere in ambito europeo la criminalità transnazionale innanzitutto attraverso testi di diritto sostanziale capaci di assicurare aree di illiceità penale e trattamenti punitivi sufficientemente omogenei nei diversi Paesi membri ha indotto a conferire un carattere autonomo alla competenza penale dell'Unione qui considerata. Da un lato, infatti, tale competenza, non necessita della previa esistenza di norme europee a carattere extrapenale bisognose di tutela, potendo in ogni momento autolegittimarsi in funzione di lotta alle più insidiose manifestazioni espressive della criminalità in questione. Dall'altro lato – nonostante la formulazione un po' infelice del comma 1 dell'art. 82, che sembra collegare (...) il ravvicinamento delle disposizioni incriminatrici in materia penale alla cooperazione giudiziaria ed al mutuo riconoscimento delle decisioni penali<sup>3</sup> – la suddetta competenza penale UE ha assunto una spiccata autonomia funzionalista, in quanto non è più prioritariamente finalizzata alle esigenze di coordinamento tra le autorità deputate a contrastare i reati<sup>4</sup> (laddove viceversa, ai sensi degli artt. 29 e 31 TUE, sino al 2009 tali esigenze erano alla base della competenza penale di terzo pilastro)<sup>5</sup>. Naturalmente, questa evoluzione in senso autonomista della competenza penale europea di cui all'art. 82.1 TFUE non esprime la volontà di rinnegare le virtuose sinergie tra armonizzazione penale e cooperazione giudiziaria, del resto già da lungo tempo ben note<sup>6</sup>; esprime piuttosto la volontà di conferire alle nuove norme europee volte a contrastare le più gravi forme di criminalità transfrontaliera scopi ulteriori a quelli precedentemente considerati, talora carichi anche di risvolti latamente simbolici<sup>7</sup>. In effetti, è soprattutto attraverso tali norme che si consolida un *comune sentimento di giustizia*<sup>8</sup>, un ideale di *equità punitiva* teso ad affermare la sostanziale eguaglianza tra i cittadini dell'Unione<sup>9</sup> nella loro duplice, possibile veste di autori e di soggetti passivi. Inoltre, è specialmente tramite le norme penali in esame che si afferma un "sentimento di appartenenza all'Europa in quanto insieme politico, giuridico e culturale"<sup>10</sup> espressivo di valori omogenei e volto a colpire con fermezza quei comportamenti che, per la loro intrinseca gravità, massimamente ne oscurano l'immagine di "entità di diritto". Detto per inciso, l'orientamento dottrinale teso a criticare il ricorso al diritto penale europeo in vista del perseguimento di obiettivi simbolici<sup>11</sup> solo di rado si spinge sino a contestare i summenzionati risvolti<sup>12</sup>, dai più

3. G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2326.

4. Cfr., per tutti, L. ARROYO ZAPATERO, M. MUÑOZ DE MORALES, *Droit pénal européen et Traité de Lisbonne: le cas de l'harmonisation autonome*, in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Paris, 2011, par. 1, in corso di pubblicazione; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 2625, nt. 85.

5. Cfr., in particolare, S. MANACORDA, *Introduction. L'integration pénale indirecte, une première définition*, in *L'integration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, a cura di G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, Paris, 2005, p. 21 ss.; L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO, R. SICURELLA, Milano, 2007, p. 395 ss. In base ai suddetti articoli, solo le norme di armonizzazione penale in materia di terrorismo e xenofobia risultavano "svincolate da esigenze di cooperazione": C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1150.

6. Cfr. A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 81.

7. La lotta congiunta dei Paesi membri alla criminalità organizzata transnazionale diventando così uno dei fondamentali contrassegni di un'Europa votata a perseguire la vittoria del diritto sull'illegalità.

8. Cfr., per tutti, G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C. E. PALIERO, I, Milano, 2006, p. 375.

9. A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit., p. 80 ss., in particolare p. 83.

10. A. TSITSOURA, *Faut-il un droit pénal européen?*, in *Pouvoirs*, 1990, n. 55, p. 139; G. QUINTERO OLIVARES, *La unificación de la Justicia Penal en Europa*, in *Revista Penal*, 1999, p. 51.

11. Cfr., per tutti, N. PASTOR MUÑOZ, *Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der Europäischen Union – zugleich: einige Überlegungen zu den Grenzen und Grundlagen einer legitimen europäischen Kriminalpolitik*, in *GA*, 2010, p. 94.

12. Cfr. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 174. L'A. – pur riconoscendo la "funzionalità" dei simboli (*ivi*, p. 98, nt. 263) – contesta in radice che l'Unione europea sia legittimata a costruire un "diritto penale simbolico": anche ove, come appunto in questa sede, il termine "simbolico" assuma accezioni molto diverse da quelle più consuete e condivisibilmente criticate.

invero valutati con favore<sup>13</sup>, anche se a volte non ritenuti di rilievo primario.

La competenza penale *autonoma* dell'Unione risulta comunque pensata per rispondere a ulteriori istanze, anch'esse per vero disancorate da quelle di cooperazione giudiziaria. Si tratta questa volta di istanze meno ideali e più immediatamente pratico-securitarie, ben evidenziate dal *Programma di Stoccolma* (2010-2014) volto a delineare "orientamenti strategici della programmazione legislativa ed operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia"<sup>14</sup>. Partendo dalla constatazione che "la criminalità organizzata sta assumendo sempre più una dimensione globale"<sup>15</sup> e allarmante, detto *Programma* insiste sulla adozione di "una articolata strategia di lotta"<sup>16</sup> nei confronti di tale forma di criminalità, ponendola al centro delle priorità dell'Unione e "individuando le tipologie di reato contro le quali mobilitare gli strumenti di cui dispone"<sup>17</sup>.

In vista di questi diversi, molteplici scopi e istanze, l'art. 83.1, comma 1, TFUE prevede dunque che possono essere stabilite, tramite direttive, "norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni". Sempre l'art. 83.1 contiene, nel suo comma 2, una elencazione delle suddette sfere criminali<sup>18</sup>, dalla quale è agevole desumere come i poteri penali dell'Unione ivi previsti, pur presentando confini ancora non del tutto chiari<sup>19</sup>, assumano una indiscussa, notevolissima rilevanza politico-criminale. Rilevanza destinata in futuro non certo ad attenuarsi, ma semmai ad aumentare laddove, ai sensi del successivo comma 3, in funzione dell'evoluzione della criminalità il Consiglio dovesse deliberare all'unanimità di adottare una decisione volta ad individuare ulteriori sfere criminali destinate a rientrare nella competenza penale *autonoma* dell'Unione.

## 2

### LA COMPETENZA PENALE INDIRETTA PREVISTA DALL'ART. 83.2 TFUE. IL SUO AMBITO APPLICATIVO E IL SUO CARATTERE ACCESSORIO

Il Trattato di Lisbona prevede altresì, in capo all'Unione, una ulteriore forma di competenza penale indiretta. A quest'ultima, per vero, il *Programma di Stoccolma* dedica scarsa attenzione<sup>20</sup>, ma non per questo va considerata di modesta importanza. A tacer d'altro, infatti, essa mira a garantire *l'effetto utile* dei precetti di fonte comunitaria<sup>21</sup>, e al contempo ad impedire che taluni Paesi dell'Unione – in assenza di adeguate misure punitive nazionali volte a colpire le più gravi violazioni di tali precetti – si trasformino in veri e propri "paradisi criminali"<sup>22</sup> capaci di vanificare l'opera di prevenzione penale

13. Cfr., tra gli altri, A. BERNARDI, *Opportunité de l'harmonisation*, in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, a cura di M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, Paris, 2003, p. 460, e bibliografia ivi riportata; E. GINDRE, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union Européenne*, Paris, 2010, p. 416, con ulteriori riferimenti bibliografici.

14. *Programma di Stoccolma* — *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini* (2010/c 115/01), in *Gazz. Uff. Un. Eur.*, 4 maggio 2010, C 115/4.

15. *Programma di Stoccolma* — *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, cit., C 115/21.

16. *Ivi*.

17. *Ivi*.

18. "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".

19. Vero è infatti che talune delle suddette sfere, in particolare quella della criminalità organizzata, risultano esposte a contrapposte opzioni interpretative capaci di restringere o ampliare significativamente gli ambiti della competenza penale autonoma. In argomento cfr., da ultimo, L. ARROYO ZAPATERO, M. MUÑOZ DE MORALES, *Droit pénal européen et Traité de Lisbonne: le cas de l'harmonisation autonome*, cit., par. 2 e 3, in corso di pubblicazione.

20. Cfr. *Programma di Stoccolma* — *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, cit., C 115/15.

21. In merito al principio c.d. dell'*effetto utile*, che impone di consentire il raggiungimento delle finalità proprie delle norme comunitarie, cfr., in generale e per tutti, C. NIZZO, *L'art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 381 ss.; M.G. SCORRANO, *Il principio dell'effetto utile*, in *L'ordinamento europeo*, II, *L'esercizio delle competenze*, a cura di S. MANGIAMELI, Milano, 2006, p. 349 ss.

22. Sull'eventualità che, in presenza di discipline punitive fortemente disomogenee tra gli Stati UE, le attività criminali a carattere economico possano concentrarsi in quelli caratterizzati da una disciplina più mite o meno effettiva cfr. ad esempio, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 142; H.G. SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 30. Con specifico riferimento alla violazione di norme europee a carattere a carattere extrapenale, tale fenomeno di *jurisdiction shopping* si manifesterebbe in modo particolarmente evidente laddove in uno o più Paesi membri si riscontrasse – per usare la terminologia di recente utilizzata dal Tribunale costituzionale tedesco nella ormai celebre sentenza "*Lissabon*"-Urteil del 30 giugno 2009, in merito alla quale cfr., *infra*, sub par. 9, nt. 173 ss. – un "grave deficit di esecuzione" (punto 362) in relazione a tali norme.

svolta dagli altri Paesi UE<sup>23</sup>.

Facendosi carico di tali esigenze, l'art. 83.2 TFUE stabilisce che, sempre tramite direttive, possano essere introdotte norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nei settori che sono stati oggetto di misure di armonizzazione, "allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace" della politica dell'Unione in tali settori.

In realtà, i settori oggetto di tale ulteriore forma di competenza penale europea devono ritenersi più estesi di quelli espressamente previsti dalla suddetta norma. Sarebbe infatti del tutto irragionevole escludere la possibilità per l'Unione di armonizzare le risposte penali vuoi nei settori di competenza (non già concorrente, ma) esclusiva, nei quali come si sa l'Unione non adotta misure di armonizzazione, vuoi nei settori di competenza concorrente soggetti a misure (non già di mera armonizzazione, ma addirittura) di unificazione<sup>24</sup>. Come è stato esattamente rilevato, sembra dunque logico ritenere che anche in tutti questi àmbiti debba essere riconosciuta la competenza penale di cui all'art. 83.2 TFUE<sup>25</sup>.

Siffatta competenza penale possiamo denominarla *accessoria* in quanto non espressiva del "nucleo duro" della politica criminale europea, il quale dovrebbe verosimilmente concernere l'azione di contrasto alle manifestazioni criminali a carattere transnazionale realizzata appunto in forza della competenza penale di cui al già ricordato art. 83.1 TFUE. Il carattere *accessorio* della competenza penale UE prevista dall'art. 83.2 TFUE discende altresì dal fatto che attraverso di essa si possono, a certe condizioni, ravvicinare le risposte punitive adottate ad iniziativa degli Stati membri per tutelare le più diverse prescrizioni in settori oggetto di armonizzazione su base europea. In questo senso, le succitate "norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni" svolgerebbero una funzione di completamento (dunque, ancora una volta, una funzione *accessoria*) riguardo alle rispettive misure extrapenali di armonizzazione, consentendo che nei rispettivi settori normativi il processo di ravvicinamento investa anche il versante sanzionatorio. Naturalmente, tale carattere di accessorietà non si perde neanche nei casi in cui la competenza penale di cui all'art. 83.2 TFUE intervenga per armonizzare le risposte punitive sia nei settori di competenza esclusiva UE sia nei settori di competenza concorrente oggetto di misure di unificazione.

Viceversa, sarebbe errato ritenere che la competenza penale *accessoria* sia considerata tale in quanto meramente funzionale rispetto alle esigenze di cooperazione penale. In effetti, la forma di competenza penale qui in esame risulta (al pari della competenza penale *autonoma*) disancorata dalle esigenze di cooperazione di polizia e giudiziaria<sup>26</sup> che viceversa, come sopra ricordato, fino al 2009 erano alla base del processo di ravvicinamento delle normative penali nazionali realizzato nell'ambito del terzo pilastro. Sotto questo profilo, in altri termini, la competenza penale *accessoria* di cui all'art. 83.2 TFUE potrebbe a buon diritto definirsi *autonoma* al pari di quella prevista all'art. 83.1 TFUE. L'originario, peculiare fondamento della competenza penale *accessoria* va infatti ricercato non già nella creazione dei presupposti sostanziali atti a favorire a livello inter-statale il reciproco aiuto dei giudici e delle forze di pubblica sicurezza, quanto piuttosto

23. Infatti, come noto, in virtù del principio di libera circolazione gli effetti negativi derivanti dalle carenze preventivo-repressive di taluni Stati membri tendono ad espandersi sull'intero territorio dell'Unione. Cfr. A. BERNARDI, *Europe sans frontières et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 1 ss.

24. In effetti, sembra incongruo da un lato riconoscere che l'Unione, attraverso apposite direttive, possa dare vita a processi di armonizzazione sanzionatoria in chiave penale in relazione a discipline extrapenali oggetto di una mera armonizzazione a livello europeo; dall'altro lato negare che l'Unione possa dar vita ad analoghi processi di armonizzazione penale in relazione a discipline extrapenali rivelatesi bisognose addirittura di norme europee di unificazione.

25. Cfr., in particolare, G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, cit., p. 2329; E. RUBI-CAVAGNA, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne*, in *Rev. sc. crim.*, 2009, p. 506 ss.

26. Ponendosi, per l'appunto, a salvaguardia innanzitutto del diritto dell'Unione. Cfr., per tutti, F. MEYER, *Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG und das Strafrecht*, in *NStZ*, 2009, p. 662.

### 3 LE LONTANE ORIGINI DELLA COMPETENZA PENALE ACCESSORIA DELL'UNIONE EUROPEA

nel principio di leale cooperazione tra Paesi membri e Unione previsto all'art. 4.3 TUE e nel principio di proporzionalità di cui all'art. 5.4 TUE. Del resto, come vedremo subito, la forma di competenza penale dell'Unione che qui ci accingiamo ad esaminare trova le sue radici – ben prima del Trattato di Lisbona – nella risalente giurisprudenza della Corte di giustizia volta a sviluppare in chiave penale i suddetti principi.

Incominciando dunque un percorso a ritroso nel tempo destinato a individuare le origini di quella competenza penale dell'Unione che qui denominiamo accessoria, va innanzitutto sottolineato che tale forma di competenza penale, unitamente alla competenza penale *autonoma*, era già iscritta nel Trattato costituzionale europeo del 2004<sup>27</sup> affossato dal voto contrario espresso nei *referenda* di Francia e Olanda. Per contro, diversamente dalla competenza penale *autonoma*, quella *accessoria* non ha dovuto aspettare l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona per divenire concretamente operativa, essendo stata esplicitamente riconosciuta dalla Corte di giustizia nelle celeberrime sentenze 13 settembre 2005<sup>28</sup> e 23 ottobre 2007<sup>29</sup> attributive di una competenza penale indiretta di primo pilastro<sup>30</sup>. In proposito, basti ricordare che al punto 48 della prima di tali sentenze la Corte utilizzava un linguaggio assai simile a quello ora cristallizzato nell'art. 83.2 TFUE, affermando che quando “l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi”, il legislatore comunitario può “adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente”. Come noto, alla luce appunto di questa giurisprudenza venne introdotta la prima direttiva d'armonizzazione penale, precedente di poco più di un anno l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>31</sup>. Sempre prima che il Trattato di Lisbona fosse ratificato, la sussistenza di una competenza penale accessoria di primo pilastro – vale a dire di una competenza penale molto simile a (seppur non coincidente con) quella attualmente iscritta all'art. 83.2 TFUE<sup>32</sup> – è stata ribadita dal varo di ulteriori direttive d'armonizzazione penale, anche in settori diversi da quello dell'ambiente<sup>33</sup>.

Per contro, come già accennato, sino al dicembre 2009 quella che oggi viene definita la competenza penale *autonoma* risultava relegata nel terzo pilastro dell'Unione europea e si esprimeva attraverso atti normativi – convenzioni e decisioni quadro – improntati ad un metodo intergovernativo solo in parte temperato da taluni meccanismi propri del

27. Cfr. art. II – 271.2. Tale norma prevedeva che per entrambe queste forme di armonizzazione penale si ricorresse allo strumento della “legge quadro europea”, peraltro oltremodo simile alla direttiva.

28. In causa C-176/03 (*Commissione c. Consiglio*). Circa le prime reazioni ufficiali della Commissione, del Parlamento europeo e del Consiglio alla sentenza in oggetto cfr. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implications of the Court's judgment of 13 September 2005* (Case C 176/03 *Commission v. Council*) / \* COM/2005/0583 final\*/; Parlamento europeo, *Progetto di relazione sulle conseguenze della sentenza della Corte del 13 settembre 2005* (C-176/03 Commissione/ Consiglio (2006/2007 (INI)); Council Of The European Union, Brussels, *Procedural consequences of the judgement of the Court of Justice in case C-176/03*, 16 February 2006, 6466/06, No. prev. doc.: 6053/06 JAI.

29. In causa C-440/05 (*Commissione c. Consiglio*).

30. Peraltro, come precisato dalla seconda di tali sentenze, la suddetta competenza penale di primo pilastro implicava la possibilità di stabilire tramite direttive norme relative alla definizione dei soli reati, e non anche delle sanzioni.

31. Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008, “sulla tutela penale dell'ambiente”.

32. Vero è infatti che la competenza penale riconosciuta in via pretoria dalla Corte di giustizia, pur ispirata ad una logica del tutto simile a quella sottostante alla competenza penale di cui all'art. 83.2 TFUE, si distingue da quest'ultima per il suo diverso fondamento giuridico, nonché per le sue regole decisionali e istituzionali. Pertanto non si può certo biasimare chi ritiene che le suddette competenze penali non siano in tutto e per tutto coincidenti, che cioè non si possa parlare di una “stessa competenza penale” riconosciuta prima dalla Corte di giustizia e poi dai Trattati. Cfr. già, con riferimento al Trattato di Lisbona nella sua versione originaria (“non consolidata”), R. 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 *Per un rilancio del progetto europeo: esigenza di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. GRASSO - R. SICURELLA, Milano, 2008, p. 278.

33. Direttiva 2009/48/CE del 18 giugno 2009 “sulla sicurezza dei giocattoli”; direttiva 2009/52/CE del 18 giugno 2009 “che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”; direttiva 2009/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 ottobre 2009 “relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni”.

metodo comunitario<sup>34</sup>; metodo, quest'ultimo, poi generalizzatosi a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e del conseguente venir meno della divisione dell'Unione in tre pilastri. La politica criminale di terzo pilastro, in definitiva, faceva ricorso a strumenti normativi diversi dalla direttiva, caratterizzati tra l'altro da un peculiare procedimento di adozione carente di democraticità, basato sulla regola dell'unanimità e da un basso grado di vincolatività per gli Stati membri<sup>35</sup>. Sicché, per consentire alla competenza penale *autonoma* non soltanto di ampliare i suoi ambiti di operatività<sup>36</sup> ma altresì di acquisire piena giuridicità, si è dovuto attendere il suo trapasso dagli artt. 29 e 31 lett. e) TUE (nella versione precedente al Trattato di Lisbona) all'art. 83.1 TFUE.

Procedendo ulteriormente in questo percorso a ritroso nel tempo, merita poi di essere ribadito che la competenza penale accessoria trova le sue radici – ben prima dello stesso Trattato costituzionale del 2004 – nella giurisprudenza della Corte di giustizia affermata a partire dalla notissima sentenza sul “mais greco” del 1989<sup>37</sup>; giurisprudenza la quale ha sviluppato in ambito sanzionatorio i principi UE di leale cooperazione e di proporzionalità<sup>38</sup>, imponendo in particolare agli Stati membri di punire con sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive le violazioni delle norme di fonte comunitaria. Al riguardo, sin dall'inizio degli anni '90 gli stessi giudici di Lussemburgo si erano preoccupati di precisare che, in relazione alle violazioni più gravi e connotate di allarme sociale, solo sanzioni a carattere formalmente penale devono ritenersi in possesso dei suddetti requisiti di effettività, proporzionalità e dissuasività<sup>39</sup>. Valorizzando l'attitudine armonizzante dei principi generali, tale giurisprudenza implicava dunque un ravvicinamento delle risposte sanzionatorie nazionali applicabili alle violazioni del diritto UE; ravvicinamento che poteva in alcuni casi realizzarsi attraverso veri e propri obblighi di incriminazione di origine europea, e che dunque precorreva quelle forme di armonizzazione penale oggi fondate sull'art. 83.2 TUE.

