

# osservatori

## sez. 5\_1 panorama internazionale

| doc. 403

IL TRATTATO DI LISBONA E LE COMPETENZE PENALI DELL'UNIONE EUROPEA –  
*di Carlo Sotis*

| doc. 404

L'ITALIA VALUTATA DAL GRECO – *di Silvio Bonfigli*

| doc. 405

L'ESERCIZIO DELL'AZIONE E IL GIUDIZIO DI PRIMA ISTANZA, TRA ORDINA-  
MENTO ITALIANO E TEDESCO. SPUNTI COMPARATIVI A MARGINE DELL'O-  
PERA DI MANFRED MAIWALD – *di ???*

## sez. 5\_2 prospettive interdisciplinari per la giustizia penale

| doc. 406

LA SPIEGAZIONE E LA PROVA DEL RAPPORTO CAUSALE – *di Marzia Soavi e  
Pierdaniele Giaretta*

## panorama internazionale

a cura di Francesca Ruggieri, Lucio Camaldo, Gaetano De Amicis, Gabriella Di Paolo, Gabriele Iuzzolino e Stefano Marcolini

Alla ricostruzione della cornice del diritto penale e processuale penale nell'Unione nell'ambito del Trattato di Lisbona seguono l'analisi della recente valutazione del GRECO e considerazioni di diritto comparato in margine all'opera sul sistema italiano dello studioso tedesco Manfred Maiwald.

### | 403 IL TRATTATO DI LISBONA E LE COMPETENZE PENALI DELL'UNIONE EUROPEA

Oggetto e scopo di queste pagine è offrire una lettura delle disposizioni dedicate al diritto penale previste nel nuovo testo fondamentale dell'Unione. Al fine di comprenderne gli elementi di novità si passeranno in primo luogo in rassegna gli attuali assetti del c.d. diritto penale europeo, per poi procedere all'analisi delle disposizioni più rilevanti in materia penale; segnatamente gli artt. 83 e 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). In particolare, dopo avere espresso le nostre perplessità sul meccanismo di posizione di obblighi europei di tutela penale previsto all'art. 83 TFUE, si cercherà di comprendere se l'art. 86 TFUE preveda l'attribuzione di una "vera" competenza penale diretta in capo all'Unione; la nostra conclusione, mediana nell'attuale dibattito dottrinale, è che l'Unione con questa norma diviene definitivamente competente a prevedere con regolamento europeo, quindi mediante norme direttamente applicabili, i precetti penalmente rilevanti, ma non a stabilirne le corrispettive pene.

**Sommario** 1. Premessa. — 2. L'attuale assetto del diritto penale europeo. — 3. Le novità previste nei trattati. — 4. L'abolizione della divisione in pilastri. — 5. Il ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale sostanziale. I due tipi di competenza penale indiretta stabiliti nell'art. 83 TFUE. — 6. La Procura europea e la competenza penale "quasi-diretta" stabilita nell'art. 86 TFUE in materia di interessi finanziari.

#### 1. PREMESSA

*di* **Carlo Sotis** Se dovessimo riassumere in una frase le novità previste a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona <sup>(1)</sup> potremmo affermare che, con le nuove norme in materia

<sup>(1)</sup> Il testo qui pubblicato costituisce lo sviluppo di una relazione presentata al Convegno "Diritto penale e fonti sovranazionali: i termini di una relazione problematica", tenutosi all'Università di Milano il 4 maggio 2009.

<sup>(2)</sup> Il Trattato è entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Ricordiamo che, ai sensi dell'art. 54 del TUE, il Trattato entra in vigore il primo giorno del mese successivo al deposito della ratifica da parte dell'ultimo

dei ventisette Stati firmatari. Un cammino, come ben noto a tutti assai tortuoso. Giusto per ricordare solo le ultime tappe di questo faticoso cammino ricordiamo che a ottobre del 2009, l'elettorato irlandese è tornato alle urne, optando stavolta per il sì. Il presidente ceco ha successivamente tolto il suo veto, rimuovendo in tal modo l'ultimo ostacolo rimasto.

Prima ancora va segnalata la decisiva chiusura nell'estate del 2009 della vicenda tedesca. Il 30 giu-

criminale <sup>(2)</sup>, l'Unione europea diviene definitivamente competente a svolgere il giudizio di necessità di pena, ma non ad esercitare la potestà punitiva.

Sembra, anzi, è una contraddizione. Del resto la "storia" del rapporto tra diritto penale ed integrazione europea è segnata dalle contraddizioni. Il "diritto penale europeo" è caratterizzato, infatti, dall'incontro tra il principio di prevalenza del diritto comunitario e quello di riserva di legge del diritto penale, che determina un universo giuridico paradossale, composto per un verso da norme – quelle comunitarie – prevalenti, ma incompetenti e per altro verso da altre norme – quelle penali nazionali – competenti in via esclusiva, ma subordinate alle prime. Non deve certo stupire, quindi, che anche le nuove disposizioni ci pongono di fronte ad un quadro normativo fisiologicamente complesso.

Per afferrare la portata di queste norme, ricche di riferimenti all'attuale assetto dei rapporti tra diritto penale e Unione europea, è opportuno procedere ad una, pur brevissima, ricostruzione dello stato dell'arte sul "diritto penale europeo" per poi, passare in rassegna le novità previste. Prima di tutto, conviene spendere due parole sulle ragioni alla base di questa complessità, consapevoli che ci saranno utili più avanti, per cercare di immaginare le soluzioni ai problemi esegetici che queste disposizioni pongono.

La ragione, pur nella sua complessità, resta afferrabile: Unione europea e diritto penale si fondano su logiche di legittimazione opposte <sup>(3)</sup>, ma per due strane eterogenesi dei fini il loro rispettivo successo ha costretto da tempo entrambi a "scendere a patti" l'una con l'altro. Per un verso, il successo dell'integrazione europea ha contribuito a far emergere obiettivi bisogni di tutela a cui occorre dare risposta nel quadro di una politica criminale coordinata a livello europeo <sup>(4)</sup>. Per un altro verso l'uso del diritto penale è subordinato ad un tasso di legittimazione così elevato da essere in sé

— — —  
 gno 2009 il Tribunale costituzionale tedesco (BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, in inglese alla pagina web [www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html); un'ampia sintesi è pubblicata in italiano a cura di ABBADESSA nel n. 2 del 2009 di [Ius17@unibo.it](mailto:Ius17@unibo.it)) aveva infatti dichiarato che prima di concludere la procedura di ratifica occorreva modificare la parallela legge tedesca sul diritto di partecipazione del Parlamento nazionale. Il Bundestag (Camera dei deputati) e il Bundesrat (Camera alta) in settembre hanno approvato la nuova legislazione che consente alla Germania di completare la ratifica del trattato di Lisbona. Il presidente tedesco Köhler ha quindi finalmente potuto firmare il 25 settembre la legislazione necessaria per portare a termine il processo di ratifica, nonché lo stesso atto finale, chiudendo in tal modo la procedura di ratifica del Trattato da parte della Germania.

<sup>(2)</sup> In queste pagine ci occuperemo ovviamente delle disposizioni di più immediata rilevanza penalistica. Segnatamente quelle previste nel Titolo IV del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), intitolato "Spazio di libertà, sicurezza e giu-

stizia". Tra queste risultano poi di primaria importanza le norme del capo I, dedicato alle disposizioni generali (artt. 67-76 TFUE), e quelle racchiuse nel capo IV, dedicato alla cooperazione giudiziaria in materia penale (artt. 82-86 TFUE).

<sup>(3)</sup> Cfr. in particolare, FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, in TRUJILLO, VIOLA (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, 2007, p. 143 s.; TRUJILLO, VIOLA, *Legalità penale e democrazia*, PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, entrambi in "Quaderni Fiorentini", Vol. XXXVI, Milano 2007, rispettivamente a p. 1247 s. e 1279 s.; volendo v. inoltre SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 1 s.

<sup>(4)</sup> Bene espresso dal refrain, forse un po' abusato, ma indubbiamente "vero" nella sua radice essenziale, dell'inaccettabile asimmetria di una criminalità che può liberamente attraversare le frontiere a fronte di una giustizia penale costretta a dovere fare conti con frontiere per lei molto più difficilmente valicabili.

rivelatore dell'esistenza, a monte, di un reale processo costituente e di un'identità collettiva comune. Ben si comprende, allora, l'*appeal* che le competenze penalistiche esercitano sull'Unione, così bisognosa sia di momenti costituenti, sia di un'identità europea <sup>(5)</sup>.

L'Unione europea deve, infatti, il suo successo, ma anche i suoi limiti, all'invenzione del metodo funzionalista di Jean Monnet. Debitrice e prigioniera della logica dei piccoli passi, è consapevole della sua "costituzionale" incapacità a potere fare un decisivo balzo in avanti, ma al tempo stesso è alla continua ricerca di decisivi passi da compiere, cosciente che un passo, se importante, costituisce un tassello in più nella costruzione di quel processo costituente in fieri che caratterizza la storia dell'integrazione europea.

Da qui l'insanabile contraddizione tra un'Unione europea che, vedendo nelle competenze in materia criminale il mezzo di una sua maggiore legittimazione, ne resta fortemente attratta e un diritto penale che esercita la sua fascinazione proprio perché geneticamente avverso ad accettare questa inversione tra legittimazione e competenze.

La storia del "diritto penale europeo", nel suo piccolo, è segnata da questa contraddizione che si riflette anche nei nuovi trattati. Non è forse un caso allora che, nonostante il termine Costituzione, da totem della versione del 2004 sia divenuto tabù negli attuali trattati, le differenze tra le due versioni in materia penale criminale siano tutto sommato marginali <sup>(6)</sup>. Entrambi i testi, infatti, al di là della differente enfasi che li ha accompagnati, nel succo non presentano i tratti costituzionali che in materia criminale sono – e continuano a restare – presupposto necessario per l'attribuzione dello *jus puniendi*.

## 2. L'ATTUALE ASSETTO DEL DIRITTO PENALE EUROPEO

L'Unione europea, pur non disponendo di competenza penale, è comunque in grado, mediante una serie di strategie di intervento, di esprimere una vera e propria politica criminale europea. Anzi, se si volge lo sguardo alle più importanti riforme "italiane" in materia penale degli ultimi anni, ci si rende immediatamente conto che la grande maggioranza di queste derivano da opzioni politico criminali di derivazione europea. Per fare qualche esempio, si pensi alle riforme di questi anni in materia di riciclaggio, tratta degli esseri umani, sicurezza sul lavoro, abusi di mercato, pedopornografia, responsabilità da reato degli enti.

Queste strategie di intervento sono riconducibili a quattro tipologie di strumenti, intrecciati tra loro, ma che per esigenze espositive teniamo distinti: (a) l'interferenza riflessa che le norme comunitarie esercitano su tutte le norme nazionali, quindi anche quelle penali, (b) l'autonoma potestà sanzionatoria di natura punitivo-amministrativa di cui è dotata la Comunità europea, (c) l'armonizzazione delle norme sanzionatorie nazionali, comprese quelle di diritto penale sostanziale, connessa alle esigenze di protezione degli interessi emergenti dalla legislazione comunitaria (obblighi comuni-

<sup>(5)</sup> Sul punto sia consentito rinviare a quanto da noi avanzato in SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 162 s.

<sup>(6)</sup> Per il confronto tra i due testi rinviamo all'ecce-

lente raffronto proposto da ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, in particolare cfr. p. 88 s. v. anche BILANCIA-D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 67 ss.

tari di tutela, per la stragrande maggioranza di primo pilastro), e (d) l'armonizzazione delle norme di diritto penale sostanziale connessa alle esigenze di cooperazione giudiziaria in materia penale (obblighi comunitari di tutela di terzo pilastro).

(sub a) La capacità di penetrazione del diritto comunitario nell'ordinamento nazionale in posizione di prevalenza sulle norme interne, comprese, quindi, quelle penali. Questo profilo, che è e resta di gran lunga il più rilevante, è il prodotto delle interferenze che possono registrarsi tra norme penali interne e norme comunitarie. Il suo tratto caratterizzante è la ricerca dei criteri di funzionamento di un universo giuridico caratterizzato dall'incastro – a cui abbiamo accennato – tra il principio di legalità in materia penale e il principio di prevalenza del diritto comunitario. La partita, quindi, consiste nella ricerca della compatibilità<sup>(7)</sup> tra gli strumenti posti a garanzia del funzionamento di entrambi i principi: non applicazione delle norme nazionali contrastanti, da operarsi direttamente da parte del giudice o a seguito di una pronuncia della Corte di giustizia, della Corte costituzionale o, addirittura, di entrambe; obbligo di interpretazione conforme a Costituzione e al diritto comunitario, divieto di analogia e riserva di legge in materia penale. Questi aspetti non sono trattati dalle nuove norme e, pertanto, non saranno oggetto di queste pagine.

(sub b) Un autonomo potere sanzionatorio di natura amministrativa di cui dispone la Comunità europea, originariamente limitato al settore della concorrenza<sup>(8)</sup>, e successivamente esteso alla tutela dei propri interessi finanziari<sup>(9)</sup>.

(sub c) Gli obblighi comunitari di tutela degli interessi emergenti dalla legislazione comunitaria, cioè la richiesta rivolta agli Stati membri di prevedere sanzioni a tutela di una determinata normativa. Questi obblighi sono generalmente connessi a materie di competenza di primo pilastro, cioè di diritto comunitario in senso stretto. Il sistema in pilastri ha, tuttavia, comportato che gli Stati hanno ritenuto essere il terzo pilastro il contenitore istituzionale deputato a richiedere norme in materia penale, con il risultato che la legislazione in una materia di competenza comunitaria, cioè di primo pilastro, qualora dovesse riguardare la richiesta di adottare norme penali da parte degli Stati, sarebbe dovuta avvenire con strumenti tipici del terzo pilastro. Così, l'eventuale

<sup>(7)</sup> Sul punto, sulla ricerca cioè dei criteri attraverso cui ordinare le varie interferenze che si possono presentare in materia penale tra diritto comunitario e diritto nazionale sia consentito rinviare, anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali a SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit.

<sup>(8)</sup> Ci riferiamo alle tradizionali "ammende" e "indennità di mora" previste, sulla base dell'art. 83 Trattato CE, nei regolamenti CEE nn. 11/60, 17/62 (modificati dal regolamento Ce n. 1216/99) 1017/86, 4056/86, 4064/89.

<sup>(9)</sup> Le Comunità europee hanno infatti generalizzato il loro potere sanzionatorio attraverso l'uso con finalità afflittive di strumenti previsti originariamente, nella regolamentazione in materia di agricoltura e pesca, per finalità reintegrative nel patrimonio comunitario di sovvenzioni irregolarmente versate; tale operazione, contestata dalla Repubblica

federale di Germania, venne invece espressamente riconosciuta dalla Corte di giustizia ex art. 229 trattato CE (c. 240/90, 27 ottobre 1992, RFT c. Commissione, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 739, con ampio commento di GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*). Sulla base di tale evoluzione venne, come noto, adottato il reg. (CE), Euratom n. 2988/95 del Consiglio, del 18 dicembre 1995, "relativo alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee", che rappresenta la razionalizzazione codicistica di tale modello sanzionatorio; su questo potere penale-amministrativo della Comunità v. per tutti MAUGERI, *Il regolamento 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, Milano, 2000, p. 149 ss.

armonizzazione, ad esempio in materia ambientale o di interessi finanziari della Comunità europea (materie di primo pilastro), avrebbe trovato in regolamenti e direttive gli strumenti suoi propri, mentre gli eventuali obblighi di tutela penale a protezione degli interessi emergenti da quelle normative avrebbero dovuto essere posti in un atto di terzo pilastro.

La diretta conseguenza era che, con un atto di diritto comunitario, cioè con direttive e regolamenti, fosse possibile tutelare gli interessi emergenti da una determinata normativa mediante la richiesta agli Stati membri di prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, lasciando quindi gli stessi liberi sul tipo di sanzione (penale, amministrativa, civile, disciplinare) da adottare. Diversamente, per imporre agli Stati proprio la natura penale della sanzione, occorreva passare per un atto di terzo pilastro.