In definitiva, si può affermare che la competenza penale accessoria non va considerata una conquista dell'Unione ascrivibile al Trattato di Lisbona. Al contrario, essa

---

34. In particolare, col Trattato di Amsterdam del 1997 era stata attuata un'ampia riforma dell'art. 35 TUE, grazie alla quale erano state conferite una serie di importanti competenze ai giudici di Lussemburgo; competenze che, almeno in parte, ricalcavano quelle previste in ambito comunitario: una competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione della decisione quadro (che, in ambito comunitario, trovava il suo parallelo nell'art. 234 Tr. CE), una competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità delle decisioni quadro (che, in ambito comunitario, trovava il suo parallelo nel c.d. ricorso d'annullamento ex art. 230 Tr. CE) e una competenza a statuire su ogni controversia tra Stati avente ad oggetto le infrazioni commesse da questi ultimi in sede di applicazione degli strumenti di terzo pilastro (che, in ambito comunitario, trovava il suo parallelo nel c.d. ricorso d'inadempimento ex artt. 226 e 227 Tr. CE). Cfr., tra gli altri, H. LABAYLE, *La Cour de justice et l'espace européen de liberté, sécurité et justice*, in *L'avenir de la justice communautaire. Enjeux et perspectives*, a cura di R. MEHDI, Paris, 1999, p. 77 ss.; V. MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di V. MILITELLO, L. PAOLI, J. ARNOLD, Milano, 2000, p. 40, con ulteriori riferimenti bibliografici.

35. Al riguardo, occorre ricordare che in relazione alle decisioni quadro mancavano (e tuttora mancano) meccanismi giuridici efficaci per vincolare gli Stati al rispetto degli atti in questione. Ciò in quanto - a tacer d'altro - nei confronti dello Stato inadempiente la Commissione non può ricorrere davanti alla Corte di giustizia, mentre nel caso di un (poco probabile) ricorso da parte di uno Stato membro non risultano in nessun caso applicabili sanzioni.

36. Ambiti precedentemente circoscritti, in base appunto all'art. 31 lett. e) TUE, a “la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti”.

37. Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa 68/88 (*Commissione c. Grecia*), in *Racc.*, 1989, p. 2965 ss.. Nell'ambito dello stesso filone giurisprudenziale cfr., per tutte, sent. 10 luglio 1990, causa 326/88 (*Hansen*), in *Racc.*, 1990, 2935; sent. 2 ottobre 1991, causa 7/90 (*Vandevenne*), in *Racc.*, 1991, 4387; sentt. 8 giugno 1994, cause 382/92 e 383/92 (*Commissione c. Regno Unito*), in *Racc.*, 1994, 2475 e 2494; sent. 26 ottobre 1995, causa 36/94 (*Siesse*), in *Racc.*, 3573, punto 20; sent. 12 settembre 1996, cause riunite 58/95, 75/95, 112/95, 119/95, 123/95, 135/95, 140/95, 141/95, 154/95, 157/95 (*Gallotti*), in *Racc.*, 1996, 4345; sent. 27 febbraio 1997, causa 177/95 (*Ebony*), in *Racc.*, 1997, 1143 e in *Dir. pen. proc.*, 1998, 309, con nota di RIONDATO; sent. 18 ottobre 2001, causa 354/99 (*Commissione c. Irlanda*), in *Racc.*, 2001, I-7657; sent. 3 luglio 2001, causa 297/00 (*Commissione c. Lussemburgo*), in *Racc.*, 2001, I-5189; sent. 30 settembre 2003, causa C-167/01 (*Inspire Art*), in *Racc.*, I-10155; sent. 15 gennaio 2004, causa C-230/01, (*Penycoed*), punto 36; sent. 3 maggio 2005, cause riunite 387/02, 391/02, 403/02 (*Berlusconi*), punto 65. Cfr. altresì, da ultimo, sent. 10 settembre 2009, causa C-416/07, (*Commissione c. Repubblica ellenica*), punti 95 e 96; sent. 23 dicembre 2009, causa C-45/08 (*Spector Photo Group NV*), punto 75.

38. Quest'ultimo costituiva, allora, un principio di diritto non scritto ricavabile dalle tradizioni costituzionali comuni. In effetti, solo molti anni dopo il principio di proporzionalità è divenuto un principio di diritto scritto (cfr. art. 5.4 TUE e art. 49.3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

39. Cfr., in particolare, ord. 13 luglio 1990, causa C2/88 (*Zwartveld*), in *Racc.*, 1990, p. 3365 ss.; sent. 28 gennaio 1999, C-77/97, (*Österreichische Unilever GmbH e Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*), in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 447, con nota di S. RIONDATO. In dottrina cfr., in particolare, RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, a cura di G. GRASSO, Milano, 2000, p. 118 s.

comincia a configurarsi verso la fine del secolo scorso con l'ammissione da parte della Corte di giustizia di obblighi comunitari di incriminazione riconducibili a principi generali di diritto (scritto e non scritto) dell'Unione; viene ribadita nel 2005 con il riconoscimento – sempre giurisprudenziale – della legittimità in certi casi di direttive di armonizzazione penale in materie rientranti nella competenza del primo pilastro dell'Unione; si concretizza (sia pure in modo lacunoso)<sup>40</sup> con il varo delle prime direttive d'armonizzazione penale, esse pure anteriori alla entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

## 4

### LA DIFFIDENZA DEGLI STATI MEMBRI RISPETTO ALL'ATTRIBUZIONE ALL'UNIONE DI UNA COMPETENZA PENALE ACCESSORIA

Si potrebbe ritenere che i summenzionati precedenti giurisprudenziali e legislativi debbano implicare una ormai acquisita accettazione dell'eventualità di ricorrere a direttive di ravvicinamento penale per assicurare l'efficacia di preesistenti norme d'armonizzazione extrapenale. Viceversa, l'esplicito riconoscimento nel TFUE di una siffatta competenza penale accessoria in capo all'Unione risulta tuttora non facilmente digeribile da parte dei Paesi membri e delle relative dottrine penalistiche nazionali. Anzi, tale riconoscimento ha rivitalizzato, ben più di quello relativo alla competenza penale *autonoma*, le polemiche suscitate a suo tempo dalla succitata sentenza 13 settembre 2005 della Corte di giustizia<sup>41</sup>. Infatti, come meglio vedremo in seguito, proprio con riferimento alla competenza penale accessoria è emerso in piena luce che anche taluni degli Stati dimostratisi disposti a sottostare ai nuovi vincoli previsti dalle norme UE di diritto primario relative allo "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia"<sup>42</sup>, risultano tuttora particolarmente gelosi delle proprie prerogative penali<sup>43</sup>. Inoltre, sempre sulla competenza penale accessoria si concentrano i timori della dottrina in ordine alla possibilità che le prerogative penali attribuite dagli Stati membri all'Unione europea vengano estese al di là dei limiti e delle condizioni previste dai Trattati, ovvero vengano esercitate con modalità non pienamente rispettose dei principi-cardine dei sistemi giuridici nazionali e dei principi (di diritto scritto e non scritto) del sistema giuridico europeo.

## 4.1

### LE RAGIONI DI QUESTA DIFFIDENZA. IN PARTICOLARE, L'INCERTA ESTENSIONE DELLA COMPETENZA PENALE ACCESSORIA

Si tratta allora di capire le ragioni per le quali la competenza penale *accessoria* dell'Unione risulta di accettazione particolarmente problematica per i Paesi membri, ponendoli in una condizione di massima allerta rispetto ai possibili abusi da parte dell'Unione stessa.

Al riguardo, occorre in primo luogo sottolineare che tale competenza presenta ambiti applicativi potenzialmente più vasti di quelli (peraltro già ampi) propri della competenza penale *autonoma*. Infatti, come in precedenza accennato, quest'ultima risulta circoscritta a specifiche "sfere di criminalità" (per l'appunto, le nove previste all'art. 83.1, comma 2, TFUE)<sup>44</sup>, le quali in futuro potranno sì essere integrate con "altre sfere di criminalità" in funzione dell'evoluzione di quest'ultima, ma solo attraverso una decisione presa dal Consiglio "all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo" (art. 83.1, comma 3, TFUE), dunque pienamente controllabile da ogni singolo Stato membro e per di più improntata al principio di democrazia. Riassumendo, la competenza penale

40. Va infatti ribadito che, in virtù di quanto precisato dalla succitata sent. 23 ottobre 2007, punto 70 (cfr., *supra*, sub nt. 29), le prime direttive d'armonizzazione penale varate nell'ambito del terzo pilastro UE non erano legittimate a condizionare le scelte dei legislatori dei Paesi membri in merito al tipo e alla entità delle sanzioni penali applicabili.

41. In argomento cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. BERNARDI, *La competenza penale europea secondo la House of Lords. Obiettività e rigore scientifico nel rapporto della "Camera Alta" del Parlamento britannico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 196 ss.

42. Si allude, dunque, a Stati membri i quali non hanno preteso che venissero sancite anche nei loro confronti eccezioni analoghe a quelle previste al Protocollo (n. 21) sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e al Protocollo (n. 22) sulla posizione della Danimarca.

43. Cfr., *infra*, sub par. 9, nt. 173.

44. Cfr., *supra*, sub par. 1, nt. 18.

*autonoma* viene attribuita per circoscritti campi di materia, ampliabili in via legislativa solo con l'assenso di tutti i Paesi membri e in via ermeneutica solo nei limiti dell'interpretazione estensiva<sup>45</sup>. Inoltre tali campi concernono sfere di criminalità i cui caratteri transnazionalità e di particolare gravità rendono evidente (dunque poco contestabile) la necessità di predisporre normative di contrasto armonizzate su scala europea<sup>46</sup> implicanti anche il ricorso allo strumento penale. Quantomeno in base ad una prima, superficiale osservazione, la competenza penale *autonoma* non pone dunque problemi né rispetto al principio di sussidiarietà di cui all'art. 5.3 TUE<sup>47</sup> né rispetto al principio di proporzionalità-*extrema ratio* di cui all'art. 5.4 TUE<sup>48</sup>.

Per contro, ex art. 83.2 TFUE, la competenza penale accessoria può intervenire rispetto a qualsiasi politica dell'Unione "in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione" e, come si è visto, anche nei settori oggetto di competenza esclusiva UE o comunque di misure di unificazione<sup>49</sup>. Pertanto tale competenza appare destinata, almeno in potenza, ad espandersi parallelamente alla "evoluzione dei settori di competenza extra-penalì dell'Unione"<sup>50</sup>, anche di quelli che non costituiscono "settori di interesse preminente dell'Unione"<sup>51</sup>.

Vero è che, sempre in base all'art. 83.2 TFUE, tale competenza penale sussiste solo "allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace" delle suddette politiche dell'Unione; epperò questo limite non è di per sé del tutto rassicurante circa un ricorso poco parsimonioso a misure europee d'armonizzazione penale. Nella norma in esame, infatti, l'attribuzione di competenza penale si basa su un criterio funzionalistico che ricalca quello sotteso all'attribuzione dei poteri impliciti di cui all'art. 352.1 TFUE ma che – come meglio vedremo in seguito – ancor più di quest'ultimo potrebbe prestarsi ad abusi<sup>52</sup> e ad aggiramenti del principio di attribuzione<sup>53</sup>. In effetti, anticipando questioni che verranno meglio sviluppate nel prosieguo della trattazione, in base all'art. 352.1 TFUE il riconoscimento in capo all'Unione di poteri impliciti non solo postula il requisito sostanziale della necessità dei poteri d'azione non previsti, ma è anche condizionato all'assolvimento di ben precisi requisiti formal/procedurali. Tali poteri, infatti, sono attribuiti tramite una unanime delibera del Consiglio su

45. Cfr., *supra*, sub par. 1, nt. 19.

46. Cfr., ad esempio, E. RUBI-CAVAGNA, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne*, cit., p. 506; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2624 s.

47. Cfr., in una prospettiva non dissimile seppure tesa a ricomprendere il principio di *extrema ratio* all'interno di quello di sussidiarietà, L. SIRACUSA, *Il Trattato di Lisbona ed il transito del diritto penale di fonte europea dalla "vecchia" alla "nuova" Unione*, in corso di pubblicazione.

48. Volendo approfondire, è peraltro vero che anche le fonti penali europee espressive di una competenza penale autonoma possono presentare problemi rispetto al principio di *extrema ratio*, laddove le gravi sfere di criminalità rientranti in tale competenza vogliono essere contrastate dall'Unione attraverso il ricorso a reati a consumazione oltremodo anticipata (esemplari, in questo senso, talune norme contenute nella decisione quadro 2008/919/GAI "integrativa sulla lotta contro il terrorismo") (in GUCE, 2008, n. L 330, p. 21, puntualmente criticate dagli autori dell'ormai noto *Manifesto sulla politica criminale europea* (in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2009, p. 741) ovvero a reati volti a colpire mere tipologie criminologiche di autore anziché comportamenti offensivi di beni giuridici (si pensi, innanzitutto al reato di pedopornografia virtuale di cui al combinato disposto degli artt. 1, lett. b), iii e 3 comma 1 della decisione quadro 2004/68/GAI, in merito al quale cfr. il suddetto *Manifesto sulla politica criminale europea*, p. 740; nonché, per tutti, A. BERNARDI, *La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, in *Revista penal*, 2011, p. 39; A. CADOPPI, *Presentazione della I edizione*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 2006, p. XVII; L. FOFFANI, *Il "Manifesto sulla politica criminale europea"*, in *Criminalia*, 2010, p. 669 ss.; M. BIANCHI, *Commento art. 600-quater.1*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 248 ss.

49. Cfr. *supra*, sub par. 2, nt. 24.

50. J. TRICOT, *Discussion de la communication du Professeur A. Bernardi : « L'harmonisation accessoire »*, in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, cit., p. 3 del testo dattiloscritto, in corso di pubblicazione. Cfr. altresì, per tutti, G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, cit., p. 378; M. PELISSERO, *Dalle sollecitazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia al Trattato di Lisbona: il rafforzamento della politica penale dell'Unione europea*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. VINCIGUERRA e F. DASSANO, Napoli, 2010, p. 673 s.

51. Cfr., sul punto, M. PELISSERO, *Dalle sollecitazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia al Trattato di Lisbona: il rafforzamento della politica penale dell'Unione europea*, cit., p. 674.

52. Tra gli altri, lamenta "il carattere scarsamente selettivo del requisito della 'indispensabilità'", R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2606.

53. Principio in base al quale, ex art. 5.2 TUE, "l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti".

proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo. Per contro nell'ambito della competenza penale accessoria solo il rispetto del requisito sostanziale insito nei principi di sussidiarietà e proporzionalità (requisito evocato nell'art. 83.2 TFUE, laddove si richiede che il ravvicinamento delle disposizioni nazionali in materia penale risulti "indispensabile") si oppone ad un generalizzato travaso di competenze penali dagli Stati all'Unione in tutti i settori in cui quest'ultima dispone di una qualsivoglia competenza (concorrente o esclusiva). Per di più, il controllo preventivo dei Parlamenti interni in vista del rispetto del principio di sussidiarietà – seppur prezioso e ricco di valenze democratiche<sup>54</sup> – non impedisce il varo di direttive d'armonizzazione penale ritenute non rispettose di tale principio. Nel caso in cui almeno un quarto dei Parlamenti abbiano espresso parere negativo circa la conformità del progetto di direttiva al suddetto principio è infatti previsto solo un aggravio delle relative procedure d'adozione, e non invece l'interruzione delle stesse, la quale avverrà esclusivamente in taluni specifici casi<sup>55</sup>. Quanto poi al controllo successivo da parte della Corte di giustizia ex art. 263 TFUE e art. 8 Protocollo n. 2, non va ignorato che esso si è rivelato sinora assai poco pregnante, e che la modesta incisività di tale controllo è stata ribadita nei primi mesi di vigenza del Trattato di Lisbona<sup>56</sup>. Appare dunque verosimile che esso anche in futuro si riveli scarsamente significativo e comunque non idoneo a impedire un eventuale, generoso ricorso alla competenza penale accessoria.

## 4.2

### IL TIMORE DI UNA LEGISLAZIONE PENALE EUROPEA IPERTROFICA IN QUANTO DIMENTICA DEL BENE GIURIDICO E DELLA SUA FUNZIONE CRITICA

A giudizio di una parte della dottrina, poi, ulteriori motivi di preoccupazione circa il fatto che la competenza penale accessoria possa implicare uno smodato ricorso a norme penali di origine europea contrastanti col principio di *extrema ratio* sarebbero dovuti al possibile divario valutativo tra Unione e singoli Stati membri circa l'intrinseca gravità dei comportamenti per i quali sono richieste forme di intervento penale, ovvero circa i rispettivi giudizi di meritevolezza del ricorso alla sanzione criminale in relazione ai suddetti comportamenti. Da un lato, infatti, la natura prevalentemente "economicistica" dell'Unione potrebbe indurre il legislatore europeo a ritenere ineludibile un ampio ricorso alla pena rispetto a fatti illeciti commessi in quelle materie e settori costituenti il nucleo essenziale delle politiche UE (concorrenza, trasporti, agricoltura, ecc.), ma in certi casi non altrettanto centrali in una prospettiva di diritto interno<sup>57</sup>. Dall'altro lato, e soprattutto, la sola condizione posta dall'art. 83.2 TFUE al varo di direttive di armonizzazione penale accessoria sembrerebbe quella della loro indispensabilità "per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione", dunque per assicurare l'effettività delle suddette misure. In tal modo, sempre secondo questa dottrina, "il giudizio di necessità o indispensabilità di pena" sarebbe rapportato ad esigenze di effettività di norme extrapenalistiche UE anziché ad esigenze di "protezione dei beni giuridici sottostanti"<sup>58</sup> alle suddette norme, e ciò non sarebbe privo di conseguenze rispetto al principio di *extrema ratio* della sanzione penale. Infatti perdendo di vista il bene giuridico come oggetto della tutela penale si perderebbe di vista anche la funzione critico-selettiva del bene stesso, rischiando di

54. Cfr., *infra*, sub par. 5.1., nt. 98

55. In argomento cfr. *infra*, sub par. 9, nt. 169.

56. Cfr., da ultimo, M. VAN DE KERCHOVE, *Le principe de subsidiarité en droit pénal européen*, in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, cit., p. 9 ss. del testo dattiloscritto, con ulteriori riferimenti bibliografici.

57. Cfr., in particolare, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 272 e bibliografia ivi riportata. Sulle possibili divaricazioni riscontrabili tra Unione e Paesi membri in tema di meritevolezza di pena cfr. già C. SOTIS, *Diritto comunitario e meritevolezza di pena*, in *Meritevolezza di penale logiche deflattive*, a cura di G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO, Torino, 2002, p. 44 ss. Peraltro, per una energica sottolineatura dell'attuale superamento da parte dell'Unione "dell'assoluto predominio dei valori produttivistici" in nome del primato della persona e dei suoi diritti cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 3; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2628 ss.

58. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 1155, Id., *Les principes de nécessité et de proportionnalité*, in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, cit., p. 9 ss. del testo dattiloscritto.

legittimare qualsiasi intervento penale volto a implementare una politica dell'Unione, senza subordinare tale intervento all'esigenza di proteggere un interesse fondamentale da gravi offese non altrimenti prevenibili<sup>59</sup>.

La tesi dottrinarica in esame muove indubbiamente dalla preoccupazione che l'attribuzione all'Unione di una competenza penale accessoria faccia perdere all'intervento penale il suo carattere sussidiario, favorendo un processo di ipertrofia del sistema penale ancora più evidente di quello favorito nel corso degli ultimi quindici anni dalle misure di armonizzazione sostanziale varate nell'ambito del terzo pilastro<sup>60</sup>. Questa tesi, preceduta da posizioni che ne anticipano l'essenza<sup>61</sup> e collocata in un vero e proprio filone dottrinario<sup>62</sup>, merita di essere discussa, per contestare almeno in parte la previsione "apocalittica" della dilatazione a oltranza dell'area di illiceità penale per mancata attivazione, da parte dell'Unione, della categoria del bene giuridico e della sua funzione selettiva.

*In primo luogo*, nel tentativo di disinnescare i rischi di una penalizzazione ad oltranza fondata sull'art. 83.2 TFUE si potrebbe provare a valorizzare la lettera di tale norma, in base alla quale il giudizio di indispensabilità da esso evocato potrebbe avere ad oggetto direttamente non già il ricorso alla sanzione penale, bensì "il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale"<sup>63</sup>. La precisazione potrebbe non essere priva di conseguenze, in quanto l'indispensabilità del ravvicinamento tra le legislazioni nazionali risulterebbe necessario ma non sufficiente a legittimare il varo di direttive d'armonizzazione penale<sup>64</sup>, le cui "norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni" dovrebbero giustificarsi anche alla luce del principio di proporzione-*extrema ratio*, il quale come vedremo è tutt'altro che sconosciuto all'ordinamento giuridico europeo. In altre parole, il requisito dell'indispensabilità dell'armonizzazione sarebbe funzionale al riconoscimento della competenza a varare norme UE d'armonizzazione e costituirebbe dunque una specificazione del principio di "sussidiarietà del diritto europeo" nel particolare ambito qui considerato. Tuttavia il riconoscimento della legittimità del carattere *criminale* delle norme d'armonizzazione penale accessoria andrebbe cercata altrove, cioè nel principio di proporzione-*extrema ratio* (principio di "sussidiarietà del diritto penale")<sup>65</sup>, un po' ovunque correlato, se non proprio al bene giuridico tutelato, quantomeno alla gravità oggettiva e soggettiva dell'il-

---

59. Cfr., da ultimo, M. KAIATA-GHANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, in *EuCLR*, 1, 2011, p. 19.

60. E invero, come accennato *supra*, sub par. 4.1, nt. 48 e come stigmatizzato dai redattori del *Manifesto sulla politica criminale europea* (p. 739 ss.), attraverso i provvedimenti di terzo pilastro è stato talora favorito o addirittura imposto l'ingresso all'interno dei sistemi penali nazionali di norme incriminatrici tendenzialmente confliggenti con taluni principi accolti sistema giuridico nazionale. Emblematica, al riguardo, la norma che prescrive la incriminazione della detenzione di materiale pedopornografico virtuale (norma peraltro prevista dalla legislazione europea come non vincolante per gli Stati, in relazione all'uso privato di tale materiale: cfr., per tutti, A. BERNARDI, *Rinascita e metamorfosi della difesa sociale in Italia*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XXIII, 2009, p. 50, nt. 107): tale norma, infatti, risulta chiaramente inconciliabile col principio di offensività e financo di materialità, non essendo possibile provare nemmeno la sua pericolosità, ma solo la sua indiscutibile immoralità. Lo stesso dicasi, *mutatis mutandis*, per certe norme in tema di terrorismo improntate a forme di anticipazione della punibilità talmente avanzate da indurre a parlare di un "diritto penale preventivo" (*Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 741) in contrasto coi principi di proporzione ed *extrema ratio*.