Parliamo al passato perché, a seguito della sentenza del 13 settembre 2005<sup>(10)</sup>, la Corte di giustizia ha stabilito che il diritto comunitario, per le materie di sua competenza, può emettere anche obblighi di tutela penale, qualora necessario all'attuazione delle sue normative, rimettendo in questo modo in discussione l'assunto secondo cui solo una norma di terzo pilastro potesse emettere un obbligo di tutela penale.

(*sub d*) L'ultimo strumento di intervento politico criminale è costituito direttamente dal terzo pilastro, che attribuisce all'Unione europea la competenza a ravvicinare le norme di diritto penale sostanziale quando questo sia funzionale alle esigenze di cooperazione c.d. orizzontale, cioè di cooperazione tra le autorità giurisdizionali degli Stati membri. Si dice in sintesi che, per far in modo che le magistrature dei vari Stati possano cooperare, i rispettivi diritti penali nazionali debbano essere ravvicinati: la nota inversione secondo la quale le norme di diritto penale sostanziale divengono strumento delle norme di diritto processuale<sup>(11)</sup>. Gli artt. 29 e 31, lett. e) del TUE prevedono infatti che l'Unione è legittimata a procedere al ravvicinamento delle norme nazionali di diritto penale sostanziale per ragioni di cooperazione giudiziaria<sup>(12)</sup>; solo

<sup>(10)</sup> Corte di giustizia, 13 settembre 2005, Commissione c. Consiglio, C-176/03 su cui v. per tutti MANNOZZI, CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 899 s. e GIUDICELLI-DELAGE, *Le droit pénal de l'environnement. L'exception européenne*, in *Rev. Sc. crim. et dr. pén. comp.*, 2005, p. 767 s. Volendo, anche per gli ulteriori rinvii v. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit. in particolare p. 86 s. e 167 s. La Corte di giustizia si è poi successivamente ripronunciata sulla competenza comunitaria ad emettere obblighi di tutela penale con la sentenza 23 ottobre 2007, C-440/05 Commissione c. Consiglio, specificando alcune delle sue precedenti statuizioni. Su questa sentenza v. l'ampio commento di 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 s.; sugli obblighi comunitari di tutela v. i contributi PICOTTI, *Fonti sovranazionali e obblighi di incriminazione*, e

NIETO MARTIN, *Arquitectura judicial y europeización del derecho penal* negli atti del convegno di Milano del 4 maggio 2009 "Diritto penale e fonti sovranazionali: i termini di una relazione problematica", di prossima pubblicazione. V. inoltre da ultimo PAONESSA, *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, in *Criminalia*, 2007, p. 378 s.; sia inoltre consentito rinviare al nostro SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 s.

<sup>(11)</sup> Cfr. in particolare 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 GIUDICELLI-DELAGE, MANACORDA, Parigi, 2005, p. 21 ss.

<sup>(12)</sup> Questo comporta tutta una serie di effetti, ad esempio, nella fissazione degli edittali di pena nelle decisioni quadro l'Ue è legittimata ad esprimere il quantum di pena limitatamente al minimo del mas-

in tema di razzismo e xenofobia l'art. 29 TUE prevede una competenza dell'Unione a ravvicinare le norme di diritto penale sostanziale per ragioni svincolate da esigenze di cooperazione, per tutte le altre materie il ravvicinamento delle norme di diritto penale sostanziale è invece subordinato ad esigenze di natura processuale<sup>(43)</sup>. Questo rapporto servente "all'inverso" tra diritto penale sostanziale e processuale evidenzia la tortuosità, a cui abbiamo accennato in apertura, che caratterizza l'avanzamento del diritto penale europeo: tra l'incudine di fronteggiare forme sempre più aggressive ed organizzate di criminalità transnazionale e il martello dell'incompetenza penale, il diritto dell'Unione si vede costretto a percorrere altre strade per esprimere le sue istanze politico criminali<sup>(44)</sup>.

### 3. LE NOVITÀ PREVISTE NEI TRATTATI

Dal quadro tracciato per sommi capi risulta come l'Unione europea non disponga di competenza penale diretta, bensì di una competenza penale indiretta, cioè di una competenza a richiedere agli Stati di emettere norme di tutela penale. In particolare poi questa competenza penale indiretta è di due tipi: l'una connessa alle esigenze di realizzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia mediante la cooperazione giudiziaria di terzo pilastro e, l'altra alle esigenze di tutelare mediante pena gli interessi emergenti dalla legislazione comunitaria, di primo pilastro. La prima, cioè quella di terzo pilastro, sembra poi essere "due volte" indiretta, poiché all'incapacità di stabilire norme incriminatrici direttamente applicabili si affianca anche l'incapacità di stabili-

simo editale, perché il minimo del massimo esprime il valore soglia necessario per le esigenze di estradizione. Detta altrimenti a tutt'oggi l'UE è legittimata sul piano sanzionatorio ad indicare le quantità di pena significative per esigenze processuali, di cooperazione (estradizione), non anche le quantità di pena che esprimono il giudizio di disvalore, cioè gli edittali di pena.

<sup>(43)</sup> Questa affermazione, imposta – a nostro avviso – dalla lettura dei trattati, e dai considerando che stanno a fondamento della normativa di terzo pilastro contenente obblighi di tutela penale è contraddetta tuttavia dalla più autorevole dottrina penalistica italiana che invece ritiene che nella prassi operativa sono state frequenti le operazioni di armonizzazione di terzo pilastro che prescindono assolutamente dalla necessità di cooperazione, cfr. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 692. Dal canto nostro abbiamo cercato nella nostra monografia di verificare se questo sia vero analizzando la normativa di terzo pilastro e siamo giunti alla diversa conclusione che a parte in tema di razzismo e xenofobia il collegamento alle necessità di cooperazione ci sembra permanere sempre, ora in misura maggiore, ora in misura minore, ma un collegamento vi è sempre

(Cfr. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 88 s.).

<sup>(44)</sup> Altamente significativa in questo senso è la strategia del mutuo riconoscimento. Non essendo legittimata a svolgere il giudizio di necessità di pena, cioè a stabilire le condotte penalmente rilevanti, l'Unione procede allora con il meccanismo del "mutuo riconoscimento", che si fonda sul presupposto che il diritto penale sostanziale a livello di paesi membri goda – su determinati settori di particolare rilievo europeo – di una prearmonizzazione spontanea (Cfr. MANACORDA, *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 789 s.). È interessante segnalare che in questo modo il diritto dell'Unione è consapevole che mediante uno strumento in apparenza processuale otterrà comunque un risultato sul piano sostanziale. Delle due l'una infatti: se il presupposto del mutuo riconoscimento è fondato allora il meccanismo avrà l'effetto di avere fissato una reale area di penalità comune a livello europeo, se tuttavia il presupposto fosse infondato (cioè se non vi fosse "prearmonizzazione" a livello di diritto penale degli Stati) il meccanismo del mutuo riconoscimento avrà comunque l'effetto di indurre un'armonizzazione forzata dell'area penalmente rilevante nella convinzione che solo in questo modo sarà possibile fare cooperare le autorità giudiziarie.

re cosa debba essere penalmente rilevante in modo non collegato a esigenze di natura processuale. Per la seconda invece, stabilita a partire dalla sentenza del 13 settembre 2005 della Corte di giustizia, l'Unione già oggi risulta competente a svolgere il giudizio di necessità di pena. Si registra, tuttavia, un limitato uso di questa competenza<sup>(15)</sup>, preferendo il diritto comunitario continuare a richiedere agli Stati sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive piuttosto che sanzioni penali.

I nuovi trattati incidono a fondo su questo quadro. Le novità più rilevanti in materia penale infatti sono:

- il conferimento del valore giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali, di cui in questa sede non ci occuperemo<sup>(16)</sup>;
- l'abolizione del sistema dei pilastri;
- una razionalizzazione delle due competenze penali indirette mediante l'attribuzione all'Unione della capacità a svolgere il giudizio di necessità di pena e quindi ad emettere obblighi di tutela penale;
- una competenza penale quasi diretta, cioè la possibilità di stabilire direttamente norme incriminatrici, senza tuttavia che questa comporti anche lo *jus puniendi*, cioè la potestà di stabilire le punizioni che debbano essere inflitte per chi ha violato quelle norme incriminatrici.

Diciamo subito che, a nostro giudizio, queste novità sembrano tracciare dei significativi passi in avanti, eccezion fatta per la capacità di emettere obblighi di tutela penale che invece desta le nostre preoccupazioni.

#### 4. L'ABOLIZIONE DELLA DIVISIONE IN PILASTRI

Già le considerazioni sopra svolte fanno intuire quanto l'attuale il sistema dei pilastri caratterizzi e renda farraginoso l'attuale rapporto tra diritto penale e Unione europea. La previsione del Trattato di ricondurre ad un unico quadro istituzionale il sistema dei pilastri rappresenta una novità di grande rilievo in materia criminale.

È vero che il divario tra pilastri a partire dal 2005 è stato ridimensionato dalla Corte di giustizia, sia con la già citata sentenza del 13 settembre 2005, sia con la sentenza Pupino del 16 giugno 2005<sup>(17)</sup>, che ha esteso l'obbligo di interpretazione conforme anche alle norme di terzo pilastro<sup>(18)</sup>. Seppur ridotto, il varco, tuttavia,

<sup>(15)</sup> In particolare la tecnica degli obblighi comunitari di tutela penale è stata adottata nella direttiva Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente, dove all'art. 3 è previsto che le violazioni a tutta una serie di precetti definiti in questo articolo "costituiscono reati" (così testualmente il primo comma dell'art. 3 della citata direttiva).

<sup>(16)</sup> Su cui rinviamo, anche per le ulteriori indicazioni a D'AMICO, *Trattato di Lisbona: principi, diritti e "tono costituzionale"*, in BILANCIA, D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 67 ss.

<sup>(17)</sup> C. giust., 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, su cui v. i vari contributi contenuti in MANES, SGUBBI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario*, Bologna, 2007.

<sup>(18)</sup> A ben vedere con queste due sentenze dell'estate del 2005 la Corte di giustizia fa qualcosa in più: anticipa per via giurisprudenziale proprio le più rilevanti novità previste nel Trattato costituzionale del 2004, segnatamente la riduzione della separazione tra i pilastri e la capacità ad emettere obblighi di tutela penale con norme di primo pilastro. Scorrendo le date non può essere una coincidenza che queste due decisioni siano avvenute immediatamente dopo la duplice bocciatura olandese e francese del trattato costituzionale. Al contrario quello che sembra emergere con chiarezza è quel tipico *modus procedendi* dell'integrazione europea che vede la Corte di giustizia prendere in mano l'avanzamento del processo di integrazione europea nei periodi di stasi politica così ben illustrato da Joseph Weiler (WEILER, *La trasfor-*



resta e produce una serie di difficoltà e talvolta delle vere e proprie incongruenze <sup>(19)</sup>.

Il presupposto delle competenze di terzo pilastro, cioè la difesa delle prerogative di sovranità degli Stati, può avere senso infatti se, e solo se, mantiene un legame forte con il presupposto che sta ancora più a monte delle prerogative riservate alla sovranità statale, cioè la difesa delle prerogative di democraticità. Ma non è questo il caso del confino della materia penalista nel terzo pilastro, che, al contrario, a causa della marginalizzazione del ruolo del Parlamento europeo e della Corte di giustizia, senza una parallela "tenuta" della responsabilità politica statale delle decisioni prese nel quadro del terzo pilastro <sup>(20)</sup>, ha determinato un affievolimento delle garanzie democratiche.

La futura attività normativa in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia mediante il procedimento legislativo ordinario comporterà, quindi, un maggior coinvolgimento democratico nel processo decisionale e un innalzamento dei vincoli di razionalità dello stesso, grazie al maggior controllo che potrà esercitare la Corte di giustizia <sup>(21)</sup>. Troverà inoltre applicazione il principio dell'efficacia diretta. È poi forse ragionevole presumere che l'abolizione avrà anche un effetto sulla sostanza delle norme espresse: un legislatore che è consapevole della accresciuta vincolatività delle norme che emana in materia penale tenderà anche per questa via ad emettere norme più attente agli effetti immediati che esse potranno dispiegare.

Di conseguenza l'abolizione della divisione dei pilastri è – a nostro avviso – da accogliere con assoluto favore.

## 5. IL RAVVICINAMENTO DELLE DISPOSIZIONI DI DIRITTO PENALE SOSTANZIALE. I DUE TIPI DI COMPETENZA PENALE INDIRECTA STABILITI NELL'ART. 83 TFUE

L'art. 83 TFUE <sup>(22)</sup> sistematizza le attuali competenze penali indirette, sia di terzo sia di primo pilastro, rispettivamente nel primo paragrafo e nel secondo paragrafo.

— — —  
*mazione dell'Europa*, in WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 63, (ed. or. 1991), in relazione al periodo degli anni '60 del secolo scorso. Quel momento al tempo stesso tanto difficile dal punto di vista politico (il periodo è contrassegnato dal compromesso del Lussemburgo), ma così immaginifico dal punto di vista giuridico. Il principio di supremazia del diritto comunitario sul diritto nazionale, il criterio dell'effetto diretto, l'ingresso dei diritti fondamentali in posizione di supremazia e la già citata dottrina dei poteri impliciti vedono tutte la luce tra il 1963 e il 1969, alimentandosi a vicenda. Anche in questo caso, sembra essere avvenuto lo stesso fenomeno: dopo la bocciatura francese e olandese l'avanzamento del Trattato costituzionale si blocca e con esso si arena tutto lo sviluppo dell'Unione europea; nello spazio di tre mesi allora la Corte di giustizia, proprio sui profili penalistici, prende in mano il timone dell'avanzamento, anticipando e rendendo vigenti alcune delle più qualificanti novità previste nel Trattato costituzionale. Per maggiori approfondi-

menti su questo parallelismo sia consentito rinviare, essenzialmente per i richiami al nostro SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 9 ss.

<sup>(19)</sup> Ad esempio l'attuale mancanza di effetto diretto delle decisioni quadro impedisce alle norme ad efficacia riduttiva de penalmente rilevante in queste previste in contrasto con una normativa penale nazionale di potere essere fatte valere direttamente da un giudice, al contrario di quanto avviene pacificamente con le norme di primo pilastro.

<sup>(20)</sup> Anzi, l'osservazione della prassi di questi anni fa vedere come gli Stati si nascondano dietro gli obblighi europei di terzo pilastro, negando qualunque dibattito e controllo di opportunità a livello nazionale sull'esecuzione delle decisioni di terzo pilastro.

<sup>(21)</sup> Al momento come noto l'art. 35 TUE prevede per il terzo pilastro il solo rinvio pregiudiziale e limitatamente agli Stati che non lo hanno escluso.

<sup>(22)</sup> Per comodità di lettura riportiamo qui in nota il testo dell'art. 83 TFUE:

5.1. Nel primo paragrafo, la competenza viene stabilita *ratione materiae*: sono indicate nominalmente nove materie e, non a caso, per aumentare questo elenco è stabilito che occorre l'unanimità. Il dato più innovativo riguarda il rapporto tra competenze di diritto penale sostanziale e le esigenze di cooperazione giudiziaria. La competenza al ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali viene affiancata e non più subordinata alle esigenze di cooperazione, come risulta anche dal confronto tra l'art. 67, § 3, TFUE, e l'attuale art. 29 TUE. In questo modo l'Unione potrà emettere bisogni di pena direttamente connessi al raggiungimento di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza che sia necessaria la subordinazione alle esigenze di cooperazione processuale. Tuttavia il tipo di giudizio di necessità di pena che l'Unione può svolgere, pur liberato dalle esigenze processuali, sembra restare in qualche modo vincolato all'area della pena stabilita a livello statale. L'art. 83, § 1, TFUE, sancisce, infatti, che l'Unione è in questo caso legittimata con direttive a "stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale". Il riferimento alla "particolare gravità" sembra presupporre un intervento su settori che devono avere già registrato a livello nazionale una reazione di tipo penale. Più che una primigenia valutazione di necessità di pena quella che sembra emergere, quindi, è una necessità di lotta comune mediante pena di fatti a vario titolo già penalizzati.