61. Cfr. G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176-03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 899 ss., 926 ss.

62. Caratterizzato, peraltro, da posizioni mai del tutto coincidenti. Cfr., in particolare, G. ABBADESSA, *Dal "diritto penale comunitario" al diritto penale della nuova Unione europea: problematiche dell'interregno*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 457 ss., 482 ss.; M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 115 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici alla nt. 1; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, cit., p. 243 ss.; L. SIRACUSA, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo "tassello" della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 241 ss.; ID., *Il Trattato di Lisbona ed il transito del diritto penale di fonte europea dalla "vecchia" alla "nuova" Unione*, in particolare par. 4.1., in corso di pubblicazione.

63. Cfr., *mutatis mutandis*, con riferimento alla competenza penale autonoma, quanto osservato da L. ARROYO ZAPATERO, M. MUÑOZ DE MORALES, *Droit pénal européen et Traité de Lisbonne: Le cas de l'harmonisation autonome*, cit., par. 2.1, nt. 44, in corso di pubblicazione.

64. Le quali infatti, sempre ex art. 83.2.TFUE, possono e non debbono essere adottate.

65. In merito alla distinzione tra sussidiarietà europea e sussidiarietà penale cfr., per tutti, M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., p. 115 ss.

lecito, ovvero al danno da esso causato<sup>66</sup>.

A esiti interpretativi sostanzialmente analoghi si può giungere anche limitandosi a sostenere che il requisito della indispensabilità del ravvicinamento penale, pur funzionalizzato alla “attuazione efficace di una politica dell’Unione”, presuppone implicitamente una valutazione di tipo proporzionalistico capace di innescare processi selettivi<sup>67</sup> non dissimili a quelli connaturati alla teoria del bene giuridico. Prima di procedere ulteriormente su questa strada, tuttavia, si impongono alcune *considerazioni preliminari* sulla stessa formulazione dell’art. 83.2 TFUE.

*Prima considerazione.* Finalizzare le norme penali minime contenute nelle direttive di armonizzazione accessoria (e conseguentemente le relative norme penali nazionali di trasposizione) alla “attuazione efficace di una politica dell’Unione” anziché alla tutela dei beni giuridici sottostanti a tali norme appare *legittimo* per almeno due ragioni: perché il principio di leale cooperazione di cui all’art. 4.3 TUE<sup>68</sup> pretende appunto che gli Stati membri assicurino una attuazione efficace del diritto dell’Unione<sup>69</sup>, ed è dunque naturale che eventuali direttive d’armonizzazione penale a questo mirino<sup>70</sup>; perché a tutt’oggi, almeno secondo taluni, l’Unione europea “non è il luogo per una riflessione sui fondamenti e gli obiettivi del diritto penale”<sup>71</sup>. Personalmente, non sono totalmente d’accordo con questa affermazione, in quanto ritengo che l’attribuzione all’Unione di una competenza penale indiretta consenta invece di innescare a livello europeo una siffatta riflessione. Concordo tuttavia sulla attuale difficoltà di accogliere e rielaborare immediatamente, in seno all’Unione, teorie dottrinarie sofisticate e concepite in ben precisi contesti scientifico-dottrinari, quale appunto la teoria “critica” del bene giuridico<sup>72</sup>. Del resto, vi è un largo consenso sul fatto che, in sede di redazione dei provvedimenti normativi UE, “i concetti o la terminologia propria di un sistema giuridico

---

66. Sul parallelismo esistente tra le elaborazioni riscontrabili nei sistemi di *civil law* e di *common law* in tema rispettivamente di bene giuridico e di “principio del danno” (*harm principle*) cfr., per tutti, K. SEELMANN, *El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena*, in *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, a cura di E. HEFENDEL, MADRID-BARCELONA, 2007, p. 373 ss.; A. VON HIRSCH, *El concepto de bien jurídico y el “principio del dano”*, *ivi*, p. 37 ss.; P. WITTIG, *Teoría del bien jurídico, harm principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad*, *ivi*, p. 341 ss. Va peraltro ricordato ancora una volta che una parte della dottrina sottolinea il rischio di differenti valutazioni in ambito nazionale ed europeo circa la gravità dei singoli illeciti. Cfr. *supra*, *sub* nt. 57.

67. Per una puntuale evidenziazione degli strettissimi rapporti intercorrenti tra il principio di proporzionalità e il principio di sussidiarietà/necessità penale nell’ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU cfr., sia pure limitativamente al solo sistema sanzionatorio amministrativo dell’Unione, A.M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Per un rilancio del progetto europeo: esigenza di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, cit., 2008, p. 102 ss.

68. In base al quale “l’Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell’adempimento dei compiti derivanti dai trattati”.

69. Ancora più esplicito in tal senso risultava il principio di leale cooperazione nella precedente versione di cui all’art. 10.1 TCE: “Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità”. Risulta pacificamente ammesso che tra le suddette misure rientra(va)no anche quelle a carattere sanzionatorio.

70. Del resto, in virtù degli obblighi di risultato correlati al principio di leale cooperazione di cui all’art. 4.3 TUE, in sede di attuazione sanzionatoria di direttive d’armonizzazione contenenti precetti privi di “appendici sanzionatorie”, gli Stati membri da sempre si preoccupano di apprestare un apparato di misure punitive tale da garantire innanzitutto l’efficacia dei precetti di fonte europea. Per quanto concerne l’Italia, una fra le molte prove di questa preoccupazione è offerta dalla relazione al disegno di legge comunitaria 1998 presentato al Senato in data 24 aprile 1998, nella quale la seconda Commissione (Giustizia) aveva suggerito di integrare l’art. 2 comma 1 lett. c) del suddetto disegno, precisando “che la previsione di sanzioni penali sia limitata solo in (*sic*) casi eccezionali in cui la sanzione amministrativa non sia in alcun modo idonea ad assicurare l’osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi” (corsivo nostro). In sostanza, anche ammesso che l’art. 83.2 TFUE esprima la scelta dell’Unione di poter prevedere norme penali minime in base al semplice requisito della loro indispensabilità “per garantire l’attuazione efficace di misure europee di armonizzazione”, tale scelta ricalcherebbe quella nei fatti privilegiata da molti dei Paesi membri, tra i quali (a guardar bene la realtà delle cose) la stessa Italia; anche se bisogna riconoscere che i canoni sanzionatori generali previsti nel nostro Paese dalle leggi comunitarie annuali per assicurare l’osservanza delle norme di origine europea sono generalmente incentrati sui beni/interessi tutelati e sul tipo di lesione o messa in pericolo di questi ultimi in caso di violazione (cfr., da ultimo e per tutti, l’art. 2, lett. c) delle leggi comunitarie 2008 e 2009. Anche l’esame delle tecniche normative utilizzate in molti Paesi membri (tra i quali l’Italia) in sede di trasposizione e attuazione sanzionatoria dei precetti contenuti in direttive “non penali” d’armonizzazione proverebbe quanto appena detto. Queste tecniche, infatti – indipendentemente da un eventuale, vero e proprio ricorso al metodo del rinvio (parziale o completo) ai precetti di origine europea – implicano sovente una sorta di travaso senza significative modifiche dal testo della direttiva a quello della fonte nazionale di trasposizione (cfr., *infra*, *sub* par. 5.2, nt. 104), dimostrando così che quello che si vuole davvero tutelare sono i precetti europei in quanto tali, più che i beni ad essi sottesi.

71. D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d’une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2009, p. 226.

72. In merito al problema della traslazione della funzione critica del bene giuridico dall’ambito nazionale all’ambito europeo cfr., da ultimo e per tutti, M. PORTERO HENARES, *¿Principio de efectiva protección de bienes jurídicos? Derecho penal europeo y principio de proporcionalidad*, in *Garantías penales*, a cura di N. GARCIA RIVAS, M. A. RIQUERT, Buenos Aires, 2011, p. 230 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici a p. 232, nt. 4.

nazionale siano utilizzati con precauzione<sup>73</sup>: cosicché è del tutto logico che nell'art. 83.2 TFUE non si faccia riferimento a una nozione – quella appunto di bene giuridico – sino ad oggi non certo universalmente diffusa in ambito europeo<sup>74</sup>, specie nella sua accezione funzionale a circoscrivere l'utilizzo dello strumento penale<sup>75</sup>.

*Seconda considerazione.* Finalizzare le norme penali minime di armonizzazione accessoria e le rispettive norme penali nazionali di trasposizione alla attuazione efficace di norme extrapenali europee di armonizzazione, anziché alla tutela dei relativi beni giuridici, appare (non solo legittimo, ma anche) *scarsamente significativo* in vista del rispetto dei principi di *extrema ratio* dell'intervento penale. E ciò in forza di un argomento che, sia esso o meno condivisibile, è stato sollevato dallo stesso autore delle cui tesi qui si discute. In effetti, proprio la dottrina critica verso la possibilità di introdurre norme penali d'armonizzazione in base ad un parametro di "indispensabilità" focalizzato sulla attuazione efficace di politiche dell'Unione anziché sulla tutela di beni giuridici primari "disconosce al concetto di 'bene giuridico comunitario' (...) qualsiasi significativa funzione di contenimento della politica criminale europea"<sup>76</sup>. Ciò in quanto, secondo tale dottrina, la funzione "selettiva" del bene giuridico sarebbe strettamente correlata a quella "concezione nazionale-costituzionale" del bene stesso nell'ambito della quale quest'ultimo viene a svolgere la suddetta funzione<sup>77</sup>. Tutto ciò, beninteso, non significa escludere che la valutazione dell'indispensabilità di cui all'art. 83.2 TFUE con riferimento all'attuazione efficace di norme europee extrapenali anziché alla tutela di beni giuridici possa portare al varo di fattispecie penali diversamente strutturate<sup>78</sup>; significa, però, che, nell'attuale stato di avanzamento del cosiddetto "diritto penale europeo", una ipotetica elevazione della tutela del bene giuridico a elemento di riferimento di quel giudizio di "indispensabilità" necessario a consentire il varo di norme penali europee di armonizzazione accessoria potrebbe non comportare conseguenze significative per quanto concerne la complessiva espansione del diritto penale. A conclusioni non dissimili giunge anche chi, sia pure sulla base di argomenti differenti, tende a ridimensionare il ruolo imprescindibile del bene giuridico quale unico fondamento di una politica criminale espressiva della competenza penale accessoria dell'Unione<sup>79</sup>.

Senonché, riconoscere la legittimità della scelta di subordinare il varo delle direttive di armonizzazione penale accessoria alla loro indispensabilità in vista dell'attuazione efficace di norme europee a carattere extrapenale, e al contempo ammettere la possibile inutilità in prospettiva di *extrema ratio* della alternativa rappresentata dalla riconduzione del requisito della indispensabilità alla tutela di ben precisi beni giuridici, non deve indurre alla sconfortata conclusione che la competenza penale accessoria debba

---

73. COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs au sein des institutions communautaires*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2003, p. 17.

74. Come riconosce, da ultimo e per tutti, lo stesso M. PORTERO HENARES, *¿Principio de efectiva protección de bienes jurídicos? Derecho penal europeo principio de proporcionalidad*, cit., p. 232.

75. Tant'è che i redattori del *Manifesto sulla politica criminale europea*, per rendere comprensibile agli appartenenti a qualsiasi cultura giuridico-penale il principio secondo cui l'intervento penale si legittima solo in vista della tutela di un bene giuridico primario, si guardano bene dall'utilizzare l'espressione "bene giuridico", limitandosi a sottolineare l'esigenza, in ambito penale, di un *legittimo scopo di tutela*. Cfr., sul punto, L. FOFFANI, *Il "Manifesto sulla politica criminale europea"*, cit., p. 665 s.

76. Così, puntualmente, C. GRANDI, *Le qualità della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, Milano, 2011, par. 4, nt. 73, in corso di pubblicazione.

77. Cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, cit., p. 70 ss. A giudizio dell'A. "la traduzione in ambito comunitario del significante "bene giuridico" non comporta affatto il trasferimento del significato che esso svolge a livello nazionale" (p. 71).

78. Al riguardo, può senz'altro essere sottoscritto quanto affermato da G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176-03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, cit., p. 918 ss.; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 1155 ss.; ID., *Les principes de nécessité et de proportionnalité*, cit., p. 10 del testo dattiloscritto.

79. Sul punto cfr., diffusamente, M. BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interest (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)*, in *Eu CLR*, 1, 2011, p. 38. L'argomento utilizzato dall'A. per tale ridimensionamento è che possano/debbero esserci eccezioni alla regola secondo cui le norme penali minime adottate a livello europeo debbano essere poste esclusivamente a tutela di beni giuridici fondamentali in base al diritto primario dell'Unione.

necessariamente comportare un ricorso inflazionato allo strumento penale. Anche perché nulla esclude che il suddetto giudizio di indispensabilità risulti condizionato anche da parametri incentrati sul tipo e sull'entità dell'offesa, dunque concettualmente vicini alla dimensione "critico-selettiva" del bene giuridico. Al contrario, è indubbio che parametri proporzionalistici di questo tipo si rinvergono all'interno del sistema europeo già da prima che il principio di proporzione venisse formalmente iscritto nei Trattati, risultando correlati a quei principi generali a carattere implicito che permeano il sistema giuridico europeo e che finiscono col sottoporlo a vincoli garantistici ulteriori rispetto a quelli esplicitamente previsti dai Trattati.

Infatti, come è a tutti noto, dagli anni '60 del secolo scorso la Corte di giustizia ha affermato l'appartenenza al diritto primario comunitario di principi di diritto non scritto, in particolare in materia di diritti fondamentali, ricavati dalle Costituzioni degli Stati membri e dalle convenzioni internazionali da questi ratificate (specie la CEDU). Tra tali principi un posto di assoluto rilievo ha assunto pressoché da subito il generalissimo principio di proporzionalità, all'interno del quale si colloca appunto il principio di *extrema ratio* (detto anche di necessità o di sussidiarietà) della sanzione penale<sup>80</sup>. Principio in base al quale tra più sanzioni conformi al canone dell'adeguatezza, deve essere utilizzata quella meno compressiva dei diritti fondamentali della persona. Combinando tra loro il principio, in quell'epoca non scritto, di proporzionalità e il principio di leale cooperazione allora previsto dall'art. 10.2 TCE<sup>81</sup>, la Corte di giustizia ha sviluppato in modo estremamente rigoroso il suddetto principio di *extrema ratio* della sanzione penale. In tal modo i giudici di Lussemburgo sono riusciti a contrastare efficacemente le norme nazionali restrittive delle libertà comunitarie o comunque volte a ostacolare gli obiettivi perseguiti dal diritto europeo, nel caso in cui tali norme prevedessero appunto sanzioni penali, ritenute sproporzionate per eccesso in quanto non strettamente necessarie ancorché, eventualmente, adeguate<sup>82</sup>. Naturalmente, le sinergie tra principio di leale cooperazione e di proporzionalità in chiave di *extrema ratio* dell'intervento penale è continuata anche con la rielaborazione del primo di tali principi all'interno dell'art. 4.3 TUE e della collocazione del secondo nell'art. 5.4 TUE e 49.3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come testimoniato da alcune recenti e recentissime sentenze della Corte di giustizia<sup>83</sup>.

Certamente, il fatto che in ambito europeo il principio di stretta necessità della sanzione penale si sia affermato e sviluppato per garantire le libertà sancite dai Trattati e l'effetto utile delle norme UE potrebbe giustificare la difficoltà, enfatizzata da una parte della dottrina<sup>84</sup>, di riproporre il suddetto principio (rientrante, come più volte detto, nel principio di indispensabilità di cui all'art. 83.2 TFUE) in funzione limitativa della competenza penale accessoria dell'Unione. Infatti il richiamo all'obbligo per gli Stati membri di astenersi da misure compromissorie degli scopi dei Trattati (*ex art.* 10.2 TCE, ora 4.3 TUE) si rivela inconferente rispetto a tale funzione, e non può dunque supportare il principio di proporzionalità orientandolo nel senso di una rigorosa vincolatività

---

80. Come noto il principio di proporzionalità, specie con riferimento alla configurazione da esso assunta nel sistema europeo, si articola nei tre sottoprincipi di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, intesa come ponderazione vera e propria degli interessi in gioco (cfr., per tutti, G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in *L'ordinamento europeo*, II, cit., p. 249 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cap. IV, Torino, 2011). Ora, è appunto al secondo di tali sottoprincipi che va ricondotto il principio di sussidiarietà/*extrema ratio* della sanzione penale (cfr., da ultimo e con specifico riferimento al diritto penale europeo dopo il Trattato di Lisbona, M. PORTERO HENARES, *¿Principio de efectiva protección de bienes jurídicos? Derecho penal europeo y principio de proporcionalidad*, cit., p. 255 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici).

81. In base al quale gli Stati membri "si astengono da qualsiasi misura [anche se non soprattutto sanzionatoria] che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato".

82. Cfr., puntualmente, C. SOTIS, *Les principes de nécessité et de proportionnalité*, cit., p. 7 del testo dattiloscritto, e ivi riferimenti giurisprudenziali. Sul punto cfr. altresì, A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, a cura di T. RAFARACI, Milano, 2007, p. 257 ss., con ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

83. Sent. 24 giugno 2010, causa C-375/08 (Pontini), in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 57, con nota di A. COLELLA, *La vicenda "Pascoli d'oro"*; sent. 28 aprile 2011, procedimento C-61/11 PPU (El Dridi).

84. C. SOTIS, *Les principes de nécessité et de proportionnalité*, cit., p. 7 del testo dattiloscritto.

del principio-corollario di stretta necessità della pena. Indubbiamente, ciò concorre a spiegare perché sussista il concreto rischio che nell'ambito della competenza accessoria dell'Unione il principio di *sussidiarietà penale* venga considerato dagli organi UE con la stessa disinvolta indulgenza con cui talora esso è stato interpretato nell'ambito delle fonti penali di terzo pilastro<sup>85</sup>.

Eppure, nonostante tutto, il ricorso ad un principio di *extrema ratio* della sanzione penale calibrato anche, se non soprattutto, in relazione alla intrinseca gravità delle violazioni è ormai da tempo così radicato nelle tradizioni costituzionali nazionali dei Paesi membri (e dunque, di riflesso, nel diritto primario non scritto dell'Unione) che sembra senz'altro possibile un suo utilizzo in funzione di contenimento (non solo di norme penali nazionali destinate a limitare od ostacolare le politiche dell'Unione, ma anche) di norme penali europee di armonizzazione accessoria pensate per "garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione"<sup>86</sup>. In effetti, un ricorso anche a parametri oggettivi di gravità del fatto in sede di valutazione della necessità di introdurre fattispecie penali europee funzionali a presidiare efficacemente norme extrapenali UE lo si rinviene già nelle celeberrime pronunce della Corte di giustizia che hanno segnato la nascita per via giurisprudenziale della competenza penale accessoria. Così, sia nel già citato<sup>87</sup> punto 48 della sentenza 13 settembre 2005 sia nel punto 66 della sentenza 23 ottobre 2007 l'indispensabilità del ricorso alla sanzione penale è valutato anche alla luce della gravità delle violazioni in esame e dell'oggetto delle violazioni. Tale approccio viene ripreso e perfezionato nella prima direttiva d'armonizzazione penale accessoria<sup>88</sup>, la quale nei considerando 5 e 7 ricollega l'esigenza di una tutela efficace dell'ambiente perseguita attraverso la dissuasività propria della sanzione penale al significativo grado di lesività del bene ambiente nelle sue diverse componenti, quantomeno laddove le violazioni risultino gravi anche sul versante soggettivo. Osservazioni analoghe possono poi essere fatte in relazione alle ulteriori direttive penali varate prima della entrata in vigore del Trattato di Lisbona, stante l'attenzione in esse dimostrato dal legislatore europeo nell'imporre ai Paesi membri di considerare reati solo i fatti illeciti connotati di maggior disvalore oggettivo e soggettivo<sup>89</sup>. Ancora, merita per completezza di essere ricordato che l'importanza del bene giuridico protetto in vista della necessità di introdurre tramite direttive norme minime di armonizzazione penale accessoria era testimoniata già dalla Proposta modificata di direttiva relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità<sup>90</sup>, la quale accoglieva una serie di emendamenti ai considerando iniziali al fine di sottolineare l'essenzialità dell'oggetto della tutela e l'opportunità di prevedere sanzioni detentive di particolare afflittività per le violazioni più gravi. Del pari, anche la Proposta modificata di direttiva relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, se da un lato è stata contestata da taluni Stati membri

---

85. Cfr., in particolare, *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 741 s., il quale sottolinea che dall'esame di taluni atti UE di terzo pilastro (in particolare, la decisione quadro 2008/919/GAI "integrativa sulla lotta contro il terrorismo"; la decisione quadro 2008/841/GAI "relativa alla lotta contro la criminalità organizzata"; la decisione quadro 2003/568/GAI "sulla corruzione nel settore privato") si evince "che il principio di *ultima ratio* non ha sino ad oggi evidentemente trovato un'autonoma e costante osservanza". Del resto, lo stesso *Manifesto* rileva la violazione del suddetto principio anche da parte di alcune norme contenute nella già citata (*supra*, sub par. 3, nt. 31) direttiva 2008/99/CE del 2008 sulla tutela penale dell'ambiente, che costituisce una manifestazione *ante litteram* della competenza penale accessoria dell'Unione. Sul punto cfr. altresì, per tutti, L. FOFFANI, *Il "Manifesto sulla politica criminale europea"*, cit., p. 670; M. KAIKAFI-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, cit., p. 19; M. VAN DE KERCHOVE, *Le principe de subsidiarité en droit pénal européen*, cit., p. 14 ss. del testo dattiloscritto.