5.2. Nel secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE le competenze non sono invece individuate per specifici settori, ma sono connesse in generale al ravvicinamento delle

«1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Dette sfere di criminalità sono le seguenti: 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.

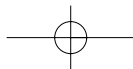
In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

2. Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei

reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76.

3. Qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria.

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



disposizioni legislative e regolamentari. L'unico limite al tipo di materie sembra essere costituito dal requisito che il «settore sia già stato oggetto di misure di armonizzazione». La norma sembrerebbe richiedere che l'armonizzazione penale debba avvenire solo ove vi sia già stata un'opera di armonizzazione. A tal proposito, Giovanni Grasso sottolinea come tale condizione dovrà essere letta estensivamente<sup>(23)</sup>; ci associamo, e aggiungiamo che quello che ci si può aspettare è che questa clausola di limitazione settoriale svolgerà una funzione selettiva molto marginale, per non dire nulla.

Il vero filtro selettivo, invece, è costituito dal requisito di indispensabilità («Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione (...) norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni possono essere stabilite mediante direttive»), che sembra garantire il carattere sussidiario dell'uso del diritto penale mediante una valutazione in termini di necessità di pena, anzi, addirittura, di "indispensabilità" di pena.

Noi non siamo per niente convinti che questa clausola di "indispensabilità" sia idonea a garantire al diritto penale quel carattere di strumento sussidiario di protezione dei beni giuridici, che è ciò che attualmente caratterizza e legittima il c.d. volto costituzionale dell'illecito penale.

Il giudizio di necessità o di indispensabilità richiesto dall'art. 82, § 2, TFUE, infatti, registra uno slittamento del termine di riferimento dell'indispensabilità: non la tutela del bene giuridico, ma l'attuazione efficace di una politica dell'Unione. E non è una differenza di poco conto. Subordinare, infatti, il giudizio di necessità o indispensabilità di pena a una valutazione di protezione dei beni giuridici sottostanti piuttosto che di efficace attuazione normativa comporta in sostanza che ad essere giudicato necessario è l'intervento penale "a tutela di una norma e non di un bene"<sup>(24)</sup>.

In questo modo cambia radicalmente il tipo di giudizio a cui è subordinato l'intervento penale poiché una norma incriminatrice può a buon diritto essere perfettamente idonea a difendere la tenuta complessiva di un impianto normativo – ad esempio stabilendo ciò che è giusto e ciò che è sbagliato o indicando la corretta scala di valori in gioco –, ma, al contempo, essere del tutto inadatta a proteggere il bene giuridico tutelato. In altre parole, a seconda del termine di riferimento del giudizio di indispensabilità, si passa dal paradigma penale "teleologico" (o funzionalista, ma ovviamente in un'accezione diversa da quella che il concetto ha in diritto comunitario) al ben diverso paradigma del diritto penale "normativista"<sup>(25)</sup>.

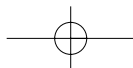
Per chiarire la differenza, non occorre scomodare la fantasia con esempi immaginari; basta restare al casus belli della sentenza del 13 settembre 2005 che, anticipando quanto previsto nell'art. 83, § 2, TFUE, ha stabilito la potestà per la Comunità di emettere obblighi di tutela penale, se necessari per la tutela effettiva di una poli-

<sup>(23)</sup> GRASSO, *La Costituzione per l'Europa*, cit., p. 695.

<sup>(24)</sup> Così MANNOZZI-CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03*, cit., p. 926 s.

<sup>(25)</sup> Su cui v. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in

*Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 430 s. Una sintesi efficace dei differenti paradigmi, con particolare riferimento al differente modo di affrontare la vicenda dell'interruzione volontaria di gravidanza da parte del Tribunale costituzionale tedesco e delle Corte costituzionale italiana è offerta da MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.



tica comunitaria. Nello specifico di quella sentenza, si è stabilita la necessità di tutela penale dell'ambiente mediante l'imposizione agli Stati membri di prevedere sanzioni penali in caso di reati di evento di danno, cioè di condotte da cui emergesse un danno all'ambiente<sup>(26)</sup>. Ora, se svolgiamo un giudizio di necessità o anche di indispensabilità di pena per garantire un'efficace attuazione delle politiche ambientali, è del tutto plausibile ritenere che norme incriminatrici siffatte possano essere perfettamente coerenti. Stabilire che nei casi di maggiore gravità occorre reagire con la pena significa delineare la scala dei valori in gioco e rafforzare in generale la politica normativa: viene tutelata, per l'appunto, la norma. Se, invece, ci riferiamo non più alla tutela della norma, ma a quella del bene giuridico sottostante, le cose cambiano radicalmente. È, infatti, ben nota l'incapacità di sanzioni penali arroccate sull'evento di danno a poter fungere da baluardo a difesa del bene ambiente, data la cronica indimostrabilità in un processo penale del nesso di causalità intercorrente tra la condotta e il danno ad un bene così vasto e inafferrabile come l'ambiente. Se ci poniamo nell'ottica di tutela del bene giuridico, quindi, norme siffatte, risultando inutili, non possono certo essere considerate "necessarie", né, a maggior ragione, "indispensabili"<sup>(27)</sup>.

La valutazione in termini di indispensabilità a garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione non convince, inoltre, neanche sotto un altro profilo. Il terzo paragrafo dell'art. 83 TFUE prevede che, in caso di disaccordo tra gli Stati membri, si possa instaurare una cooperazione rafforzata tra almeno nove Stati membri. La norma, frutto di faticosi compromessi in fase di approvazione, parte dal condivisibile assunto che secondo la logica *step by step*, che caratterizza l'avanzamento dell'Unione, un nucleo per quanto imperfetto di regole comuni coinvolgenti un sottoinsieme di Stati è sempre meglio del nulla. Tuttavia, il più semplice dei ragionamenti fa capire che il requisito «dell'indispensabilità a garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione» non potrebbe mai essere soddisfatto da una cooperazione rafforzata. Un'armonizzazione penale tra un sottoinsieme di Stati sarebbe per ciò solo parziale e non potrebbe, quindi, mai essere considerata indispensabile per garantire l'efficace attuazione di una politica dell'Unione. Il risultato è che per questa via sono ipotizzabili due possibilità, ma in ogni caso il risultato sarà insoddisfacente: o si farà "finta di niente" e si procederà comunque ad una cooperazione rafforzata, ma allora il requisito di indispensabilità risulterà nei fatti svuotato della sua funzione selettiva; oppure il requisito di indispensabilità verrà tenuto fermo, ma in questo modo si bloccherà la cooperazione rafforzata. Tutto questo ci convince che il legislatore, se avesse subordinato il giudizio di necessità, o indispensabilità, di pena, alla tutela del bene giuridico e non della norma, avrebbe preso due piccioni con una fava: avrebbe stabilito un criterio più garantista, perché più idoneo a svolgere un giudizio di razionalità della tute-

<sup>(26)</sup> Nello stessa prospettiva si muove anche la già citata Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente che all'art. 3 chiede la penalizzazione di tutta una serie di condotte ivi descritte e assestatisi su eventi di danno e di pericolo concreto, su questa direttiva si rinvia al contributo di PICOTI,

*Fonti sovranazionali*, cit.

<sup>(27)</sup> Cfr. l'acuta indagine di MANNOZZI-CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03*, cit., p. 930 ss. a cui aderiamo e rinviamo per la puntuale e convincente esposizione critica dell'impostazione della Corte, sia in generale, sia in particolare alla tutela penale del bene ambiente.

la dei beni in gioco, ma avrebbe al contempo stabilito un criterio più efficiente, perché più coerente con le altre norme previste in materia di libertà, sicurezza e giustizia.

**5.3.** La nostra preoccupazione per gli obblighi europei di tutela penale deriva inoltre da una notazione più generale sulla perdita del valore relativo della pena che questi determineranno.