86. Per parte sua, la dottrina non ha mancato di cercare una "lettura 'adeguatrice'" dell'art. 83.2 TFUE (R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2621); lettura capace di porsi in sintonia con un modello funzionalista incentrato sulla tutela di beni giuridici qualificati (cfr., diffusamente, *ivi*), o quantomeno su di una prevenzione penale circoscritta agli illeciti di maggiore rilevanza.

87. Cfr., *supra*, sub par. 3.

88. Vale a dire la già ricordata (cfr. *supra*, sub par. 3, nt. 31) direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 "sulla tutela penale dell'ambiente".

89. Cfr., limitatamente alla direttiva 2009/52/CE, il 22° e il 23° considerando, nonché gli artt. 9 e 10; limitatamente alla direttiva 2009/123/CE, il 9° e il 10° considerando, nonché l'art. 1 nella parte in cui modifica la direttiva 2005/35/CE introducendo gli artt. 5 *bis* e 5 *ter*.

90. COM(2002) 577, def., in Gazz. Uff. C 71 E del 25 marzo 2003.

proprio per la non particolare gravità dei comportamenti colpiti, dall'altro lato tende a giustificare il ricorso a gravi sanzioni penali in relazione ad alcuni reati col fatto che i reati in questione comportano un rischio per beni giuridici di rilievo primario, quali "la salute o la sicurezza delle persone"<sup>91</sup>.

Alla luce di quanto sin qui visto, le norme penali di origine europea frutto della armonizzazione accessoria rivelerebbero una propensione all'ipertrofia non dissimile da quella propria delle norme penali di matrice puramente nazionale<sup>92</sup>. Questo stato di cose troverebbe del resto spiegazione in una sorta di tendenziale parallelismo riscontrabile sul punto tra i Paesi membri e l'Unione europea a livello *lato sensu* costituzionale, legislativo, interpretativo. Infatti – senza per questo ignorare la diversa attenzione dimostrata all'interno dei singoli Paesi UE al principio di *extrema ratio* dell'intervento penale – è possibile affermare in prima approssimazione che molte Costituzioni nazionali tendono, al pari dei Trattati UE, a trascurare il suddetto principio e dunque la valenza selettiva costituita dalla gravità dell'illecito, specie alla luce dei beni giuridici coinvolti<sup>93</sup>. Nonostante questo, però, le esigenze di cui il principio in questione si fa portatore assai spesso risultano tutt'altro che ignorate dal legislatore tanto nazionale che europeo, così come dai rispettivi interpreti (dottrina e giurisprudenza). Del resto in ambito sia nazionale sia dell'Unione si rinvencono testi e documenti più o meno esplicitamente rivolti a evidenziare l'opportunità di riservare la sanzione penale agli illeciti più gravi, tenuto conto del rango dell'interesse protetto e/o della gravità della lesione<sup>94</sup>. Bisogna tuttavia riconoscere che in ambito sia interno sia UE – proprio per la mancata costituzionalizzazione o la carente implementazione del principio di *extrema ratio* dell'intervento penale – è possibile riscontrare la deprecabile, comune tendenza a cedere a impulsi emergenziali capaci di prevalere sulla razionalità del legislatore e dell'interprete, attenuando la loro sensibilità verso le istanze di diritto penale minimo. L'auspicio è allora che, quantomeno nell'ambito dei processi di armonizzazione accessoria attuati dall'Unione europea, il controllo sul principio di sussidiarietà effettuato dai Parlamenti nazionali così come il controllo sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità effettuato dalla Corte di giustizia, pur con tutti i loro già ricordati limiti, possano in futuro frenare la tanto criticata tendenza espansiva del diritto penale.

In ogni caso, la competenza penale accessoria dell'Unione non pone problemi soltanto per le sue possibili attitudini estensive a discapito della sussidiarietà ed *extrema ratio* dell'intervento penale, sulle quali si avrà modo di ritornare. Come vedremo subito, questa forma di competenza penale dell'Unione manifesta ulteriori profili di problematicità o comunque di interesse: a cominciare da quelli relativi al principio di legalità.

## 5

### COMPETENZA PENALE ACCESSORIA DELL'UNIONE E PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Il problema della conformità al principio di legalità UE delle norme penali che trovano la loro genesi in direttive d'armonizzazione accessoria presenta almeno tre aspetti meritevoli d'attenzione, concernenti rispettivamente i corollari legalistici della democraticità delle relative norme incriminatrici (5.1), della prevedibilità di queste ultime (5.2) e della loro accessibilità (5.3).

91. Bruxelles, 26.4.2006, COM(2006) 168 definitivo, 2005/0127 (COD), art. 5, p. 5.

92. Cfr. al riguardo, peraltro con accenti tutt'altro che 'assolutori', R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2619.

93. Cfr., al riguardo, C. GRANDI, *Le qualità della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, cit., par. 4.2., in corso di pubblicazione.

94. Limitatamente all'Italia cfr. la Circolare Presidenza Consiglio dei Ministri, 19 dicembre 1983, in *Gazz. Uff. Suppl. ord.* n. 22 del 23 gennaio 1984 - *Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, punto 2.2. Limitatamente all'Unione europea cfr., sia pure più cripticamente, *Programma di Stoccolma - Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, cit., C 115/15, par. 3.3.1. *Diritto penale*, comma 5: "Si dovrebbero introdurre disposizioni di diritto penale laddove se ne ravvisi l'indispensabilità per tutelare gli interessi e, di norma, lo si dovrebbe fare solo come ultima risorsa". La medesima formula si rinviene nelle Conclusioni del Consiglio Giustizia e Affari interni adottate il 30 novembre 2009, dal titolo *Council Conclusions on Model provisions guiding the Council Criminal Law deliberations*, p. 2, n. 1: "Criminal law provisions should be introduced when they are considered essential in order for the interests to be protected and, as a rule, be used only as a last resort".

## 5.1

### LA DEMOCRATICITÀ DELLE PROCEDURE D'ADOZIONE DELLE FONTI PENALI D'ARMONIZZAZIONE ACCESSORIA

Riguardo dunque al principio-corollario della legalità che postula la democraticità delle scelte penali, in questa sede occorre partire da due premesse.

*Prima premessa.* Sebbene le due fondamentali norme europee concernenti il principio di legalità penale (vale a dire l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 7 CEDU)<sup>95</sup> nulla dicano al riguardo, è pacifico che in ambito UE tale principio contenga anche il corollario della democraticità. Infatti, come già ricordato<sup>96</sup>, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia il diritto primario dell'Unione non contiene solo principi di diritto scritto, ma anche i principi di diritto non scritto ricavati, oltretutto dalle convenzioni internazionali ratificate dagli Stati membri, dalle Costituzioni di questi ultimi. Come si sa, questa giurisprudenza pretoria è stata da tempo recepita dai Trattati, cosicché in base all'art. 6.3 TUE, "I diritti fondamentali, (...) risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Orbene, precisato che per essere "comuni" tali tradizioni non devono necessariamente appartenere a tutti i Paesi membri, bastando che esse esprimano un orientamento prevalente all'interno dell'Unione, è un dato di fatto che il principio di democraticità delle fonti penali – tendente il più delle volte (ma non sempre) a coincidere col principio di riserva di legge – presenti questa caratteristica e dunque rientri tra i principi generali dell'Unione<sup>97</sup>. Appare pertanto indiscutibile che le direttive in materia penale debbano caratterizzarsi per la loro democraticità.

*Seconda premessa.* È prevalente la tesi secondo cui la procedura legislativa ordinaria prevista per la massima parte delle fonti normative europee presenti quel carattere "democratico" richiesto alle fonti legali UE a contenuto penale. Tale procedura, come si sa, implica che l'adozione degli atti giuridici dell'Unione a carattere legislativo (regolamento, direttiva e decisione) sia effettuata in comune da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, su proposta della Commissione. Ora, con specifico riferimento alle direttive adottate con procedura legislativa ordinaria, il requisito della democraticità è assicurato non solo e non tanto dalla c.d. fase ascendente – concernente la partecipazione delle istituzioni nazionali e in particolare del Parlamento interno, alla formazione delle politiche e delle decisioni dell'UE<sup>98</sup> – e dalla c.d. fase discendente, concernente l'attuazione della normativa europea sul piano interno<sup>99</sup>. Tale requisito è piuttosto assicurato,

---

95. Va ricordato che, in base all'art. 6.3 TUE, "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (...), fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

96. Cfr., *supra*, sub par. 4.2.

97. Cfr., per più ampi sviluppi, A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 48, 51 ss.; ID., "Riserva di legge" e fonti europee in materia penale, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XX, 2006, p. 60 ss., 80 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 81 ss.

98. In questa fase i Parlamenti nazionali, debitamente informati del contenuto del progetto di direttiva, forniscono in merito ad esso un parere non vincolante per quanto concerne la sua conformità al principio di sussidiarietà; fermo restando che, nel caso in cui i pareri sfavorevoli superino una certa percentuale dei pareri complessivi, è prevista una procedura legislativa aggravata. Pertanto i Parlamenti svolgono sì un'attività di controllo in merito alla legittimità dell'azione dell'Unione e contribuiscono ad innalzare il livello di democraticità del processo normativo europeo (in argomento cfr. *Protocollo (n. 1) sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea; Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*; nonché in dottrina, tra gli altri, A. MANZELLA, *Un Trattato necessitato*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di F. Bassanini, G. Tiberi, Bologna, 2008, p. 444; C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 86; O. PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 642 ss.). Ma resta il fatto che l'assenza del diritto di veto dei Parlamenti nazionali riscontrabile nel procedimento legislativo UE rende il controllo degli organi rappresentativi nazionali non vincolante, con conseguente annacquamento dell'apporto di democraticità prodotto dalla fase ascendente del procedimento legislativo europeo. (cfr., per tutti, A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, cit., p. 62; *amplius* C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, cit., p. 248 ss.).

99. Merita di essere sottolineato che in tale fase le direttive penali vengono trasposte e precisate, da parte degli organi nazionali, con un contributo dei relativi Parlamenti variabile da uno Stato all'altro, ma comunque reso "democraticamente meno significativo" dall'obbligo esistente in capo agli Stati di trasporre le direttive. In altre parole, il contenuto delle fonti nazionali di trasposizione, anche quando deciso dall'organo rappresentativo nell'ambito della procedura prevista per le leggi di fonte parlamentare, costituisce per tale organo una scelta libera solo limitatamente agli "spazi di discrezionalità" lasciati agli Stati membri dalla direttiva stessa, e dunque solo entro questi limiti è espressione della "volontà democratica" del Parlamento nazionale (in argomento cfr., da ultimo e per tutti, R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2584 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici). Naturalmente, quanto appena detto non esonera gli Stati membri dall'adottare meccanismi di trasposizione delle direttive il più possibile democratici e, se del caso, rispettosi del principio di riserva di legge. Al riguardo, non si può tuttavia far a meno di ricordare che i suddetti meccanismi – ancorché per vero in via di progressivo affinamento – risultano spesso, a tutt'oggi, per molti aspetti criticabili.

essenzialmente, dalla stessa procedura legislativa ordinaria disciplinata dall'art. 294 TFUE, grazie appunto al potere sia di veto sia di emendamento che essa riconosce al Parlamento europeo rispetto ai progetti legislativi dell'Unione<sup>100</sup>.

A questo punto, merita di essere sottolineato che nell'ambito della competenza penale *autonoma* dell'Unione europea le direttive sono sempre varate secondo la procedura legislativa ordinaria, per cui rispetto ad esse il coefficiente di democraticità apportato dall'intervento vincolante del Parlamento europeo viene comunque garantito.

Per contro, non è possibile dire *a priori* la stessa cosa nelle ipotesi di competenza penale accessoria dell'Unione europea. Infatti, ai sensi dell'ultima parte dell'art. 83.2, TFUE, le relative direttive d'armonizzazione penale sono adottate secondo la procedura legislativa, ordinaria o speciale, utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione extrapenale di cui le suddette direttive penali mirano a garantire l'efficacia. Certamente, il problema di legittimazione democratica posto dalle direttive penali d'armonizzazione accessoria è attenuato dal fatto che le parallele misure di armonizzazione extrapenale utilizzano il più delle volte la procedura legislativa ordinaria, cosicché la "equiparazione delle procedure" sancita dall'art. 83.2 implicherà nella massima parte dei casi il ricorso alla procedura ordinaria anche per le direttive penali in questione. Non mancano però i casi in cui le suddette misure di armonizzazione extrapenale sono adottate tramite procedure legislative speciali, le quali non sempre si caratterizzano per una sufficiente democraticità, stante che talora in esse il Parlamento europeo si limita ad essere consultato, e dunque non dispone del potere di veto.

Per esempio, nel campo della tutela ambientale (artt.191-193 TFUE) è prevista sì la procedura legislativa ordinaria *ex art.* 192.1, ma anche, in specifici sottosettori (concernenti, tra l'altro, l'assetto territoriale, le risorse idriche, la destinazione dei suoli), una procedura legislativa speciale, previa consultazione del Parlamento europeo, *ex art.* 192.2<sup>101</sup>. Ulteriori procedure legislative speciali caratterizzate da una mera consultazione del Parlamento sono poi previste, in particolare, agli artt. 77.3, art. 81.3, art. 89, 113, 115, 126.14 comma 2, 127.6, 153.2, comma 3, 183.4, 192.2, 194.3, 203, 218.6 lett. *b*, 219.1 TFUE e da talune di queste norme (essenzialmente, dall'art. 115) possono conseguire misure di armonizzazione extrapenale capaci di giustificare direttive penali di armonizzazione accessoria.

Pertanto, in virtù del summenzionato meccanismo di "equiparazione delle procedure" previsto dall'art. 83.2 TFUE, nei settori concernenti la tutela dell'ambiente *ex art.* 192.2 TFUE e l'instaurazione e funzionamento del mercato interno *ex art.* 115 TFUE potrebbero vedere la luce direttive d'armonizzazione penale varate all'esito di una procedura legislativa speciale largamente carente di democraticità in quanto sottratta al potere di veto del Parlamento europeo. Sebbene una parte della dottrina abbia cercato di spiegare le possibili ragioni del mantenimento anche in ambito penale di queste

---

100. Peraltro – come si sa – la premessa secondo cui la procedura legislativa ordinaria prevista a livello UE risulta del tutto rispettosa del principio di legalità-democraticità è posta in dubbio da quanti sottolineano che il Parlamento europeo, pur mantenendo il potere di veto e di emendamento, non partecipa pienamente alla formazione delle fonti UE (cfr. ancora, per tutti, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, cit., p. 254 ss.). In una diversa prospettiva, poi, non manca chi osserva che il Parlamento europeo non esprime un livello di democraticità equiparabile a quello proprio dei Parlamenti nazionali, a causa della mancanza sia di un "popolo europeo" in senso proprio sia di liste transnazionali per l'attribuzione dei "seggi europei" (cfr., F. RASPADORI, *Il deficit di rappresentatività del Parlamento europeo: limiti e soluzioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 125 ss., e bibliografia ivi riportata). In merito a tali tesi e ad un loro almeno parziale ridimensionamento cfr., diffusamente, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 117 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

Per una più generale e articolata analisi del principio di democrazia così come calato in un diritto penale europeo creato con la partecipazione dei rappresentanti di un or ora nascente "popolo europeo" cfr. F. MEYER, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht*, Zürich-St. Gallen, 2009.

101. Sempre ai sensi dell'art. 192.2 TFUE, nei suddetti sottosettori si applica tale procedura "fatto salvo l'art. 114", il quale prevede la procedura legislativa ordinaria per le norme relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno: cosicché, verosimilmente, se le misure di armonizzazione che incidono sull'assetto territoriale, sulla gestione quantitativa dei succitati sottosettori hanno un collegamento diretto con l'instaurazione o il funzionamento del mercato comune, la base giuridica sarà l'art. 114 TFUE (con conseguente adozione della procedura ordinaria); diversamente la base giuridica sarà l'art. 192.2, (con conseguente ricorso alla procedura speciale).

procedure speciali in taluni settori<sup>102</sup>, non si può quindi non concordare con chi ha sostenuto che, alla luce del principio di legalità, meglio sarebbe stato prevedere il ricorso generalizzato alla procedura legislativa ordinaria per tutte le direttive di armonizzazione penale<sup>103</sup>. Vero è, peraltro, che nel Trattato sull'Unione europea esiste una norma in grado di aggirare la regola della "equiparazione delle procedure", evitandone le negative ricadute in tema di democraticità delle fonti penali europee. Si allude al secondo comma dell'art. 48.7 TUE, in base al quale "Quando il trattato sul funzionamento dell'Unione europea prevede che il Consiglio adotti atti legislativi secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio europeo può adottare una decisione che consenta l'adozione di tali atti secondo la procedura legislativa ordinaria". E, invero, attraverso una decisione di tal fatta il Consiglio europeo potrebbe consentire a che le direttive penali di armonizzazione accessoria siano adottate con procedura legislativa ordinaria anche nel caso in cui le corrispondenti misure di armonizzazione extrapenale di cui le prime mirano a garantire l'efficacia siano state adottate con procedure legislative speciali attributive di un ruolo meramente consultivo al Parlamento europeo. Solo in tal modo, verosimilmente, le suddette direttive e le relative norme penali potrebbero sfuggire ad un giudizio di illegittimità per contrasto col principio di democrazia, rientrando come detto nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

## 5.2

### LA PREVEDIBILITÀ DELLE RELATIVE NORME

Passiamo ora a vagliare il corollario legalista della prevedibilità delle norme penali. Certamente, tale corollario non presenta in sede d'armonizzazione penale accessoria significativi profili di specificità. In altre parole – diversamente da quanto è dato riscontrare in relazione al corollario della democraticità – i problemi posti dal corollario della prevedibilità si ripropongono in termini alquanto analoghi riguardo alle norme prodotte nel quadro della competenza penale autonoma ovvero della competenza penale accessoria dell'Unione. Ciò non toglie l'opportunità di soffermarsi su talune questioni poste da due suoi sub-corollari: quello della chiarezza e precisione delle norme penali (*prevedibilità in sede legislativa*) e quello della interpretazione ragionevole di queste ultime (*prevedibilità in sede applicativa*).

Per quanto attiene alla *prevedibilità in sede legislativa*, alle norme penali UE contenute in direttive d'armonizzazione accessoria non può essere richiesto il medesimo livello di chiarezza e precisione proprio delle corrispondenti norme nazionali di trasposizione, le prime essendo, per l'appunto, norme penali minime bisognose di precisazione nei singoli Paesi membri, anche alla luce delle specificità dei rispettivi sistemi penali<sup>104</sup>. Del pari, a tali norme penali minime non può essere chiesto lo stesso livello

102. Cfr. R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2600, nt. 51.

103. Così C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 121.

104. Al riguardo, la dottrina non ha mancato di sottolineare la violazione del principio di legalità da parte di quegli Stati membri che traspongano nel proprio sistema giuridico le norme penali contenute nelle direttive di armonizzazione *verbatim* (e dunque senza procedere alla necessaria attività di precisazione e adattamento); anche se poi la stessa dottrina ritiene che tale metodo di trasposizione, conferendo un maggior livello di flessibilità alla norma penale interna, riduca il rischio di un ricorso al "freno di emergenza" (in merito al quale cfr., *infra*, sub par. 9, nt. 181 ss.) da parte di tali Stati. Cfr. M. KAIKIFA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, cit., p. 27 s.

Certamente, nella prospettiva della trasposizione di norme penali minime contenute in direttive si pone un duplice problema: quello concernente la capacità del legislatore europeo di dare vita a norme penali minime atte a non rendere troppo ostica l'attività di trasposizione del legislatore nazionale; quello relativo allo sforzo di adattamento e perfezionamento delle norme penali minime in base alle esigenze del sistema penale nazionale. Con specifico riferimento a questo secondo problema, è ovvio che tale sforzo di adattamento e perfezionamento sarebbe evitato in radice qualora il legislatore interno si limitasse a svolgere una attività di "trasformazione" delle direttive in diritto interno (situazione, questa, purtroppo in Italia non di rado accaduta in passato, anche se naturalmente non con riferimento alle "neonate" direttive penali d'armonizzazione: basti pensare alla legge 183/1987, c.d. legge Fabbri, con la quale si è data attuazione a ben cento direttive. Tale legge, infatti, prevedeva un particolare regime atto a far acquisire a talune – per la precisione, 41 – direttive "forza di legge" con effetto dalla data di emanazione di un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da vararsi entro dodici mesi dall'entrata in vigore della legge-delega). Ma è pacifico che in Italia l'attività di trasposizione ha deprecabilmente assunto nei fatti le vesti di una mera, più o meno letterale trascrizione anche in molti altri casi, sia quando in sede di adattamento del diritto europeo al diritto interno si è fatto ricorso allo binomio legge-delega/decreto legislativo, sia persino quando si è optato per il meccanismo dell'attuazione diretta, fra tutti quello più in linea col principio

di determinatezza che dovrebbe contraddistinguere eventuali norme penali contenute in regolamenti UE<sup>105</sup>, qualora mai siffatte norme con efficacia diretta potessero essere varate, ai sensi degli artt. 86.2 e 325.4 TFUE, in vista della tutela degli interessi finanziari dell'Unione<sup>106</sup>. Tuttavia, anche le norme penali minime contenute nelle direttive di armonizzazione di cui all'art. 83.2 TFUE dovranno pur sempre avere un adeguato coefficiente di chiarezza e precisione, quantomeno per rendere evidente che il livello di gravità degli illeciti da esse previsti è tale da legittimare un ricorso alla sanzione penale rispettoso del principio di proporzionalità-*extrema ratio* di cui all'art. 5.4 TUE<sup>107</sup>. Sotto questo profilo, anzi, l'esigenza di chiarezza e precisione sembra gravare in particolar modo sulle norme espressive della competenza penale accessoria UE, stante che le violazioni delle prescrizioni UE d'armonizzazione extrapenale tendono ad essere assai spesso di minore gravità rispetto agli illeciti riconducibili alle sfere di criminalità oggetto della competenza penale *autonoma* dell'Unione (illeciti, questi ultimi, rispetto ai quali dunque la legittimità in chiave proporzionalistica del ricorso allo strumento penale appare il più delle volte evidente). Un discorso analogo vale riguardo al principio di sussidiarietà di cui all'art. 5.3 TUE. Anche in questo caso, infatti, per poter stabilire l'indispensabilità del ravvicinamento su impulso dell'Unione delle norme penali nazionali in un dato settore di competenza UE oggetto di misure di armonizzazione occorrerà che le relative "norme minime" a carattere penale abbiano un contenuto sufficientemente chiaro e ben delimitato<sup>108</sup>. Senza contare che le suddette norme penali minime, se indeterminate, non potrebbero svolgere la loro funzione di ravvicinamento interstatuale delle discipline penali nazionali di settore; non potrebbero supportare in modo soddisfacente l'attività ermeneutica dei giudici interni finalizzata all'interpretazione conforme al diritto UE; non potrebbero orientare adeguatamente le pronunce della Corte di giustizia rispetto ai ricorsi interpretativi e per inadempimento. Anche la Corte di giustizia, in

---

della riserva di legge.

105. COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs au sein des institutions communautaires*, cit., p. 11: "Essendo i regolamenti direttamente applicabili e sempre e comunque obbligatori, le loro disposizioni devono essere redatte in modo tale che i loro destinatari non abbiano dubbi per quanto concerne i diritti e gli obblighi ad esse correlati. Bisogna dunque evitare di far riferimento ad autorità nazionali intermedie, salvo nei casi in cui l'atto stesso preveda una azione complementare degli Stati membri". In definitiva, per le eventuali norme penali di fonte regolamentare dovrebbero essere rispettate in sommo grado quelle esigenze di "chiarezza, semplicità e precisione" in linea generale richieste da tutti gli atti legislativi dell'Unione, onde assicurare al massimo i principi di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge e di sicurezza giuridica all'interno di un "sistema che è non solo complesso, ma anche multiculturale e multilingue" (ivi, p. 10).

106. Merita di essere sottolineato che il quesito se gli artt. 86.2 e 325.4 TFUE prevedano l'attribuzione di una competenza penale diretta a carattere settoriale in capo all'Unione (e dunque la possibilità, per quest'ultima, di adottare regolamenti a carattere penale) riceve in dottrina tre diverse soluzioni: a) la prima soluzione è volta a negare tale competenza (cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2011, p. 131 s.; *amplius* G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, cit., p. 2347. L'A. riconosce sì "una maggiore incisività della competenza prevista in questo articolo [325 TFUE] rispetto a quella di cui all'art. 83", ma ritiene che tale maggiore incisività discenda solo dall'eliminazione dei vincoli relativi sia all'adozione di "regole minime" sia al presupposto della "indispensabilità"; non discenda cioè – per usare le parole di L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive di attuazione alla luce del progetto di Costituzione europea*, in *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di L. PICOTTI, Padova, 2004, p. 85-86 – dalla sussistenza di una "specifica 'base giuridica' per la creazione di un diritto penale europeo (...) immediatamente operativo"); b) la seconda soluzione è orientata ad ammettere tale competenza penale diretta (cfr., peraltro con riferimento all'art. III-415 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, DPP, 2004, p. 8-9; S. MANACORDA, *Los estrechos caminos de un derecho penal de la Union Europea. Problemas y perspectivas de una competencia penal "directa" en el Proyecto de Tratado Constitucional, Criminalia*, 2004, p. 208 ss.; L. KUHL, *Dopo il Trattato di Lisbona: quale sistema penale europeo?*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., in corso di pubblicazione; L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, cit., p. 85 ss.; S. RIONDATO, *Dal mandato di arresto europeo al libro verde sulle garanzie, alla Costituzione europea. Spunti sulle nuove vie di affermazione del diritto penale sostanziale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 1128 ss.); c) la terza soluzione è tesa ad ammettere una circoscritta competenza penale diretta dell'Unione solo per i precetti, con conseguente esclusione che il regolamento penale possa indicare anche il tipo e l'entità delle sanzioni applicabili (cfr. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 1164 ss.). Peraltro, al di là di tali diverse tesi, è noto che non sono stati ancora adottati regolamenti penali aventi come base giuridica gli artt. 86 e 325 TFUE.

107. Cfr. A. MARTUFI, *Qualità intrinseche delle norme penali e controllo di legalità*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., par. 5, in corso di pubblicazione.

108. Al riguardo, merita di essere sottolineato che il *Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, allegato al TUE e al TFUE, prevede che ogni progetto di atto legislativo dell'Unione deve essere motivato riguardo ai principi di sussidiarietà e proporzionalità. Ma, ancora una volta, l'adeguatezza di questa motivazione non può prescindere dal contenuto delle norme penali di armonizzazione di cui si deve giustificare l'indispensabilità.

due sue recenti pronunce, fornisce elementi per indurre a ritenere che le norme penali minime di matrice europea postulino in una certa misura la qualità della determinatezza, quantomeno laddove esse siano dirette all'armonizzazione di norme incriminatrici nazionali, e non facciano invece riferimento a concetti o istituti di parte generale o a norme *lato sensu* di cooperazione giudiziaria<sup>109</sup>.

Per quanto attiene poi alla prevedibilità in sede applicativa, basterà qui ricordare che essa riguarda non già le norme penali minime contenute nelle direttive (stante che le norme in questione, come si sa, non sono direttamente applicabili), ma solo le norme penali nazionali di trasposizione utilizzate nell'ambito dell'attività giurisdizionale interna. Ora, come si sa, la prevedibilità dei giudicati dipende dalla loro ragionevolezza, e quest'ultima dovrebbe in teoria essere agevolata dallo strumento del ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia. Attraverso tale strumento, infatti, i giudici di Lussemburgo possono offrire, nei casi dubbi, l'interpretazione autentica della norma penale minima contenuta nella direttiva, in modo tale da condizionare e armonizzare le scelte interpretative dei giudici nazionali concernenti le relative norme penali nazionali di trasposizione (interpretazione conforme al diritto europeo). In definitiva, l'interpretazione ragionevole della norma penale nazionale di derivazione europea da parte del giudice interno risulta a sua volta condizionata dalla interpretazione ragionevole della norma penale minima europea da parte dei giudici di Lussemburgo. Senonché, come ho già avuto modo di osservare in taluni miei risalenti lavori in tema di diritto penale europeo, "talora neppure l'interpretazione data dalla Corte di giustizia offre una risposta chiara ed univoca all'organo interno, ma al contrario risulta fonte di ulteriori dubbi e insicurezze"<sup>110</sup>. Addirittura – complici talora le carenze del giudice nazionale nel formulare le questioni pregiudiziali di interpretazione – non sono mancate pronunce della Corte di giustizia in cui i criteri da essa forniti a tale giudice per la soluzione dei casi in questione sono risultati "talmente elastici e opinabili da lasciare, verosimilmente, aperto il campo a ogni possibile soluzione"<sup>111</sup>.

Da ultimo, la questione relativa alla incompletezza e contraddittorietà di talune sentenze interpretative della Corte di giustizia – per vero, sempre rimasta all'ordine del giorno<sup>112</sup> – si è posta proprio riguardo a un procedimento penale italiano avente come quadro normativo di riferimento un testo europeo in tema di aiuti comunitari<sup>113</sup> e la normativa penale interna che ne ha reso possibile l'applicazione in Italia. In proposito, la dottrina non ha mancato di sottolineare che, specie nei casi in cui le sentenze interpretative vengono emesse senza le conclusioni scritte dell'avvocato generale, frequente è il rischio che le risposte in esse contenute risultino di problematica applicazione<sup>114</sup>. La speranza è che grazie ad un adeguato livello di chiarezza e precisione delle norme penali minime contenute nelle direttive d'armonizzazione, e grazie anche a un progressivo affinamento della giurisprudenza UE, i responsi della Corte di giustizia risultino sempre più capaci di supportare le scelte interpretative dei giudici nazionali nel segno della loro ragionevolezza e prevedibilità, in assenza delle quali il principio di legalità penale non può certo dirsi rispettato.

---

109. Corte di giustizia, sent. 3 maggio 2007, causa C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld*), in *Racc.* 2007, p. I-3633; sent. 3 giugno 2008, causa C-308/06 (*Intertanko*), in *Racc.*, 2008, p. I-4057.

110. A. BERNARDI, *Profili penalistici della commercializzazione dei prodotti agro-alimentari*, in *Il sistema agro-alimentare e la qualità dei prodotti. Profili tecnici, economici e giuridici*, Milano, 1992, p. 251. Nello stesso senso cfr. già C. PEDRAZZI, *Droit communautaire et droit pénal des Etats membres*, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano, 1981, p. 67 ss.; ID., *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, a cura di M. Cappelletti, A. Pizzorusso, Milano, 1982, p. 672 ss.

111. A. BERNARDI, *Profili penalistici della commercializzazione dei prodotti agro-alimentari*, cit., p. 252, e ivi riferimenti giurisprudenziali.

112. Cfr., per tutte, sent. 7 settembre 2006, causa C-489/2004 (*Jehle*), in merito alla quale v. F. CAPELLI, *La sentenza della Corte di giustizia sul sistema di vendita "bag in the box" per l'olio d'oliva: una pronuncia incompleta per il carente apporto del giudice nazionale e per il mancato intervento dell'Avvocato generale*, in *Dir. com. scambi intern.*, 2007, p. 499 ss.

113. Reg. CE 1254/1999.

114. Cfr. F. CAPELLI, *La sentenza della Corte di giustizia non deve limitarsi a fornire l'interpretazione corretta della normativa applicabile, ma deve anche essere di ausilio per il giudice nazionale tenuto a risolvere il caso concreto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 2011, p. 79 ss.

## 5.3

### L'ACCESSIBILITÀ DELLE NORME PENALI D'ARMONIZZAZIONE ACCESSORIA

Poche osservazioni, infine, sul problema della conformità al corollario legalista della accessibilità delle norme espressive della competenza penale accessoria dell'Unione. Premesso che col termine accessibilità deve intendersi sia la materiale reperibilità della norma da parte dei destinatari<sup>115</sup> sia la comprensibilità della stessa<sup>116</sup>, appare evidente che, almeno in linea tendenziale, le norme penali minime contenute in una direttiva europea presentano una meno acuta esigenza di accessibilità rispetto alle parallele norme nazionali di trasposizione. Infatti, a tacer d'altro, le seconde si dirigono ai cittadini di un dato Paese membro, mentre le prime si rivolgono agli Stati che devono trasporle, e dunque si rivelano meno bisognose di essere immediatamente accessibili a tutti<sup>117</sup>. Ciò non toglie, peraltro, che anche le norme penali contenute in direttive debbano avere un sufficiente tasso di accessibilità, specialmente ma non solo ove quest'ultima sia intesa nell'accezione di reperibilità dei contenuti precettivi di norme costruite attraverso la tecnica del rinvio. Non può infatti sottovalutarsi il rischio che i difetti strutturali delle norme contenute in direttive (si pensi ad una norma penale minima contenente rinvii generici ad altre norme europee) tendano a riproporsi nelle norme nazionali di trasposizione, stante la già ricordata propensione di taluni legislatori nazionali ad attuare le suddette norme penali minime apportando ad esse solo specificazioni e modificazioni di modesta rilevanza.

Passando ora a trattare delle norme penali interne attuative di una direttiva penale europea, merita di venire sottolineato come esse siano, per certi aspetti, più inclini delle norme penali di origine puramente nazionale a porsi in tensione col principio di accessibilità. In questa sede ci si limiterà a osservare che esse, per la loro stessa genesi, tendono ad essere avvertite come "lontane dai cittadini" e a essere destinate a trovare collocazione all'esterno del contenitore (il codice penale) atto a garantire la massima "visibilità-accessibilità" alle norme penali. Inoltre non va dimenticato che, quantomeno nell'ordinamento italiano, le fattispecie originate da direttive UE si rinvergono prevalentemente in decreti legislativi ricchi di clausole sanzionatorie che comportano tutti i problemi di accessibilità propri delle norme penali costruite attraverso la tecnica del rinvio<sup>118</sup>. Ora, è verosimile ritenere che proprio le norme penali nazionali costituenti la trasposizione di norme europee di armonizzazione penale *accessoria* (più ancora delle norme penali nazionali di trasposizione di norme europee espressive della competenza penale *autonoma* dell'Unione) siano particolarmente esposte al meccanismo delle clausole sanzionatorie. Infatti risulta abbastanza naturale, per il legislatore nazionale, punire le violazioni di precetti extrapenali di fonte europea ricorrendo a norme penali che si limitano a rinviare ai suddetti precetti<sup>119</sup>; e questa abitudine potrebbe continuare anche qualora a livello europeo si cercasse di attuare attraverso direttive un processo di armonizzazione penale incentrato prevalentemente nel ravvicinamento dei livelli sanzionatori applicabili nei singoli Stati in caso di violazione dei precetti in questione. A ciò si aggiunga che tali precetti europei, per il frequente tasso di tecnicismo che caratterizza molti dei settori

115. Cioè la generica possibilità per costoro di accedere materialmente alla norma, di prendere visione del suo testo. Cfr., per tutte, Corte EDU, sent. 30 marzo 1989 (*Chappell c. Regno Unito*), par. 56; sent. 28 marzo 1990 (*Groppera radio AG e altri c. Svizzera*), par. 67 ss.

116. Cioè la possibilità per tali soggetti di 'individuare' sia la norma penale applicabile ai singoli casi concreti sia il contenuto precettivo della stessa. Cfr. già Corte EDU, sent. 26 aprile 1979 (*Sunday Times c. Regno Unito*), in base alla quale "Il cittadino deve poter disporre di informazioni sufficienti (...) sulle norme giuridiche applicabili ad un dato caso". Cfr. altresì, più recentemente, Corte EDU sent. 20 gennaio 2009 (*Sud Fondi SRL e altri c. Italia*), la quale "ha considerato che la base giuridica dell'infrazione contestata ai ricorrenti non soddisfacesse, tra gli altri, il canone di accessibilità, tenuto conto, in particolare, del grado di disorganicità e nebulosità della legislazione in materia" di abusi edilizi: P. PROLI, *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, in corso di pubblicazione, par. 2.4.; nonché, tra gli altri, F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, a cura di P. CORSO, E. ZANETTI, Milano, 2010, p. 631, nt. 35.

117. COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs au sein des institutions communautaires*, cit., p. 11-12.

118. In argomento cfr. A. BERNARDI, *Expérience italiennes récentes en matière de science et de technique de la législation pénale*, in *Archives de politique criminelle*, n. 9, Paris, 1987, p. 185 ss.

119. A loro volta tali precetti, a causa del loro spesso elevato contenuto tecnico, tendono altrettanto spesso a rinviare a norme specialistiche contenute in differenti fonti normative. Si riscontra, in questi casi, il ben noto fenomeno del rinvio a catena, che favorisce all'estremo l'inaccessibilità del complessivo contenuto della norma penale.

6  
LA COMPETENZA PENALE  
ACCESSORIA AL VAGLIO DEI  
PRINCIPI DI SUSSIDIARIETÀ E DI  
PROPORZIONALITÀ

normativi di afferenza, sono particolarmente esposti al rischio di subire modificazioni anche frequenti nel corso del tempo, con conseguente altrettanto frequente mutazione delle norme punitive d'armonizzazione previste a livello europeo in caso di loro violazione. E si sa che più le norme penali variano nel tempo, meno risultano conoscibili e accessibili ai loro destinatari. La consapevolezza che le fattispecie incriminatrici interne volte a trasporre le norme penali di origine europea sono le più soggette a controlli di legittimità (da parte, volta a volta, delle Corti costituzionali, della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo) solo in parte offre rassicurazioni in ordine al pieno rispetto del corollario legalista dell'accessibilità.

Va infine ricordato che, in prospettiva futura, il requisito della accessibilità (come del resto, già lo si è detto, quello della chiarezza e precisione)<sup>120</sup> dovrebbe risultare preteso al massimo livello rispetto a eventuali norme penali contenute in regolamenti UE ex artt. 86.2 e 325.4 TFUE, dato che queste ultime sarebbero immediatamente vigenti nei confronti di tutti i cittadini dell'Unione, dunque di soggetti aventi lingue, costumi, sistemi giuridici nazionali anche assai diversi.

Esaurita l'analisi delle questioni concernenti la conformità al principio di legalità UE delle norme penali originate da direttive d'armonizzazione accessoria, è giunto ora il momento di riprendere e approfondire le caratteristiche proprie della competenza penale prevista all'art. 83.2 TFUE, esaminando innanzitutto le ipotesi in cui è ammesso il varo delle relative norme.

Come si sa, in virtù del generale principio di sussidiarietà di cui all'art. 5.3 TUE l'intervento dell'Unione nei settori che non sono di sua competenza esclusiva è condizionato al fatto che "gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti *in misura sufficiente* dagli Stati membri (...), ma possono (...) essere conseguiti *meglio* a livello di Unione". Parallelamente, il generale principio di proporzionalità di cui all'art. 5.4 TUE limita "il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione (...) a quanto *necessario* per il conseguimento degli obiettivi dei trattati"<sup>121</sup>.

Per quanto invece concerne specificamente la competenza penale accessoria, in base alla prima parte dell'art. 83.2 TFUE il ricorso alle relative norme d'armonizzazione è subordinato alla *indispensabilità* delle stesse nella prospettiva di una efficace tutela delle politiche UE. Ora, il fatto che un dato intervento dell'Unione debba risultare *indispensabile* anziché *migliore* (art. 5.3 TFUE) e *necessario* (art. 5.4 TFUE) sembra segnalare la volontà di restringere il campo d'operatività della competenza penale accessoria: come se, in relazione ad essa, i limiti posti in via generale all'azione dell'Unione dai principi di sussidiarietà e proporzionalità non solo si sommassero, ma si rafforzassero esponenzialmente. Questo incremento dei vincoli posti dall'art. 83.2 alla competenza penale accessoria ben si spiega alla luce sia della natura penale dei relativi testi europei, sia dell'ampiezza dei settori normativi coinvolti (tendenzialmente coincidenti con l'insieme delle politiche dell'Unione), sia infine degli angusti spazi lasciati alla discrezionalità dei legislatori nazionali in sede di trasposizione. Sotto quest'ultimo profilo infatti – come si avrà modo di precisare nel prosieguo della trattazione<sup>122</sup> – l'armonizzazione penale accessoria non si limita a perseguire il ravvicinamento nei Paesi membri di certe discipline sanzionatorie prevedendo all'interno di apposite direttive il nucleo essenziale dei precetti e imponendo in relazione ad essi una tutela a carattere penale, ma comporta o può comportare anche obblighi a carico di tali Paesi in ordine a talune forme di manifestazione del reato, nonché in ordine al tipo e all'entità delle pene applicabili in caso

120. Cfr., supra, *sub* par. 5.2, nt. 105.

121. In sostanza, quindi, il principio di proporzionalità implica l'obbligo di regolare l'intensità dell'intervento dell'Unione, per quanto concerne sia la scelta dello strumento sia il tipo di azione. Cfr., per tutti, R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 48.

122. Cfr., *infra*, *sub* par. 7, lett. a).

di violazione dei suddetti precetti<sup>123</sup>. Al riguardo, dunque, l'attitudine a comprimere la discrezionalità legislativa nazionale insita nelle norme penali minime di armonizzazione *accessoria* non è certo inferiore a quella insita nelle norme penali minime di armonizzazione *autonoma*<sup>124</sup>. In entrambi i casi, cioè, queste norme penali tendono a perdere il loro carattere di "norme minime" e dunque a forzare i contenuti naturali delle direttive, prevedendo sempre qualcosa di più di un mero vincolo per gli Stati membri "per quanto riguarda il risultato da raggiungere" (art. 288, comma 3, TFUE). Infatti, le suddette norme finiscono col comprimere quella "competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi" (art. 288, comma 3, TFUE) che le disposizioni contenute nelle direttive dovrebbero in linea di principio far salva<sup>125</sup>.

Ma invero, a ben vedere, le norme penali minime di armonizzazione *accessoria* appaiono spesso destinate a erodere la discrezionalità del legislatore nazionale chiamato a darne attuazione nel sistema interno ancor più di quanto non facciano le norme penali minime di armonizzazione *autonoma*. Infatti, come si avrà subito modo di verificare<sup>126</sup>, in sede di armonizzazione *accessoria* le norme penali di fonte europea tendono inevitabilmente a incanalarsi entro gli argini costituiti dalle norme extrapenali UE di cui esse mirano a garantire l'effettività. Ora, tali norme extrapenali sono sovente caratterizzate da contenuti oltremodo dettagliati, con conseguente ulteriore erosione della discrezionalità del legislatore interno nella costruzione del precetto<sup>127</sup>.