Infatti, per garantire il valore relativo e non assoluto della pena, occorre che il legislatore possa in ogni momento rimettere in discussione le sue scelte di penalizzazione. In altri termini, occorre partire dall'assunto che un sistema penale che voglia mantenere relativo il valore della pena, deve essere concepito come un circuito in cui le incriminazioni entrano ma possono anche uscire. Come vedremo invece, la posizione di obblighi comunitari di tutela penale non è in grado di garantire questo flusso di entrate ed uscite.

La nostra constatazione si basa sui punti seguenti.

La penalizzazione indiretta a prima vista non pone dei problemi di compatibilità con la riserva di legge poiché l'introduzione di norme penali è filtrata dall'atto legislativo nazionale. Tuttavia resta aperto un problema centrale: quello di un eventuale inadempimento sopravvenuto.

Cosa accade infatti se il Parlamento nazionale, una volta che avesse soddisfatto la domanda di penalizzazione richiesta dalla Comunità, desiderasse ritornare sui suoi passi perché ritenesse che gli interessi in gioco possano essere protetti in maniera adeguata con uno strumento extrapenale<sup>(28)</sup>?

Questa depenalizzazione violerebbe irrimediabilmente l'obbligo comunitario di tutela penale.

D'altra parte, negare al Parlamento nazionale la possibilità di depenalizzare viola, a nostro avviso, una componente essenziale del principio costituzionale di riserva di legge che, ponendosi a garanzia del valore relativo della pena, deve garantire la possibilità di rimettere in discussione le opzioni di penalizzazione<sup>(29)</sup>. Insomma, l'opzione di depenalizzazione sarebbe al tempo stesso costituzionalmente garantita e frontalmente in contrasto con il diritto dell'Unione; perciò, qualora questa situazione dovesse concretizzarsi, si potrebbe profilare un conflitto tra il modo di vedere le cose da parte della Corte di giustizia e il modo di vedere le cose da parte della Corte costituzionale, suscettibile di azionare il meccanismo dei controlimiti<sup>(30)</sup>.

<sup>(28)</sup> Giusto per fare qualche esempio a caso di eventuali istanze di depenalizzazione: in materia finanziaria ritenendo che la tutela possa essere attuata più efficacemente attraverso l'azione di un'Autorità amministrativa indipendente piuttosto che del giudice penale, o in materia bancaria ritenendo che provvedimenti interdittivi siano di per sé maggiormente idonei a scongiurare una determinata condotta, oppure in ragione del carattere di massa di una determinata condotta e, conseguentemente del costo eccessivo degli effetti sociali e criminogeni della pena rispetto ai benefici e/o dell'elevatissima cifra nera che tale condotta registra. Per queste valutazioni Cfr. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto*

*to penale*, cit., p. 461 s.

<sup>(29)</sup> Cfr. in questo senso v. GIUDICELLI-DELAGE, *Cour de justice des communautés européennes et justice pénale*, che con sintesi efficacissima individua il punto chiave dell'introduzione degli obblighi europei di tutela penale: la perdita da parte degli Stati del "diritto a non punire", in atti del convegno di Milano del 4 maggio 2009 "Diritto penale e fonti sovranazionali: i termini di una relazione problematica" di prossima pubblicazione.

<sup>(30)</sup> A nostro giudizio è questa attualmente l'unica ipotesi in cui vi è un rischio teorico di applicazione dei controlimiti. L'ipotesi in particolare potrebbe profilarsi secondo queste cadenze:

Al di là del pericolo di innescare il meccanismo dei controlli, il punto fondamentale tuttavia risiede nelle ricadute politico-criminali di questa debolezza giuridica. Infatti è più che plausibile che gli obblighi comunitari di tutela penale nel novantanove per cento dei casi troverebbero risposta in una norma incriminatrice nazionale, senza che a nessuno venga in mente di depenalizzare quella norma; la consapevolezza dei possibili corti circuiti che tale depenalizzazione potrebbe innescare rappresenterebbe un ulteriore disincentivo alle istanze di depenalizzazione e, così facendo, causerebbe qualcosa di ancora più grave: l'estromissione dal circuito politico del dibattito sull'opportunità di continuare ad utilizzare la pena nel settore coperto da un obbligo europeo di penalizzazione comportando quindi l'impossibilità già solo di immaginare delle tecniche di tutela alternative alla pena.

Al tempo stesso, ci sembra poco plausibile che il legislatore comunitario sia capace di rimettere in discussione le proprie scelte di penalizzazione dato che il diritto comunitario si legittima mediante l'accumulazione progressiva di competenze.

Con l'armonizzazione dei reati a livello europeo, mediante la posizione di obblighi comunitari di tutela penale, si rischia quindi di produrre un sistema penale a senso unico in cui è possibile introdurre nuovi reati, ma in cui è parallelamente molto più difficile, se non impossibile, rimettere in discussione le scelte di incriminazione già prese.

Ora, questa osservazione risulta inquietante proprio se inserita nel contesto di riferimento del diritto penale europeo.

In primo luogo, queste richieste di criminalizzazione hanno ed avrebbero ad oggetto condotte connesse alle competenze comunitarie su cui non è affatto naturale e scontato che si debba ricorrere alla pena (ad esempio repressione penale del negazionismo, corruzione privata, pedopornografia viruale, riciclaggio con meccanismi tali di *dolus in re ipsa* da risultare sostanzialmente colposo).

(1) Posizione di un obbligo comunitario di tutela penale.

(2) Approvazione di una norma incriminatrice nazionale in attuazione di questo obbligo comunitario di tutela penale.

(3) Successiva depenalizzazione *ex lege* della norma incriminatrice nazionale attuativa dell'obbligo comunitario di tutela penale.

A questo punto un giudice nazionale che contesta (ovviamente in modo aberrante dal nostro punto di vista) la legittimità di questa scelta di depenalizzazione innesca il conflitto rivolgendosi:

(a) alla Corte costituzionale per far dichiarare l'incostituzionalità della depenalizzazione perché in violazione dell'obbligo comunitario di tutela penale parametro interposto *ex art. 117.1 Cost.*;

(b) alla Corte di giustizia per far dichiarare l'incompatibilità della legge nazionale di depenalizzazione con l'obbligo comunitario di tutela penale.

Nel caso *sub a)* è da escludere, a nostro avviso, che la Corte costituzionale dichiari l'incostituzionalità ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. della legge nazio-

nale di depenalizzazione contrastante con il vincolo comunitario perché così facendo frustrerebbe il superiore principio costituzionale di riserva di legge, che garantisce al Parlamento la possibilità di rimettere in discussione le sue scelte di penalizzazione.

Nel caso *sub b)* invece la Corte di giustizia potrebbe intraprendere due strade:

(i) dichiarare che in questi casi l'obbligo comunitario di tutela penale obiettivamente violato debba cedere il passo di fronte al principio nazionale di riserva di legge penale;

(ii) dichiarare al contrario incompatibile con il diritto comunitario la legge nazionale di depenalizzazione.

Qualora la Corte di giustizia imboccasse questa seconda strada, quel giudice o un altro giudice si rivolgerebbe alla Corte costituzionale. A questo punto il differente modo di vedere le cose da parte delle due Corti (la stessa legge di depenalizzazione si presenterebbe come comunitariamente illegittima e costituzionalmente garantita) costringerebbe quest'ultima ad innescare il meccanismo dei controlli.

Non dimentichiamo inoltre che la materia di “classica” competenza comunitaria è la regolamentazione dell’economia, in cui la dialettica tra tutela penale e non penale nella ricerca della tecnica più adeguata alla protezione del bene in gioco è assolutamente tipica e centrale. Come ricorda Carlo Enrico Paliero, infatti, «il diritto penale economico ha avuto invero da sempre una doppia anima: penale-criminale e penale-amministrativa, con periodica migrazione delle materie ivi disciplinate dall’uno all’altro settore punitivo»<sup>(31)</sup>. “Levare la voce” al Parlamento nazionale su questo aspetto vuol dire, quindi, levargli la voce su un punto cruciale e vitalissimo dell’attuazione e – soprattutto – evoluzione della politica criminale europea in campo economico<sup>(32)</sup>.