Quanto sin qui detto non equivale tuttavia a conferire al requisito dell'indispensabilità delle norme penali d'armonizzazione *accessoria* un carattere assolutamente eccezionale, così da rendere altrettanto eccezionale il varo di norme siffatte. Per esempio, l'azione in tal senso dell'Unione dovrà verosimilmente ritenersi legittima in quanto "indispensabile" qualora anche un solo Stato membro non riesca prevedibilmente a svolgere le attività richieste per garantire la tutela delle norme extrapenali d'armonizzazione<sup>128</sup>; e ciò sia nel caso in cui le conseguenze negative di tale inadempienza ricadano solo sullo Stato in questione, sia nel caso in cui l'inottemperanza di tale Stato finisca col compromettere in varia misura l'efficacia dei provvedimenti prese nei restanti Paesi membri a fini di salvaguardia del diritto dell'Unione.

## 7

### LA POSSIBILITÀ DI ADOTTARE SOLO "NORME MINIME" E I LIMITI CONTENUTISTICI DI QUESTE

Il succitato requisito della *indispensabilità* delle norme penali d'armonizzazione *accessoria* costituisce indubbiamente il presupposto per l'esercizio della parallela competenza dell'Unione. Tale esercizio, peraltro, soggiace a ulteriori vincoli in merito alle suddette norme penali, vincoli concernenti sia il loro carattere "minimo" (*a*), sia più in generale i loro limiti contenutistici (*b*). Per contro, non sembrano sussistere significativi vincoli in merito all'ampiezza dei settori di intervento e al livello di gravità delle forme di criminalità presa in considerazione (*c*).

*a*) Come ricordato in precedenza<sup>129</sup>, le norme contenute nelle direttive d'armonizzazione espressive della competenza penale *accessoria*, pur non potendo ignorare il vincolo legalitario della chiarezza e precisione, in base all'art. 83.2 TFUE devono assumere

123. Laddove – come ricorda M. VAN DE KERCHOVE, *Le principe de subsidiarité en droit pénal européen*, cit., p. 15 del testo dattiloscritto, nt. 65 e 68 – sino all'ultimo si è ritenuto che almeno la scelta della pena dovesse spettare interamente agli Stati.

124. Per emblematici esempi al riguardo, cfr. l'art. 4 della direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 "concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI".

125. Cfr. R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2611, con ulteriori riferimenti bibliografici.

126. Cfr., *infra*, sub par. 7, lett. *a*).

127. Cfr. R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2625. Sul punto l'A. riprende esplicitamente le osservazioni di M. BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 293.

128. Cfr. B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Heidelberg, Dondrecht, London, New York, 2010, p. 291.

129. Cfr., *supra*, sub par. 2.

la veste di “norme minime” concernenti la definizione dei reati e delle sanzioni. Certamente, non può non concordarsi con chi ritiene l’espressione “norme minime” alquanto indeterminata, dunque incapace di indicare con sufficiente approssimazione il “livello di incisività e di dettaglio concesso alla normativa europea”<sup>130</sup>. In prima battuta è tuttavia possibile affermare che la suddetta espressione sembra circoscrivere la competenza penale UE alla descrizione degli elementi oggettivi e soggettivi costituenti il “cuore” della infrazione penale (dunque alle scelte di fondo in merito ai comportamenti vietati)<sup>131</sup>, nonché a talune scelte in ordine alle cosiddette forme di manifestazione del reato (circostanze<sup>132</sup>, tentativo<sup>133</sup>, concorso psicologico e materiale di persone nel reato<sup>134</sup>). Ma vi è di più. E, invero, il particolare “livello di incisività” delle norme penali minime di armonizzazione accessoria discende dal fatto che le parallele norme di armonizzazione extrapenale bisognose di una tutela penale coordinata su base europea risultano di frequente molto puntuali e “tecniche”, con conseguente tendenza a comprimere all’estremo gli ambiti della discrezionalità legislativa nazionale<sup>135</sup>. L’attitudine delle suddette norme minime a sacrificare la discrezionalità nazionale toccherebbe ovviamente il suo apogeo nei casi in cui la competenza penale accessoria dell’Unione abbia ad oggetto precetti extrapenali previsti in regolamenti. In tali casi – ammessi, come già ricordato, dalla prevalente dottrina<sup>136</sup> – il contenuto “tecnico” dei precetti penali iscritti nelle norme nazionali di trasposizione non potrà ovviamente discostarsi dal parallelo contenuto dei precetti di fonte regolamentare<sup>137</sup>, che risulta per definizione uguale in tutti i Paesi membri. In definitiva, l’unificazione su scala europea dei precetti extrapenali tutelati da norme minime espressive della competenza penale accessoria dell’Unione non potrà non riflettersi sul contenuto di tali norme minime, verosimilmente caratterizzate da forme di “rinvio parziale” ai suddetti precetti extrapenali, segnatamente attraverso il ricorso ad elementi normativi specificativi di alcuni degli elementi costitutivi del fatto tipico<sup>138</sup>.

Con riferimento poi alla pena applicabile, le “norme minime” sembrano quantomeno poter tratteggiare il livello di gravità delle condotte punite. Tali norme potranno dunque vuoi prestabilire il tipo di sanzione – in particolare, ma non solo, detentivo e/o pecuniario – vuoi indicare, sia pure in modo approssimativo, in suo *quantum*, in

130. R. SICURELLA, *La tutela “mediata” degli interessi della costruzione europea: l’armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell’Unione europea*, cit., p. 385; Id., *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell’Unione europea in materia penale*, cit., p. 2608.

131. Per una interpretazione particolarmente restrittiva del succitato concetto di norme minime cfr. M. SILVA SÁNCHEZ, *Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?*, in *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, a cura di L. ARROYO ZAPATERO, A. NIETO MARTÍN, M. MUÑOZ DE MORALES, Cuenca, 2007, p. 80 s.

132. Il ricorso a elementi circostanziali era del resto frequente nell’ambito delle decisioni quadro. Cfr., per tutti, A. NIETO MARTÍN, *The Treaty and the Stockholm Programme: the Consolidation of European Criminal Law*, in *European Criminal Law: An Overview*, a cura di L. ARROYO ZAPATERO, A. NIETO MARTÍN, Cuenca, 2010, p. 53. Cfr. altresì e da ultimo – sia pure con riferimento a una direttiva frutto della competenza penale non già *accessoria*, ma *autonoma* dell’Unione – l’art. 4.3 della direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 “concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI”.

133. Cfr., da ultimo, l’art. 3 della direttiva 2011/36/UE.

134. Cfr. *ivi*.

135. In merito ai limiti imposti ai legislatori nazionali dalle norme di armonizzazione penale accessoria cfr., oltre agli autori già citati *supra*, *sub par.* 6, nt. 127, F. ZIMMERMANN, *Die Auslegung künftiger EU-Strafrechtskompetenzen nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Jura*, 2009, p. 850.

136. Cfr., ancora, *supra*, *sub par.* 2, nt. 25.

137. Sulle tecniche legislative utilizzabili nei Paesi membri per l’attuazione sanzionatoria di precetti contenuti in regolamenti UE cfr. A. BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 69 ss., 95 ss., 99 ss.

138. Sulla tecnica del “rinvio parziale” tramite elementi normativi cfr., con specifico riferimento a norme penali di attuazione di regolamenti UE, A. BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, cit., p. 100 ss. A conferma comunque del fatto che in sede di redazione dei testi normativi le singole tecniche possono palesare profili controversi, è doveroso ricordare che quella incentrata su forme di “rinvio parziale”, se talora può dare vita a precetti eccessivamente puntuali (dunque indebitamente compressivi della discrezionalità nazionale in sede di trasposizione di “norme minime” così costruite) in altri casi può risultare viziata di indeterminazione. Per approfondimenti sul punto cfr., per tutti, G. DANNECKER, *Entsanktionierung der Straf- und Bußgeldvorschriften des Lebensmittelrechts*, Baden-Baden, 1996, p. 87; M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato “costituente” per la riforma del codice*, in *La riforma della legislazione penale complementare*, a cura di M. DONINI, Padova, 2000, p. 36.

particolare fissando la misura minima del massimo edittale della pena in questione<sup>139</sup>. Di conseguenza, per quanto concerne le scelte sanzionatorie, la discrezionalità del legislatore nazionale in sede di trasposizione delle norme minime risulterà solo per quanto riguarda le scelte tipologiche<sup>140</sup> e quantitative consentite in base alle suddette norme.

L'acquisita competenza dell'Unione all'armonizzazione "tramite norme minime" delle sanzioni applicabili in caso di violazione dei precetti di origine europea appare indubbiamente opportuna, in vista di un incremento del livello di efficacia perseguito attraverso gli interventi di ravvicinamento normativo<sup>141</sup>. Tuttavia, le prescrizioni contenute nelle direttive circa la disciplina punitiva applicabile ai singoli comportamenti illeciti dovranno essere auspicabilmente improntate ad una certa flessibilità<sup>142</sup> per almeno due ordini di ragioni. In primo luogo per lasciare ai Paesi membri la necessaria discrezionalità nella precisazione non solo dei precetti ma anche delle sanzioni, così da non trasformare le direttive penali – già di per sé inclini a condizionare pesantemente le scelte politico-criminali nazionali<sup>143</sup> – in strumenti tesi a realizzare qualcosa di molto vicino ad una unificazione sanzionatoria oltretutto, come vedremo subito, allo stato comunque inattuabile. In secondo luogo, per consentire ai suddetti Paesi di tener conto delle reciproche differenze in merito al livello di effettività delle rispettive comminatorie edittali, come si sa largamente condizionate da molteplici meccanismi e misure *lato sensu* indulgenziali applicabili in sede sia di diritto sostanziale, sia di processo, sia di esecuzione della pena<sup>144</sup>. In questo senso, con paradosso solo apparente si può dire che – in assenza di una generale armonizzazione europea di tali meccanismi e misure – solo se le indicazioni di matrice europea in ordine alle scelte punitive non risulteranno troppo stringenti sarà almeno in teoria possibile che le pene in concreto applicabili nei diversi Stati UE siano caratterizzate da un sufficiente livello di omogeneità.

In definitiva, i problemi concernenti la delimitazione della competenza penale accessoria riguardo ai soli "ambiti interni alle singole norme penali" investono da un lato la necessità di prevedere norme penali minime sufficientemente caratterizzate, dall'altro lato l'impossibilità di configurare tali norme come vere e proprie fattispecie incriminatrici sovranazionali precisate in tutti i loro elementi. Le future direttive d'armonizzazione accessoria ci diranno se il legislatore europeo riuscirà a coniugare determinatezza e flessibilità, lasciando ai Paesi membri margini sufficienti di libertà pur in un contesto generale inevitabilmente contrassegnato, come più volte ripetuto, da vincoli europei notevolmente stretti.

b) Passando ora a considerare brevemente *i limiti contenutistici delle norme previste nelle direttive di armonizzazione penale accessoria*, e più in generale i limiti di tali norme nel condizionare i sistemi penali nazionali, si tratta innanzitutto di capire quanto le norme in oggetto possano incidere su questioni afferenti alle peculiarità strutturali del sistema penale nazionale.

Certamente, dato che i Trattati circoscrivono la competenza penale europea a

---

139. Sulla opportunità di prevedere "livelli minimi comuni di pene massime" cfr., sia pure con precipuo riferimento alle condotte penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 83.1 TFUE, il *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini* (2010/c 115/01), cit., C 115/21. Viceversa, sarebbe incongruo pretendere che le norme penali minime europee dettassero disposizioni anche in merito al minimo edittale, visto che taluni Stati membri, come per esempio la Francia, non è previsto il minimo edittale applicabile in caso di violazione delle singole norme incriminatrici.

140. Per esempio, l'indicazione nella norma penale europea del limite minimo del massimo edittale lascerà spesso aperta, in Francia, la possibilità di scelta da parte del legislatore nazionale tra il ricorso alla *réclusion criminelle* ovvero all'*emprisonnement*.

141. Cfr., per tutti, M. PELISSERO, *Dalle sollecitazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia al Trattato di Lisbona: il rafforzamento della politica penale dell'Unione europea*, cit., 674 ss.; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2610, nt. 65, con ulteriori riferimenti bibliografici.

142. In particolare, evitando soglie edittali massime troppo elevate.

143. Cfr. *supra*, sub par. 6, nt. 127.

144. In argomento cfr., diffusamente e per tutti, A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit., p. 99 ss.; R. SICURELLA, *La tutela "mediata" degli interessi delle costruzioni europee: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 377 ss.; M. PELISSERO, *Dalle sollecitazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia al Trattato di Lisbona: il rafforzamento della politica penale dell'Unione europea*, cit., p. 676 ss.

specifici settori di parte speciale, le norme penali minime europee non potranno intervenire su questioni di parte generale sganciate “dalle singole materie indicate nell’art. 83”<sup>145</sup>. Inoltre, tali norme non dovrebbero vertere su questioni di natura essenzialmente “dogmatica”: per esempio, non dovrebbero imporre ai singoli sistemi penali degli Stati membri di accogliere una certa definizione o concezione di dolo estranea alla tradizione nazionale, ovvero di rendere punibili sempre e comunque le forme di tentativo inidoneo o di concorso di persone inidoneo, le quali come si sa sono ammesse in taluni sistemi penali nazionali (come quello tedesco) e sono invece respinte in altri (come quello italiano).

Ciò non significa, peraltro, che i condizionamenti prodotti dalle norme penali europee non possano indirettamente vincolare gli Stati rispetto a talune scelte “di sistema”: ad esempio, se una data norma penale europea obbliga gli Stati membri a punire i reati da essa previsti anche a titolo di tentativo (cosa, come già ricordato, consentita senz’altro a una norma penale europea pur definita “minima”), tale norma obbligherà molti di tali Stati a non etichettare quei reati come contravvenzioni, dato che nei rispettivi sistemi le contravvenzioni non sono punibili a titolo di tentativo<sup>146</sup>.

c) Ancora, occorre ricordare brevissimamente le questioni concernenti *l’ampiezza dei settori oggetto di intervento nell’ambito dell’armonizzazione accessoria e il livello di gravità delle relative forme di criminalità*. Quanto alla prima questione, non è più necessario soffermarsi sulla già ricordata, indiscutibile necessità logica di allargare il campo delle politiche dell’Unione oggetto di competenza penale accessoria al di là di quanto esplicitamente previsto all’art. 83.2 TFUE<sup>147</sup>. Quanto alla seconda questione, qui importa respingere la tesi secondo la quale tale forma di competenza penale andrebbe circoscritta in via interpretativa alle sfere di grave criminalità, in base ad una sorta di interpretazione analogica di quanto stabilito per l’armonizzazione penale autonoma dall’art. 83.1 TFUE<sup>148</sup>. Sembra infatti di poter dire che questo ipotizzato limite non trova sufficienti argomenti di sostegno, potendo per contro risultare, sotto taluni aspetti, disfunzionale. In effetti, è ben possibile che l’armonizzazione penale europea si riveli indispensabile, in taluni settori normativi, anche in relazione a violazioni non particolarmente gravi; in particolare nei casi in cui tali violazioni siano contraddistinte nei singoli Paesi membri da discipline così diverse da impedire una loro prevenzione e repressione sufficientemente omogenea ed efficace su scala.

## 8

### L’INCIDENZA DELLE DIRETTIVE PENALI D’ARMONIZZAZIONE ACCESSORIA SULLE POLITICHE CRIMINALI NAZIONALI

A questo punto, si impongono alcune precisazioni in ordine ai presunti o reali condizionamenti che le norme penali europee d’armonizzazione accessoria eserciterebbero sulle politiche criminali nazionali.

Innanzitutto sembra plausibile ritenere che le suddette norme penali minime non possano vincolare le politiche criminali nazionali sino a impedire loro di elevare a reato anche ulteriori fatti più o meno affini a quelli sanzionati in base a tali norme<sup>149</sup>. In

145. G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell’Unione*, cit., p. 2331.

146. Cfr., limitatamente alla Francia, l’art 121-5 c.p.

147. Cfr., *supra*, sub par. 2, nt. 24 e 25.

148. A favore della tesi qui contestata cfr., sia pure con riferimento al Trattato costituzionale europeo, E. BACIGALUPO, *Bemerkungen zu strafrechtlichen Fragen des Verfassungsentwurfs*, in *ZStW*, 2004, p. 326 ss.; T. WALTER, *Inwieweit erlaubt die Europäische Verfassung ein europäisches Strafgesetz?* in *ZStW*, 2005, p. 929. Per la tesi contraria a questa interpretazione restrittiva degli ambiti della competenza penale accessoria cfr., tra gli altri, M. BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, cit., p. 293; B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, cit., p. 290.

149. Non mancano tuttavia opinioni almeno parzialmente dissenzienti. Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, Milano, 2005, p. 452 ss.; ID., *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell’Unione europea in materia penale*, cit., p. 2575, nt. 9. L’A., se da un lato riconosce che in alcuni casi le precedenti direttive d’armonizzazione penale accessoria (adottate sulla scia della sent. 13 settembre 2005 della Corte di giustizia) legittimano espressamente gli Stati membri a utilizzare lo strumento penale al di là delle indicazioni europee, dall’altro lato sottolinea come – in linea generale – esigenze intrinseche di coerenza del sistema suggerirebbero agli Stati di non travalicare i vincoli di penalizzazione scaturenti

questo senso, sembra preferibile ritenere che i Paesi membri restino liberi di considerare penalmente rilevanti ulteriori fatti o ulteriori modalità della condotta, anche laddove le direttive d'armonizzazione non prevedano esplicitamente questa libertà<sup>150</sup>. In tal modo, l'ampliamento su autonoma iniziativa di singoli Stati UE dell'ambito del penalmente rilevante previsto dalle direttive d'armonizzazione accessoria potrà concernere fatti e condotte che non costituiscono esplicite violazioni delle prescrizioni penali previste dalla direttiva; potrà cioè concernere fatti e condotte che, limitandosi ad una trasposizione e precisazione delle relative norme penali minime, non dovrebbero essere assoggettati dal giudice alla sanzione penale in virtù del divieto di analogia.

Si può pertanto affermare che le norme europee d'armonizzazione penale – pur potendo certo influenzare le politiche criminali nazionali suggerendo implicitamente ai Paesi membri di non penalizzare gli illeciti non considerati reato dalle direttive di settore<sup>151</sup> – non potrà mai garantire il rispetto da parte degli Stati UE del principio di *extrema ratio* così come inteso a livello europeo; non potrà cioè evitare una eventuale espansione degli ambiti del penalmente rilevante in ambito nazionale<sup>152</sup>.

Per contro, le norme penali minime di origine UE, una volta precisate in sede di trasposizione nei singoli Stati, daranno vita a norme incriminatrici nazionali sottratte ad eventuali, successive scelte nazionali di depenalizzazione<sup>153</sup>. Diversamente, ove agli obblighi di incriminazione di fonte europea potessero fare seguito in un secondo momento norme nazionali capaci di vanificare tali obblighi in nome del primato del principio di riserva di legge nazionale in materia penale, verrebbe del tutto meno, nei fatti, la vincolatività delle relative direttive.

Affermare l'impossibilità di depenalizzare quanto su impulso europeo si è penalizzato non significa peraltro ritenere che l'armonizzazione penale realizzata tramite direttive debba portare ad un'espansione indefinita dei fatti previsti come reati su scala UE, per l'inammissibilità di un contrario processo di riduzione delle aree di illiceità penale; significa solo ritenere che quest'ultimo processo debba essere anch'esso innescato da atti normativi UE. Come si è ricordato nei primi paragrafi, la competenza penale europea costituisce una conquista alquanto recente, articolata in quattro momenti salienti concernenti rispettivamente: il riconoscimento, a partire dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso, dell'obbligo per gli Stati membri di prevedere a tutela dei precetti comunitari sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive che in certi casi, per poter essere considerate tali, dovranno essere necessariamente penali<sup>154</sup>; l'istituzione col Trattato di Maastricht del terzo pilastro e di una politica criminale europea in taluni settori della delinquenza organizzata a carattere transnazionale; il riconoscimento da parte della Corte di giustizia (sent. 13 settembre 2005) della legittimità, sia pure in casi particolari,

---

dalle direttive varate ex art 83.2 TFUE.

150. Come, ad esempio, nel caso della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente, ricordata *supra*, sub par. 3, nt. 31. Cfr., per tutti, E. RUBI-CAVAGNA, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne*, cit., p. 510; B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, cit., p. 283.

151. E dunque di punire i suddetti illeciti con sanzioni amministrative o private.

152. Tuttavia, circa le ragioni che dovrebbero quantomeno indurre gli Stati a utilizzare con prudenza la facoltà loro concessa di elevare a illeciti penali comportamenti non previsti come tali dalle suddette direttive d'armonizzazione penale cfr., ancora, E. RUBI-CAVAGNA, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne*, cit., p. 510.

153. Anche se, per vero, una parte della dottrina rivendica la possibilità per il legislatore nazionale di rinnegare in futuro le scelte di incriminazione effettuate su *imput* europeo. In argomento cfr. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 1157 ss. Secondo l'A. "negare al Parlamento nazionale la possibilità di depenalizzare viola (...) una componente essenziale del principio costituzionale di riserva di legge", con conseguente possibilità di azionare il meccanismo dei controlimiti. Cfr. altresì G. ABBADESSA, *Dal "diritto penale comunitario" al diritto penale della nuova Unione europea: problematiche dell'interregno*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 457 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 20 ss. Per una puntuale confutazione di tale tesi si vedano, peraltro, le talora non coincidenti ma sempre convergenti considerazioni di C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 61; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2632; L. SIRACUSA, *Il Trattato di Lisbona ed il transito del diritto penale di fonte europea dalla "vecchia" alla "nuova" Unione*, cit., nt. 80-84. In precedenza, del resto, lo stesso Sotis aveva affermato che "se 'si prende il diritto sul serio' (...), il principio di fedeltà comunitaria impedirebbe (...) di mettere in discussione a livello nazionale una scelta di penalizzazione presa a livello europeo": C. SOTIS, *Estado actual y perspectivas de futuro en la armonización del derecho penal material*, in *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, cit., p. 114.

154. Cfr., *supra*, sub par. 3, nt. 39.

di una competenza penale indiretta di primo pilastro; l'entrata in vigore nel 2009 del Trattato di Lisbona ampliativo di tale competenza. Sinora, dunque, lo sviluppo della competenza penale europea ha coinciso con la possibilità per l'Unione di creare crescenti obblighi di incriminazione in capo agli Stati membri. Ma prima o poi, se la competenza penale UE si consoliderà, inizieranno auspicabilmente a essere introdotti testi UE di depenalizzazione improntati, *mutatis mutandis*, alla logica deflattiva che connota i testi introdotti nei singoli Stati per comprimere anziché ampliare gli ambiti della tutela penale. Potranno così essere adottate direttive concepite anche per obbligare gli Stati membri a sottrarre alla responsabilità penale comportamenti a livello europeo non più avvertiti come intollerabili o comunque bisognosi di essere penalmente sanzionati<sup>155</sup>. Questo però accadrà, con ogni probabilità, quando il giovane sistema penale europeo entrerà in quella fase di "maturità" già da tempo conosciuta dai sistemi penali nazionali<sup>156</sup>.

In ogni caso, riconoscere che le norme penali minime previste da direttive espressive della competenza penale accessoria possano obbligare gli Stati membri a introdurre norme di trasposizione capaci di elevare a reato fatti sino allora non penalmente sanzionati a livello nazionale significa ammettere la possibilità che l'azione di ravvicinamento delle norme penali nazionali dei Paesi membri, effettuata ai sensi dell'art. 83.2 prima parte TFUE, possa non limitarsi a ravvicinare tra loro norme nazionali già esistenti e già a carattere penale. Del resto, una interpretazione volta a circoscrivere l'armonizzazione penale accessoria ai fatti già sin da ora previsti come reati dagli Stati membri sarebbe non solo difficilmente ammissibile sul piano meramente letterale<sup>157</sup>, ma soprattutto non consentita sul piano logico. Invero, appare sin troppo chiaro che una interpretazione di questo tipo sarebbe del tutto irragionevole, in quanto limiterebbe gli ambiti della competenza penale accessoria dell'Unione ai fatti che presentino già rilievo penale in tutti e 27 gli Stati membri, impedendo così all'armonizzazione penale accessoria di operare proprio in relazione a quei comportamenti che, costituendo reato solo in una parte dei Paesi UE, appaiono maggiormente bisognosi di una omogeneità di disciplina. È dunque pacifico che la norma in esame consenta di estendere l'ambito del penalmente rilevante di là di quanto già previsto come tale nei singoli Stati membri.

## 9

### LE FORME DI CONTROLLO PREVENTIVO, DI GIUSTIZIABILITÀ E DI OPPOSIZIONE RISPETTO ALLE NORME PENALI EUROPEE DI ARMONIZZAZIONE ACCESSORIA

Appurato dunque il potere dell'Unione di imporre ai legislatori nazionali di elevare a reati fatti in precedenza penalmente irrilevanti, risulta tuttavia plausibile che eventuali progetti di direttive penali – specie se destinati ad ampliare significativamente<sup>158</sup> gli spazi penalmente tutelati a livello nazionale in nome dell'attuazione efficace di politiche dell'Unione oggetto di preve misure di armonizzazione – possano verosimilmente incontrare resistenze negli Stati membri, o almeno in taluni di essi.

Queste resistenze nazionali potranno essere fatte valere soprattutto invocando i principi di sussidiarietà e di proporzionalità sanciti dall'art. 5.3 e 5.4 TUE. Infatti il rispetto del primo di tali principi è oggetto di un controllo preventivo da parte dei parlamenti nazionali<sup>159</sup>, mentre il rispetto di entrambi è affidato a un controllo successivo da parte

155. Cfr., *amplius*, R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 257; ID., *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2631 ss.

156. In una prospettiva più pessimistica e radicale, ritiene "poco plausibile che il legislatore comunitario sia capace di rimettere in discussione le proprie scelte di penalizzazione" C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 1158. Senonché l'argomento utilizzato per sostenere l'affermazione sopra riportata ("dato che il diritto comunitario si legittima mediante l'accumulazione progressiva di competenze") non appare decisivo. La competenza penale in un dato settore si esprime infatti attraverso qualsiasi intervento normativo al riguardo, a prescindere dal suo carattere espansivo o restrittivo degli ambiti del penalmente rilevante.

157. A tal fine, occorrerebbe interpretare l'*incipit* dell'art. 83.2 TFUE ("Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale...") come se tale norma recitasse "Allorché il ravvicinamento delle (preesistenti) disposizioni penali degli Stati membri...".

158. Ovvero, in ipotesi, a comprimere significativamente.

159. Un siffatto controllo esprime all'evidenza la volontà – progressivamente emersa a partire dal Trattato di Maastricht – di incrementare il carattere politico del principio di sussidiarietà.

della Corte di giustizia<sup>160</sup>. Vero è peraltro che i suddetti principi sono tradizionalmente caratterizzati da un assai elevato tasso di discrezionalità: sia per quanto concerne la valutazione della insufficienza delle normative nazionali e della migliore adeguatezza dell'azione dell'Unione per il conseguimento degli obiettivi previsti (sussidiarietà)<sup>161</sup>, sia per quanto concerne la stretta necessità dell'azione dell'Unione (proporzionalità)<sup>162</sup>. Di fatto – riguardo al controllo giurisdizionale successivo – la Corte di giustizia ha sempre goduto di un largo margine di apprezzamento, da essa prevalentemente utilizzato – almeno per quanto concerne il principio di sussidiarietà – in chiave di *self restraint*, di pregiudiziale rispetto delle scelte operate dal legislatore europeo<sup>163</sup>. Ora, sembra difficile che questo stato di cose muti radicalmente dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. È dunque verosimile ritenere che il ricorso alla Corte di giustizia per violazione di quest'ultimo principio<sup>164</sup> da parte di norme penali d'armonizzazione accessoria porterà anche in futuro a esiti non molto diversi da quelli già sperimentati, risultando praticabile con successo, a tutto concedere, solo rispetto alle violazioni macroscopiche<sup>165</sup>. Sul punto, va tenuto presente che sinora la (criticabile) prassi giurisprudenziale dei giudici di Lussemburgo è stata quella di valutare in primo luogo non già se l'azione intrapresa a livello nazionale risultasse sufficiente a raggiungere gli obiettivi perseguiti, bensì se tali obiettivi potessero essere meglio realizzati a livello UE<sup>166</sup>. In tal modo, come è stato osservato, “un'azione a livello nazionale sarà normalmente giudicata insufficiente se confrontata ai risultati ottenibili grazie all'adozione di disposizioni comuni a livello comunitario”<sup>167</sup>. In ogni caso, a tutt'oggi mancano sentenze della Corte di giustizia sul

---

160. La scelta di prevedere rispetto al principio di proporzionalità solo un controllo giurisdizionale (escludendo così quel controllo preventivo di tipo politico introdotto rispetto al principio di sussidiarietà) è stata generalmente motivata dalla considerazione del carattere meramente giuridico del primo di tali principi. Sul punto cfr., ad esempio, C. MORVIDUCCI, *Convenzione europea e ruolo dei Parlamenti nazionali: le scelte definitive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 1067, nt. 24.

161. M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., p. 136, con ulteriori riferimenti bibliografici. Sia pure con accenti talora non del tutto uniformi, concordano sull'elevato coefficiente di discrezionalità del principio di sussidiarietà e sull'inefficacia di quest'ultimo a livello pratico-applicativo, G.A. BERMAN, *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, 94 *Columbia Law Review*, 1994, p. 366 ss., 456; H.-J. BLANKE, *Normativer Gehalt und Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3b EGV*, in *Das Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union – Bedeutung und Wirkung für ausgewählte Politikbereiche*, a cura di R. HRBEK, BADEN-BADEN, 1995, p. 95 ss.; P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni cost.*, 1993, p. 14 s.; J. LUTHER, *Il principio di sussidiarietà un "principio speranza" per il diritto costituzionale europeo?*, in *Foro it.*, 1996, IV, p. 184 ss.; G. STROZZI, *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'integrazione europea: un'incognita e molte aspettative*, in *Jus*, 1994, p. 372 ss.; S. WEATHERILL, *Better competence monitoring*, in *European Law Review*, 2005, p. 23 ss.; nonché, nella più recente letteratura, E. HERLIN-KARNELL, *Subsidiarity in the Area of EU Justice and Home Affairs Law – A lost cause?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 353 ss.; F. VECCHIO, *Il principio di sussidiarietà nel Trattato Costituzionale: procedimentalizzazione vs. giustiziabilità*, in [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0044\\_vecchio.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0044_vecchio.pdf), p. 5 ss.; M. VAN DE KERCHOVE, *Le principe de subsidiarité en droit pénal européen*, cit., p. 14 ss. del testo dattiloscritto; M. A. ZÖLLER, *Europäische Strafgesetzgebung*, in *ZIS*, 2009, p. 347 ss.

162. In merito alla cui valutazione cfr., per tutti e in prospettiva penale, P. DE PASQUALE, *Principio di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Argomenti di diritto penale europeo*, a cura di A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, Torino, 2011, p. 2 s.

163. Cfr., per tutti, C. MORVIDUCCI, *Convenzione europea e ruolo dei Parlamenti nazionali: le scelte definitive*, cit., p. 1066 ss.

164. Per quanto concerne le istituzioni competenti a presentare ricorso, l'art. 8 del Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di proporzione e di sussidiarietà le individua negli Stati membri, che operano a nome del loro Parlamento nazionale o di una camera di detto Parlamento.

165. Cfr. emblematicamente, con specifico riferimento al principio di proporzionalità, Corte di giustizia, sent. 13 maggio 1997, causa C-233/94 (*Germania c. Parlamento e Consiglio*), nella quale la Corte esclude l'ipotesi di “sostituire la propria valutazione a quella del legislatore. Essa potrebbe tutt'al più censurare le scelte normative di quest'ultimo soltanto nel caso in cui tali scelte apparissero manifestamente erranee (...)” (punto 56). In senso conforme, sempre rispetto al principio di proporzionalità, sent. 12 novembre 1996, causa C-84/94 (*Regno Unito c. Consiglio*), punto 58; sent. 5 maggio 1998, causa C-157/96 (*National Farmers' Union e a.*), punto 61; sent. 10 dicembre 2002, causa C-491/01 (*British American Tobacco*), punto 123. Con riferimento al principio di sussidiarietà e a una “stagione” dell'Unione europea ormai superata, cfr., in dottrina, M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., p. 137, e bibliografia ivi riportata; P. GORI, *Corte di Giustizia e principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, p. 2 ss; Esempi di provvedimenti europei in rapporto di tensione col principio in oggetto sono forniti, ad esempio, da taluni regolamenti in tema di diritto di famiglia (reg. n. 1347/2000 del 29 maggio 2000, reg. n. 2201/2003, del 27 novembre 2003), e addirittura da certi testi, sia pure di *soft law*, in tema di divorzio (cfr. *il Libro Verde della Commissione del 14 marzo 2005*, (Com 2005) 82 def.). Circa i dubbi sollevati da tali testi sotto il profilo del rispetto del principio di sussidiarietà, cfr. U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 44 ss., il quale parla in proposito di “un'invasione da parte di norme comunitarie (...) in aree che non possono che restare di esclusivo dominio interno” (p. 45).

166. Per un esempio eclatante del suddetto meccanismo argomentativo, attraverso il quale la Corte di giustizia vanifica gli effetti limitativi sull'intervento normativo dell'Unione correlabili al principio di sussidiarietà, cfr. in particolare sent. 10 dicembre 2002, causa C-491/01 (*British American Tobacco*), cit., punto. 180. “Per quanto riguarda la questione se la direttiva sia stata adottata in conformità al principio di sussidiarietà, occorre esaminare in primo luogo se l'obiettivo dell'azione progettata potesse essere meglio realizzato a livello comunitario”. In merito a tale sentenza cfr., con accenti critici, F. IPPOLITO, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tobacco*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 647 ss.

167. Cfr. P. MENGOSI, *Il principio di sussidiarietà nel sistema giuridico delle Comunità europee*, in <http://www.lumsa.it/Lumsa/Portals/File/>

rispetto o meno dei principi di sussidiarietà (e anche del principio di proporzionalità) da parte di testi penali dell'Unione.

Più agevole risulterà allora, verosimilmente, l'azione di controllo preventivo operabile dai Parlamenti nazionali nei confronti dei progetti di atti legislativi UE ritenuti non rispettosi del principio di sussidiarietà<sup>168</sup>; anche se si deve sempre ricordare che i pareri motivati negativi dei Parlamenti nazionali non implicano automaticamente il ritiro del progetto, ma piuttosto il suo riesame, all'esito del quale l'organo che ha presentato il progetto può decidere se mantenerlo, modificarlo o ritirarlo; e dopo il riesame solo in casi estremi il legislatore dell'Unione decide di non sottoporre il progetto a un ulteriore esame<sup>169</sup>. In sostanza, quindi, il controllo preventivo dei Parlamenti nazionali sulla sussidiarietà, pur potendo verosimilmente risultare per ovvie ragioni più rigoroso di quello della Corte di giustizia, rispetto a quest'ultimo potrebbe rivelarsi ancor meno efficace.

Merita tuttavia di essere sottolineato che, nel quadro della recente, complessiva attività di riforma dei Trattati, non mancano segnali sintomatici di una più avvertita attenzione al principio di sussidiarietà quando le norme europee chiamate a rispettarlo hanno contenuto penale. In particolare, l'art. 67 TFUE ricorda che la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia deve avvenire nel rispetto non solo dei diritti fondamentali, ma anche "dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri"<sup>170</sup>. Inoltre il comma 1 dell'art. 7.2 del *Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità* prevede che, ai fini del riesame dei progetti di atti legislativi europei, la soglia quantitativa dei pareri motivati trasmessi dai Parlamenti nazionali sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà da parte di tali progetti sia più bassa quando questi ultimi riguardano lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>171</sup>, cosicché risulta facilitato il ricorso alle procedure legislative aggravate in caso di "dissensi nazionali". Anche tutta una serie di testi di *soft law* prodotti dalle diverse istituzioni UE dimostrano di voler "prendere sul serio" il principio di sussidiarietà, per esempio individuando una vasta gamma di elementi attraverso i quali ricavare la reale necessità dell'intervento penale dell'Unione<sup>172</sup>.

A livello nazionale, la valorizzazione del principio di sussidiarietà in funzione di argine al varo di norme europee a carattere penale ha indubbiamente toccato il suo vertice nella già ricordata sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 30 giugno 2009 sulla legittimità costituzionale della legge di adesione al Trattato di Lisbona<sup>173</sup>. Ed è proprio con riferimento alla competenza penale di cui all'art. 83.2 TFUE che il

---

ConvegnoDocentiSett06/Mengozzi.pdf ; F. VECCHIO, *Il principio di sussidiarietà nel Trattato Costituzionale: procedimentalizzazione vs. giustiziabilità*, cit., p. 5 ss..

168. Tale azione di controllo è prevista nei dettagli dall'art. 7 del succitato *Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*. Questo testo, a sua volta, è giunto all'esito di un acceso e lungo dibattito che aveva visto le istituzioni comunitarie impegnate nel tentativo di assicurare l'effettività del principio di sussidiarietà, e che era sfociato nel *Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità* allegato al Trattato di Amsterdam.

169. Cfr. *Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, art. 7.2 e 3. In sintesi, qualora, nell'ambito della procedura legislativa ordinaria il mancato rispetto del principio di sussidiarietà sia condiviso dai pareri della maggioranza semplice dei Parlamenti nazionali, la Commissione potrà mantenere la propria proposta di atto legislativo solo motivandone le ragioni. In tal caso tuttavia Consiglio e Parlamento europeo saranno investiti del compito di valutare la compatibilità della proposta con il principio in questione; esprimendosi su una sorta di "questione pregiudiziale di sussidiarietà" il Consiglio (a maggioranza del 55 per cento dei propri membri) ovvero il Parlamento (con voto a maggioranza semplice) potranno impedire l'ulteriore esame della proposta. Consiglio e Parlamento europeo potranno, quindi, su impulso della maggioranza dei parlamenti nazionali, imporre alla Commissione il ritiro dell'iniziativa.

170. Cfr. altresì, nello stesso senso, *Council Conclusions on Model provisions guiding the Council Criminal Law deliberations*, cit., p. 2, punto 3. In dottrina cfr., per tutti, A. KLIP, *European Criminal Law*, Antwerp, Oxford, Portland, 2009, p. 36.

171. In questo caso la soglia dei pareri motivati, infatti, scende da un terzo a un quarto dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali conformemente all'art. 7.1, comma secondo, del suddetto *Protocollo*. La dottrina non ha mancato di sottolineare come il controllo dei Parlamenti nazionali sul rispetto del principio di sussidiarietà divenga più incisivo nei casi in cui tale controllo abbia ad oggetto le fonti europee in materia penale: cfr., per tutti, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 111.

172. Cfr., ad esempio, i tre elementi individuati dal *Projet de conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les travaux menés par le Conseil dans le domaine du droit pénal*, Annexe I, Conseil de l'Union Européenne, Bruxelles, 27 novembre 2009 (30.11), (OR. en) 16542/2/09, REV 2, JAI 868, DROI PEN 160, p. 5.

173. Cfr., *supra*, sub par. 2, nt. 22.

*Bundesverfassungsgericht* esalta le valenze restrittive del principio di sussidiarietà insite nel requisito della “indispensabilità” delle relative norme penali d’armonizzazione. Esso infatti afferma che “per soddisfare i requisiti di questa fattispecie d’eccezione e per poter ritenere che sia attribuita [all’Unione] una competenza di legislazione penale *accessoria*<sup>174</sup>, deve essere stato *accertato in modo documentabile*<sup>175</sup> che esiste effettivamente un *deficit* di esecuzione tanto incisivo da poter essere eliminato solo per mezzo della minaccia della sanzione penale”<sup>176</sup>.

Certamente, questa tendenza a restringere all’estremo tale competenza penale europea nasce dalla difficoltà di accettare che i Trattati possano precludere agli Stati “di decidere, secondo le proprie idee sui valori, sulla offensività di determinati tipi di condotta e perfino sull’applicazione di pene detentive”<sup>177</sup>; difficoltà, questa, del resto condivisa da larga parte della dottrina tedesca, favorevole a una siffatta tendenza restrittiva<sup>178</sup>. Tuttavia, sembra difficile pretendere dal legislatore europeo di fornire convincenti dimostrazioni empiriche di regola mai richieste al legislatore nazionale. In ogni caso, tale pretesa comporta il rischio che la ponderazione tra le esigenze di armonizzazione penale interstatale da un lato e di preservazione delle scelte politico-criminali dei singoli Stati in vista della conservazione dell’identità nazionale dall’altro lato<sup>179</sup> finisca di fatto col privilegiare sempre le seconde, con conseguente inutilizzabilità della competenza penale accessoria UE.

Vero è però che, qualora a fini di legittimazione del processo di europeizzazione del diritto penale ai sensi dell’art. 83.2 TFUE ci si accontentasse di una “indispensabilità per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione” semplicemente proclamata e non invece supportata anche da prove davvero convincenti, i principi di sussidiarietà e proporzionalità perderebbero di fatto ogni valenza restrittiva. Di ciò sembrano consapevoli gli stessi organi dell’Unione, che in taluni recenti documenti mostrano di voler consentire di verificare il rispetto di tali principi anche sulla base di preliminari valutazioni d’impatto peraltro non meglio precisate<sup>180</sup>.

In definitiva, quindi, ancor oggi il principio di sussidiarietà rischia di oscillare incontrollabilmente tra due estremi ugualmente insoddisfacenti: il primo implicante effettivi e severi test empirici di indispensabilità di ogni norma europea di armonizzazione penale, invero di difficile elaborazione, realizzazione e valutazione; il secondo rassegnato ad una giustiziabilità circoscritta, a tutto concedere, ai casi più eclatanti di non indispensabilità dell’intervento dell’Unione in materia penale. La speranza è che, nell’ambito delle procedure previste dal *Protocollo n. 2*, il dialogo tra le istituzioni europee e i parlamenti nazionali sappia conferire al principio di sussidiarietà quei profili

---

174. Corsivo nostro.

175. Corsivo nostro.

176. Punto 362.

177. *Ivi*.

178. Cfr., ad esempio, M. KUBICIEL, *Das “Lissabon”-Urteil und seine Folgen für das Europäische Strafrecht*, in GA 2010, p. 105; F. ZIMMERMANN, *Die Auslegung künftiger EU-Strafrechtskompetenzen nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 844 ss.