## 6. LA PROCURA EUROPEA E LA COMPETENZA PENALE “QUASI-DIRETTA” STABILITA NELL’ART. 86 TFUE IN MATERIA DI INTERESSI FINANZIARI

Dalla tutela degli interessi finanziari dipende il funzionamento, quindi l’esistenza stessa dell’Unione europea<sup>(33)</sup>; per questo l’Unione, quando tutela i suoi interessi finanziari, in fondo tutela se stessa. Ora, poiché una regola costante di politica criminale vuole che, se una comunità è legittimata ad esistere, essa è anche legittimata a difendere la sua esistenza<sup>(34)</sup>, ben si comprende perché sia in tema di interessi finanziari che l’Unione gode della massima legittimazione ad intervenire. Non deve quindi stupire come sia in reazione alle forme di aggressione agli interessi finanziari che si sono segnate le più importanti tappe dell’avanzamento del diritto penale europeo. Sia quelle di tipo prescrittivo, come la famosa sentenza del “mais greco-yugoslavo”<sup>(35)</sup>, con cui venne stabilito il criterio di assimilazione, o l’approvazione del già citato regolamento 2988/95/CE, sia quelle di tipo progettuale. È, infatti, proprio a tutela di questi beni che fu elaborato da un gruppo internazionale di esperti coordinati da Mireille Delmas-Marty su iniziativa del Parlamento europeo il c.d. *Corpus Juris*<sup>(36)</sup>. Un modello normativo di alto livello qualitativo, frutto di una lunga riflessione maturata in più

<sup>(31)</sup> PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la “Parte generale” di un Codice penale dell’Unione Europea*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 477.

<sup>(32)</sup> Per queste notazioni sui costi connessi alla competenza penale indiretta v. *amplius* SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 167 s., 82 s., 319 s.

<sup>(33)</sup> Rivelatore in tal senso è il refrain attraverso cui l’Unione a più riprese definisce “vitali” questi interessi. Per limitarsi ad alcune fonti ufficiali cfr. la Motivazione, in GRASSO (a cura di), *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea*, Milano, 1997, p. 49; chiarissima DELMAS-MARTY, in DELMAS-MARTY, VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États membres*, Anversa – Groningen – Oxford, 2000, p. 11 che parla di aggressioni “contro l’Europa”; v. anche la lista di “considerando” in apertura alla Proposta di direttiva “relativa alla protezione penale degli interessi finanziari della Comunità

europea” del 28 maggio 2001, COM 82001) 272.

<sup>(34)</sup> Per l’emersione di questa regola di politica criminale e per l’analisi del carattere esistenziale di questi beni giuridici sia consentito rinviare a SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 76 s.

<sup>(35)</sup> Corte di giustizia, 21 settembre 1989, C-68/88, Commissione c. Repubblica Ellenica.

<sup>(36)</sup> Su cui v. GRASSO (a cura di), *Verso uno spazio giudiziario europeo*, cit.; PICOTTI, *Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione Europea*, Milano, 1999, DELMAS-MARTY, VERVAELE (a cura di), *La mise en œuvre*, cit.; v. inoltre, PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., p. 466 ss.; AA.VV., *Tavola rotonda: Il “Corpus Juris” e le prospettive di riforma del sistema repressivo comunitario*, in GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode*, cit., p. 341 ss.; GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003; PICOTTI (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettiva d’attuazione*, Padova, 2004.

fasi: prima catalizzando energie e qualità nella elaborazione di un testo (la versione del 1996); poi inducendo un ampio dibattito nella comunità giuridica<sup>(37)</sup> e politica<sup>(38)</sup>; infine modificando l'articolato (versione del 1999) sulla base delle osservazioni emerse dal dibattito. Questo testo, di trentacinque articoli, sia di diritto sostanziale di parte generale e speciale, sia di diritto processuale, si qualifica per l'invenzione di un procuratore europeo che dovrebbe perseguire i reati da esso stesso definiti<sup>(39)</sup>, davanti ai giudici penali nazionali, competenti in base ai criteri indicati nel testo.

Se passiamo allora alla lettura dell'art. 86 TFUE, in cui sono tracciate le regole di definizione di una futura competenza penale europea, (vedremo più avanti di che tipo) comprendiamo che questo articolo fa riferimento, in modo implicito, ma evidente, proprio al modello del *Corpus Juris*<sup>(40)</sup>.

**6.1.** Il § 1 di questo articolo esordisce infatti stabilendo che «Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una procura europea a partire da Eurojust. Il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo».

La disposizione chiave da cui sembra emergere la possibilità di esercizio di una competenza penale diretta è comunque quella contenuta nel secondo paragrafo:

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

In chiusura dell'art. 86 TFUE, al § 4, è poi prevista una "clausola di estensione" che

<sup>(37)</sup> Numerosissimi sono stati i convegni di studio dedicati in vari paesi d'Europa al *Corpus Juris*. Facendo una stima per difetto sulla base delle *Informations* congressuali contenute nella *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé* il numero supera sicuramente i trenta; solo in Italia nell'anno successivo alla presentazione della versione del 1999 a nostra memoria – solo per la parte sostanziale – ne sono stati organizzati tre: *Verso un codice penale modello per l'Europa. La parte generale*, Parma 29-30 settembre 2000; *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Trento 24 novembre 2000; *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 29-30 marzo 2001.

<sup>(38)</sup> Oltre che davanti al Parlamento europeo in seduta plenaria, il *Corpus Juris* è stato discusso dalle assemblee parlamentari di Spagna, Portogallo, Finlandia, Francia e dalla *House of lords* del Regno Unito; cfr. l'intervista a DELMAS-MARTY, *Le Corpus Juris. Méthode et perspectives pour l'élaboration d'un ensemble de règles pénales communes aux Etats de l'Union Européenne afin de lutter contre la fraude au budget communautaire*, in *L'Astrée*, settembre 1999, p. 1 ss.

<sup>(39)</sup> I reati previsti sono la frode agli interessi finanziari delle Comunità europee e la "frode in materia di appalti". Reati propri del pubblico ufficiale sono poi la "corruzione" la "malversazione" l'abuso di ufficio e la rivelazione dei segreti di ufficio. Sono poi previsti in posizione di delitti ostacolo il "riciclaggio e ricettazione" e "l'associazione per delinquere".

<sup>(40)</sup> Nella testa dell'interprete che si confronta con questa disposizione vi è una sorta di retropensiero a cui non ci si può sottrarre (perché lo stesso retropensiero è quello del legislatore del Trattato), ma di cui occorre avvertire il lettore: interrogarsi sull'eventualità che questa norma attribuisca una competenza penale diretta all'Unione europea vuol dire nei fatti chiedersi se l'art. 86 TFUE costituisca la base giuridica per approvare quel testo. Il contenitore istituzionale insomma viene dopo il contenuto. In questo modo, nella ricostruzione del significato della disposizione-contenitore si è influenzati dalla pre-esistenza del contenuto (il *Corpus Juris* che ha modellato intorno a sé il suo contenitore istituzionale, vale a dire l'art. 86 TFUE).



stabilisce che «il Consiglio europeo può adottare, contemporaneamente o successivamente, una decisione che modifica il paragrafo 1 allo scopo di estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale, e che modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri e i loro complici. Il Consiglio europeo delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione».

Nel cercare di comprendere se queste norme stabiliscano una competenza penale diretta dell'Unione per via regolamentare, occorre avere presente che la letteratura che si pronuncia sulla analoga disposizione prevista nel Trattato costituzionale del 2004 ebbe modo di ritenere che quella norma – l'art. III-274 di quel testo – attribuisse proprio una competenza penale diretta<sup>(41)</sup>. La più autorevole dottrina in tema di diritto penale europeo ritiene, tuttavia<sup>(42)</sup>, che l'omologa disposizione prevista nel Trattato costituzionale non attribuisca all'Unione europea la competenza diretta in materia penale, vale a dire la possibilità di prevedere reati e pene in un atto direttamente applicabile.

Per comprendere quindi se questa norma attribuisca o meno competenza penale diretta all'Unione conviene passare in rassegna le motivazioni avanzate da Giovanni Grasso. Dal canto nostro, lo anticipiamo sin d'ora, riteniamo, in accordo con questa dottrina, che la disposizione in esame non attribuisca competenza penale diretta, ma per delle ragioni differenti da quelle avanzate dall'illustre autore, con la conseguenza che arriviamo a differenti convinzioni sulla disciplina contenuta in queste disposizione.