179. Ponderazione in merito alla quale cfr., ad esempio, N. PASTOR MUÑOZ, *Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der Europäischen Union – zugleich: einige Überlegungen zu den Grenzen und Grundlagen einer legitimen europäischen Kriminalpolitik*, cit., p. 97 s. In argomento cfr. altresì, diffusamente, H. SATZGER, *Europäisierung*, in *Europäisches Strafrecht*, a cura di U. SIEBER, F.H. BRÜNER, H. SATZGER, B. VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Baden-Baden, 2011, p. 233 ss.. L’A., affrontando il tema del “dovere di rispetto del diritto penale” gravante sul diritto europeo in una prospettiva equilibratamente a cavallo tra nazionalismo e europeismo, ritiene che tale dovere discenda non tanto dai rapporti tra diritto penale e sovranità nazionale (divenuti meno esclusivi con l’incedere della costruzione europea) quanto piuttosto dal fatto che il diritto penale esprime il nucleo valoriale dell’identità nazionale. In questo senso, posto che larga parte delle fattispecie penali e delle politiche criminali proprie degli Stati membri sono profondamente radicate nel patrimonio socio-culturale e storico-tradizionale che identifica un popolo, esisterebbe il pericolo che quanto più il diritto penale e le politiche criminali esprimano condizioni specificamente nazionali tanto più l’europeizzazione di tale diritto e di tali politiche finisca per entrare in collisione con i valori etico-sociali condivisi all’interno dello Stato e in definitiva per non venire accettata dai cittadini.

180. Cfr. il *Programma di Stoccolma*, cit., p. 5, punto 1.2.3, ove in relazione allo spazio di libertà sicurezza e giustizia si afferma che “in generale, nuove iniziative legislative (...) dovrebbero essere presentate soltanto previa verifica del rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, al termine di un’accurata preparazione che comprenda, fra l’altro, la realizzazione preliminare di valutazioni d’impatto, individuando i fabbisogni e le conseguenze finanziarie e ricorrendo alla consulenza degli Stati membri”. Sul punto cfr. A. NIETO MARTÍN, *The Treaty and the Stockholm Programme: the Consolidation of European Criminal Law*, cit., p. 54 ss.

di equilibrio difficilmente attingibili attraverso formule definitorie; e che, per la sussidiarietà come per la proporzionalità il controllo giurisdizionale operato sulle norme penali di armonizzazione accessoria (ma anche, naturalmente, sulle norme penali di armonizzazione autonoma) possa attingere livelli ottimali di equilibrio. L'intervento del legislatore europeo verrebbe allora legittimato solo nei casi in cui detto intervento appaia realmente essenziale, senza con ciò paralizzarne la preziosa funzione di indirizzo e amalgama anche in ambito sanzionatorio, nella prospettiva di un ponderato bilanciamento tra le persistenti prerogative sovrane dei Paesi UE e le esigenze funzionaliste dell'Unione.

Da ultimo, una indagine sui limiti della competenza penale accessoria non può ignorare quel particolare meccanismo procedurale previsto a favore degli Stati membri dall'art. 83.3 TFUE in relazione ai progetti di direttiva penale che si ritenga possano incidere negativamente su aspetti fondamentali dell'ordinamento giuridico interno. Come ben si sa, il cosiddetto "freno di emergenza" costituisce uno strumento di mediazione tra la dimensione ancora prevalentemente nazionale della sovranità penale e l'esigenza che il processo europeo di armonizzazione penale non possa essere completamente paralizzato su iniziativa di un qualsivoglia Paese UE<sup>181</sup>. In questo senso, la rinuncia del potere di veto degli Stati membri correlato alla regola dell'unanimità che caratterizzava il terzo pilastro viene compensata consentendo ad ogni Paese UE di opporsi, in casi estremi, agli obblighi penali previsti nelle direttive senza essere considerato inadempiente e dunque soggetto a condanna da parte della Corte di giustizia. Al contempo, però, in caso di insuccesso dell'opera di negoziazione del Consiglio europeo, vale a dire in caso di mancato raggiungimento di un generale accordo sugli emendamenti proposti rispetto al testo originario, viene consentita la prosecuzione del processo di armonizzazione penale previsto dai suddetti progetti di direttiva, ove sussista la volontà di almeno nove Paesi membri di dar vita ad una cooperazione rafforzata<sup>182</sup>.

Come ogni meccanismo di compromesso, quello previsto dall'art. 83.3 TFUE può essere oggetto di valutazioni diverse, talora anche molto severe. In particolare, coglie nel vero la critica secondo la quale "un processo di armonizzazione penale indispensabile per garantire l'attuazione di una politica dell'Unione ha un senso solo se esteso a tutti gli Stati membri e non limitato ad un gruppo di essi"<sup>183</sup> a seguito appunto di cooperazioni rafforzate successive all'attivazione del freno di emergenza. Non può tuttavia essere dimenticato che l'attribuzione all'Unione europea di una competenza penale indiretta incentrata su direttive d'armonizzazione ha costituito un momento della costruzione europea tanto cruciale quanto problematico, specie – come a più riprese ricordato – per quanto riguarda appunto l'armonizzazione accessoria. In questa prospettiva, la previsione del succitato "freno di emergenza" ha forse contribuito a rendere più esiguo il gruppo dei Paesi membri che hanno deciso, con apposite clausole di *opt out*, di non partecipare allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>184</sup>. Resta il fatto che il ricorso al freno di emergenza dovrebbe risultare oltremodo sporadico: anche perché, come è stato puntualmente rilevato, tale rimedio appare realisticamente esperibile con prevalente riferimento a norme incidenti più sulla parte generale che sulla parte speciale del diritto penale nazionale<sup>185</sup>.

---

181. Cfr., per tutti, E. RUBI-CAVAGNA, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne*, cit., p. 511.

182. Cfr., in particolare e da ultimo, R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2598 ss.

183. Così G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, cit., p. 2332: l'A. concorda, al riguardo, con quanto sostenuto da C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. Bilancia, M. D'Amico, Milano, 2009, p. 150. In senso tendenzialmente conforme cfr., altresì, M. PELISSERO, *Dalle sollecitazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia al Trattato di Lisbona: il rafforzamento della politica penale dell'Unione europea*, cit. p. 675.

184. Cfr. Protocollo (n. 21) sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia; Protocollo (n. 22) sulla posizione della Danimarca.

185. Cfr., per tutti, H. SATZGER, *Europäisierung*, cit., p. 234.

In definitiva, sembra possibile affermare che, nell'attuale stato di avanzamento della costruzione europea, quella forma di competenza penale indiretta dell'Unione espressa dall'armonizzazione accessoria di cui all'art. 83.2 TFUE trova una sua precisa legittimazione nell'esigenza di assicurare l'effettiva attuazione del diritto dell'Unione, e attraverso di essa la stessa tutela di beni-interessi di rilievo europeo<sup>186</sup>.

Questa esigenza, come si sa, è inscritta in via generale nel principio di leale cooperazione di cui all'art. 4.3 TUE (in virtù del quale, come già ricordato, "l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati")<sup>187</sup>, e nel principio dell'effetto utile (ai sensi del quale agli atti dell'Unione deve essere riconosciuta la maggiore efficacia possibile in vista della realizzazione dei loro obiettivi). Ben si spiega quindi che, per scongiurare il rischio di una inadeguata attuazione "di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione" a causa del mancato o insufficiente ravvicinamento delle discipline sanzionatorie previste in caso di violazione di dette misure, l'art. 83.2 TFUE consenta il varo – tramite direttive – di "norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione".

Certamente, non può negarsi che l'adozione delle suddette direttive di armonizzazione penale debba essere effettuata con grande cautela, per una pluralità di ragioni in precedenza già ricordate, e innanzitutto per l'intrinseca delicatezza della devoluzione all'Unione di una siffatta competenza penale accessoria, quantomeno sotto tre diversi profili.

Il primo è costituito dagli ambiti oltremodo estesi di tale competenza, spaziente come si è visto in tutti i settori oggetto di misure di armonizzazione (e di unificazione) extrapenale<sup>188</sup>.

Il secondo profilo emerge dall'analisi delle controverse questioni in merito alle condizioni in base alle quali il principio di legalità nei suoi diversi corollari può dirsi rispettato da parte di queste direttive<sup>189</sup>: fermo restando che al legislatore europeo spetta l'arduo compito di prevedere per esse meccanismi di adozione e tecniche di redazione tali da limitare gli aspetti problematici delle relative norme penali minime per quanto concerne la loro democraticità, prevedibilità, accessibilità.

Il terzo profilo di delicatezza è costituito dalla speciale attitudine delle "norme minime" di armonizzazione penale accessoria a vincolare il legislatore nazionale non solo in merito ai risultati da raggiungere, ma anche in merito alla forma e ai mezzi per il conseguimento degli stessi<sup>190</sup>; attitudine che può spingersi fino a implicare una situazione di "(pressoché totale) estromissione del legislatore interno" dalla elaborazione del precetto<sup>191</sup>.

Più in generale, non va poi sottovalutato il fatto che qualsiasi direttiva tende a comportare problemi in sede di trasposizione; problemi destinati a diventare particolarmente ardui quando entra in gioco il diritto penale. Così, sono risapute le difficoltà insite nell'alternativa tra un effettivo adattamento di queste fonti UE alle peculiarità del sistema nazionale e una loro riproposizione tendenzialmente pedissequa all'interno del suddetto sistema in nome, al contempo, di istanze di semplificazione dell'attività di

186. Con l'espressione "beni-interessi di rilievo europeo" si vogliono qui indicare i beni-interessi aggrediti dagli illeciti "a carattere europeo" o "di estensione europea", in quanto implicanti la violazione di norme UE (siano esse contenute in testi direttamente applicabili all'interno dei Paesi membri ovvero trasposte in norme di diritto interno) prodotte nell'ambito delle competenze concorrenti dell'Unione. Si tratta pertanto di beni-interessi sottoposti a una sorta di processo di "trasfigurazione" nell'ambito del quale al loro tradizionale carattere nazionale viene ormai affiancato un parallelo carattere europeo, dato che la loro tutela costituisce oggetto delle politiche (non solo degli Stati membri, ma anche) dell'Unione. I beni in questione si distinguono dai beni giuridici esclusivi dell'Unione e dunque tendenzialmente privi di un carattere nazionale; si pensi, innanzitutto, agli interessi finanziari dell'Unione, la cui tutela penale trova la propria base giuridica nell'art. 325.4 TFUE.

187. Cfr., *supra*, sub par. 4.2, nt. 68.

188. Cfr., *supra*, sub par. 2, nt. 24 e 25.

189. Cfr., *supra*, sub par. 5, 5.1, 5.2 e 5.3.

190. Cfr., *supra*, sub par. 6, *in fine*.

191. R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2625, nt. 86.

recepimento e di esigenze di fedeltà ai contenuti delle fonti in questione.

Ben si spiega quindi come al centro dell'attenzione debba essere posto il requisito della indispensabilità delle "norme minime" previste dalle direttive di armonizzazione penale accessoria. Molte, seppur finitime, sono invero le ipotesi di possibile conflitto tra Unione e Stati membri in merito alla sussistenza di questo requisito. Si pensi, ad esempio, all'eventualità che l'Unione ritenga intollerabili e dunque meritevoli di sanzione penale fatti non considerati con la stessa severità da alcuni Paesi membri<sup>192</sup>; ovvero all'ipotesi, il più delle volte strettamente connessa alla precedente, in cui l'Unione ritenga il suo intervento giustificato sulla base di presunti *deficit* nazionali di protezione di una disciplina extrapenale armonizzata non considerati tali dai Paesi membri chiamati in causa; ovvero ancora al caso in cui l'Unione ritenga, diversamente da uno o più Paesi membri, che l'attuale livello di armonizzazione delle discipline sanzionatorie nazionali poste a tutela di precetti di fonte europea risulti comunque inadeguato, in quanto inidoneo a garantire l'effetto utile di questi ultimi, incapace di assicurare una almeno tendenziale equiparazione dei cittadini europei di fronte alla legge, impotente nel frenare i tanto temuti fenomeni di *forum shopping*.

Indubbiamente, il rapporto di latente tensione tra l'Unione e Paesi membri derivante dalla tendenza della prima a valorizzare anche in ambito penale il carattere progressivo della costruzione europea<sup>193</sup> e l'attitudine dei secondi a frenare il travaso delle competenze in materia criminale può favorire dei punti di vista differenti in merito alla sussistenza del suddetto requisito di indispensabilità. Si spiega così il timore della dottrina e degli operatori del diritto (specie di quelli più permeati di una concezione autarchica del diritto penale) rispetto ad eventuali abusi da parte dell'Unione nell'utilizzo delle direttive di armonizzazione penale accessoria. Tanto più che tali eventuali abusi rischierbero di non trovare adeguati correttivi nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la cui tradizionale disattenzione rispetto ai vincoli imposti dal principio di sussidiarietà<sup>194</sup> potrebbe in certi casi non essere controbilanciata da una adeguata valorizzazione del principio di proporzionalità<sup>195</sup>. Infatti, il *Protocollo* n. 2 – pur preoccupandosi all'art. 5 che i progetti di atti legislativi UE non solo siano motivati con riguardo al suddetto principio, ma siano accompagnati da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di valutarne il rispetto – si guarda bene dal precisare il contenuto della proporzionalità al di là di quanto sommariamente previsto all'art. 5.4 TUE. Ancora una volta, gli sviluppi del principio in questione sono dunque lasciati all'interprete (giudici e dottrina): sicché, nonostante l'indiscutibile attività di implementazione avutasi nel corso degli anni, sembrano offrirsi alla scienza criminale spazi significativi per un ulteriore affinamento del canone della proporzionalità, specie per quanto concerne l'approfondimento delle sue ricadute nell'ambito dell'ancor giovanissimo diritto penale europeo.

In questa prospettiva – posto che, in base agli sviluppi conferiti al suddetto canone dalla Corte di giustizia, i mezzi contemplati dalle norme europee non solo devono essere idonei a conseguire lo scopo perseguito da queste, ma non devono eccedere quanto necessario per raggiungere tale scopo – una attenta riflessione sembra meritare, in particolare, l'alternativa tra competenza dell'Unione all'armonizzazione penale accessoria e competenza dell'Unione a prevedere, in caso di violazione di norme europee, sanzioni amministrative. È noto, infatti, che da sempre i Trattati prevedono la possibilità di applicare in particolari settori sanzioni amministrative a carattere accentrato<sup>196</sup> capaci di

192. Cfr., *supra*, *sub* par. 4.2, nt. 57.

193. Carattere, questo, esplicitamente riconosciuto dallo stesso art. 1 TUE, secondo cui "il presente Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa".

194. Cfr., *supra*, *sub* par. 4.1, nt. 56, nonché *sub* par. 9, nt. 161 ss. (spec. 166) e relativo testo.

195. Valorizzazione, questa, peraltro auspicabile e ben possibile: cfr., *supra*, *sub* par. 4.2.

196. Tali sono le sanzioni amministrative UE – quasi sempre circoscritte al settore della concorrenza – che dispongono di procedure e criteri commisurativi identici in tutti i Paesi membri, da un lato venendo previste nel *genus* (ammende o indennità di mora) e nel *quantum* da fonti dell'Unione, dall'altro lato venendo applicate in concreto da organi di quest'ultima. Cfr. al riguardo, anche per ulteriori precisazioni, A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione*

dar vita a fenomeni di vera e propria unificazione punitiva; e che a partire dalla fine degli anni '80 si sono affermate sanzioni amministrative europee a carattere decentrato<sup>197</sup> destinate a realizzare processi di ravvicinamento sanzionatorio assai penetranti<sup>198</sup>, verosimilmente più penetranti di quelli attuati attraverso il ricorso a direttive penali d'armonizzazione. Al riguardo merita di essere sottolineato che le sanzioni amministrative in questione, pur essendo dotate (specie quelle decentrate) di grandi potenzialità, hanno finora almeno in parte deluso le speranze in esse riposte<sup>199</sup>, stante la persistente tendenza del legislatore europeo a limitare i settori normativi cui applicarle, in antitesi a quanto a suo tempo ventilato da taluni testi di diritto derivato<sup>200</sup>. L'esplicita, recente attribuzione all'Unione di una competenza penale accessoria da un lato dotata di ambiti applicativi quasi illimitati, dall'altro lato strettamente vincolata al requisito della sua indispensabilità, costituisce quindi una preziosa occasione per rilanciare l'annunciato ampliamento del ricorso alle sanzioni amministrative UE, in una prospettiva di valorizzazione del principio proporzionalistico di *extrema ratio* dell'intervento dell'Unione in ambito penale<sup>201</sup>.

Vero tutto ciò, sarebbe peraltro quantomeno improprio pensare che la doverosa tendenza a interpretare restrittivamente la competenza penale accessoria dell'Unione possa tradursi nei fatti in una neutralizzazione di tale competenza, attraverso una limitazione all'eccesso delle relative direttive d'armonizzazione in nome dell'esigenza di mantenimento di assetti consolidati all'interno dei singoli sistemi penali nazionali. In questo senso, pur ribadendo che si impone cautela nell'utilizzo di norme penali europee, anche in ragione della loro capacità di minare la coerenza interna dei sistemi penali nazionali<sup>202</sup>, una volta accuratamente appurata l'imprescindibilità del ravvicinamento delle disposizioni penali interne ai fini dell'attuazione efficace di una politica dell'Unione, tale ravvicinamento non potrà essere rimesso in discussione in nome del generico primato della competenza statale in materia penale, ovvero opponendo presunte esigenze di salvaguardia di peculiarità vuoi dogmatiche vuoi valoriali di matrice nazionale. Ciò tanto più ove si consideri che l'armonizzazione penale accessoria appare destinata a operare prevalentemente in settori normativi rispetto ai quali queste ultime esigenze assumono, in genere, scarso rilievo<sup>203</sup>.

Del resto, il varo di più direttive d'armonizzazione penale accessoria addirittura prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – e dunque quando la competenza penale dell'Unione deputata a supportare tali atti poteva dirsi agli albori e si fondava solo su pionieristiche prese di posizione della Corte di giustizia<sup>204</sup> – testimonia quanto

---

e sistema sanzionatorio penale, cit., p. 227 ss.

197. Tali sono le sanzioni amministrative UE consistenti essenzialmente in forme di esclusione o diminuzione degli aiuti e benefici CE, ovvero in obblighi di restituzione delle erogazioni comunitarie concesse, previa maggiorazione del loro importo monetario in funzione afflittivo-punitiva. Le suddette sanzioni sono caratterizzate – almeno in teoria – da ambiti di utilizzabilità oltremodo estesi, stante che si è ormai consolidata la tesi secondo la quale esse risulterebbero utilizzabili ogniquale volta costituiscano misure “utili” o “necessarie” in vista del raggiungimento degli obiettivi prefissati dagli atti che le prevedono.

198. Le sanzioni in oggetto sono applicate quasi esclusivamente da organi amministrativi degli Stati membri in base a schemi uniformizzati solo nei loro profili essenziali, restando in vigore per il resto le singole discipline nazionali in tema di sanzioni amministrative. Attraverso le suddette sanzioni amministrative UE, dunque, non può darsi vita in ambito europeo a quei fenomeni di vera e propria unificazione sanzionatoria consentiti viceversa dalle sanzioni amministrative “accentrate”, ma semmai a fenomeni di mera – ancorché molto incisiva – armonizzazione punitiva.

199. Cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 232 ss.

200. Cfr., in particolare, il regolamento 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995, volto a prevedere la disciplina generale di tali sanzioni. Tale regolamento (in merito al quale cfr., diffusamente, A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, cit., p. 149 ss.) aveva preannunciato nel suo ottavo considerando un futuro significativo ampliamento dei settori d'applicazione delle sanzioni amministrative decentrate, ivi compresi i settori concernenti la circolazione delle persone e i trasporti.

201. Cfr. R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2632 ss.

202. Cfr., da ultimo, P. ASP, *The importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU Criminal Law*, in *EuCLR*, 1, 2011, p. 44 ss.

203. In questo senso cfr. M. BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, cit., p. 293; B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, cit., p. 290; H. SATZGER, *Europäisierung*, cit., p. 234.

204. Cfr., *supra*, sub par. 3, nt. 28 e 29.

tale forma di armonizzazione possa essere considerata in certi casi indispensabile e improcrastinabile.

Di fatto, l'irrinunciabilità di siffatte direttive potrà più facilmente riconoscersi in relazione a gravi violazioni nei settori di competenza concorrente (ambiente, protezione dei consumatori, concorrenza)<sup>205</sup> nei quali la realizzazione dei fini dell'Unione richiede giocoforza il superamento delle relative peculiarità nazionali<sup>206</sup>. Tenuto conto dell'attenzione dedicata dai trattati per garantire un livello elevato di protezione della salute umana attraverso l'eliminazione delle fonti di pericolo per il benessere fisico e mentale, misure analoghe di armonizzazione penale potrebbero essere considerate indispensabili dagli organi dell'Unione anche rispetto a talune delle più macroscopiche violazioni nei settori della sicurezza dei lavoratori<sup>207</sup> e della sanità pubblica<sup>208</sup>. Non va però ignorato che la lotta anticriminale contro certe gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero<sup>209</sup> dovrà avvenire prioritariamente, a livello europeo, ricorrendo alla competenza penale autonoma (art. 83.1 TFUE) e ai relativi strumenti normativi.

---

205. Cfr. art. 4, lett. *e, f, g*, TFUE.

206. Concorde, sul punto, B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, cit., p. 291.

207. Cfr. in particolare, l'art. 153.1, lett. *a e b*, TFUE.

208. Cfr. art. 168 TFUE.

209. Minacce derivanti, innanzitutto, dall'uso di sostanze stupefacenti: cfr. art. 168.1, comma 3, TFUE.