Innanzitutto, tra i vari argomenti addotti a sostegno della tesi dell'incompetenza penale uno è venuto meno nel passaggio dal Trattato costituzionale del 2004 agli attuali trattati. L'illustre autore sostiene<sup>(43)</sup> che l'art. I-42 del Trattato cost. – cioè quello che prevedeva nella prima parte del Trattato una disposizione dedicata allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia – faceva riferimento al solo ravvicinamento delle disposizioni nazionali e non anche alla competenza penale diretta, con la conseguenza che, in mancanza di una base giuridica espressa nella norma generale, non fosse possibile ritenere che le disposizioni specifiche introducessero qualcosa di ulteriore oltre a quanto previsto in quella sede. Questa norma, come accennato, è scomparsa nell'attuale versione del Trattato sull'Unione europea. E può far sorridere che la scomparsa di una norma sulla fiducia reciproca faccia segnare un punto a favore dell'estensione delle competenze comunitarie<sup>(44)</sup>, ma il rasoio di Ockman ogni tanto regala al giurista questi piccoli piaceri.

Gli altri argomenti a fondamento della tesi di Giovanni Grasso sono due: uno letterale e uno generale.

Con il primo l'autore ritiene che il concetto utilizzato nell'art. 86, paragrafo 2 TFUE,

<sup>(41)</sup> Cfr. BERNARDI, "Riserva di legge" e fonti europee in materia penale in Ann. Univ. Ferrara – Sc. giur., Nuova serie, vol. XX, 2006, p. 5 s., MANACORDA, *Los estrechos caminos de un derecho penal de la Unión Europea. Problemas y perspectivas de una competencia penal "directa" en el Proyecto de Tratado Constitucional*, in *Criminalia*, 2004, p. 208 s.

<sup>(42)</sup> GRASSO, *La Costituzione per l'Europa*, cit., p. 695 s.

<sup>(43)</sup> GRASSO, *La Costituzione per l'Europa*, cit., p. 697.

<sup>(44)</sup> Cfr. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit., p. 115.

di “reati definiti dal regolamento”, non possa che intendersi come “reati individuati dal regolamento”<sup>(45)</sup>, con la conseguenza che in questo modo il regolamento potrebbe solo elencare i reati di competenza, come già previsti a livello nazionale, e non anche prevederne gli elementi costitutivi.

Il rilievo non ci convince. Intanto il termine “definizione” è lo stesso utilizzato anche nell’art. 82 TFUE, dove si fa riferimento alla possibilità di stabilire con direttiva “norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni” e, pacificamente, il senso di questa disposizione è proprio quello di offrire agli Stati la norma di cornice attraverso cui procedere alla costruzione/previsione delle fattispecie incriminatrici. Nel linguaggio del Trattato quindi il termine “definizione di reato” assume chiaramente il significato di “previsione dei reati” e non di “individuazione dei reati”.

Oltretutto, questo uso del termine “definizione” non è una peculiarità del Trattato. Indicare con il termine “definizione” la capacità di stabilire gli elementi costitutivi di un fatto penalmente rilevante, cioè secondo un lessico più familiare al penalista italiano, la capacità di prevedere un reato e non solo di individuarlo, trova un importante riscontro nello Statuto della Corte penale internazionale (St.CPI), sulla cui effettiva competenza penale nessuno dubita. In questo testo il termine definizione viene utilizzato proprio nel senso di prevedere gli elementi costitutivi di un reato<sup>(46)</sup>, nel caso di specie peraltro già individuato. Quella che ne risulta è una opposizione, e non una sovrapposizione, tra il concetto di “individuazione dei reati” e quello di “definizione dei reati”, che, anche per questa via, ci convince che il legislatore del Trattato con il concetto di “reati definiti” ha fatto proprio riferimento alla possibilità di prevedere gli elementi costitutivi di una fattispecie incriminatrice mediante un regolamento.

Il secondo argomento avanzato da Giovanni Grasso è di ordine generale e decisamente più delicato. Con esso l’illustre autore sostiene<sup>(47)</sup> che una modifica così importante come l’attribuzione di una competenza penale diretta avrebbe bisogno di una attribuzione di competenza chiara e precisa, riflesso di una chiara decisione politica in questo senso, mentre questa disposizione sembra essere tutt’altro che chiara e precisa. Noi siamo d’accordo con Giovanni Grasso sul fatto che il testo è equivoco, ma per ragioni diverse da quelle da lui sostenute. A nostro avviso, e in questo ci discostiamo dall’illustre autore, il testo, se letto nella versione italiana, sarebbe sufficientemente chiaro e preciso<sup>(48)</sup>. A convincerci invece sulla equivocità del testo sono le radicali dif-

<sup>(45)</sup> GRASSO, *La Costituzione per l’Europa*, cit., p. 697.

<sup>(46)</sup> L’art. 5, comma 2, dello St.CPI, nello stabilire la competenza della Corte per il crimine di aggressione recita infatti: «La Corte eserciterà il proprio potere giurisdizionale sul crimine di aggressione successivamente all’adozione, in conformità agli articoli 121 e 123, della disposizione che *definisce* tale crimine e stabilirà le condizioni alle quali la Corte potrà esercitare il proprio potere giurisdizionale su tale crimine. Tale norma dovrà essere compatibile con le disposizioni in materia della Carta delle Nazioni unite» (il corsivo è nostro). Traduzione in italiano dello statuto CPI contenuta nella legge n. 232 del

1999 di autorizzazione alla ratifica.

<sup>(47)</sup> GRASSO, *La Costituzione per l’Europa*, cit., p. 697.

<sup>(48)</sup> A nostro avviso, infatti, ci sembra che la disposizione nella versione italiana stabilisca proprio una competenza penale diretta. Perlomeno se utilizziamo il basilare criterio interpretativo che impone di attribuire alle disposizioni un significato normativo. Delle due l’una infatti: o l’art. 86, § 2, TFUE (art. 86, § 2, TFUE: «La procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio (...) gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, quali definiti dal Regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici») stabilisce la pos-

ferenze che si registrano sul punto tra le varie versioni linguistiche del Trattato. In effetti, come ha osservato Marta Munoz de Morales<sup>(49)</sup> le varie versioni del trattato divergono notevolmente proprio in punto di eventuale competenza penale diretta all'Unione europea attribuita dall'art. 86 par. 2 TFUE.

Per la versione inglese<sup>(50)</sup> e quella italiana<sup>(51)</sup> infatti il verbo «determinare» può essere coniugato tanto con «interessi finanziari» quanto con «reati», essendo entrambi i sostantivi di genere maschile. Per la versione spagnola<sup>(52)</sup> e quella francese<sup>(53)</sup> invece il verbo coniugato si può riferire solo al sostantivo maschile, cioè «interessi finanziari» e non «reati», che in queste lingue è di genere femminile; con la conseguenza che in queste versioni il testo non attribuisce la competenza diretta (per via di regolamento) a determinare «reati», ma – sembrerebbe – solo a «determinare» gli «interessi finanziari».

La confusione è poi totale se passiamo alla lettura della versione portoghese<sup>(54)</sup> dove avviene esattamente il contrario. Anche per il portoghese come per la lingua spagnola e la francese «reati» è sostantivo femminile, solo che in questa versione il verbo è coniugato al femminile con il risultato che in Portogallo la competenza per via regolamentare si riferisce inequivocabilmente a «determinare» i «reati» e non gli «interessi finanziari».

A nostro avviso è un grave errore commesso dai traduttori di Bruxelles, segnata-

sibilità di prevedere gli elementi costitutivi di un reato mediante un regolamento oppure non dice questo, ma in questo secondo caso non è per nulla chiaro cosa stia dicendo. Ricordiamo, inoltre, che i profili di ambiguità di questa norma sono ulteriormente diradati dalla preesistenza del *Corpus Juris*: sia il legislatore sia l'interprete sanno che questa norma è stata scritta allo scopo di fornire una base giuridica per l'approvazione del *Corpus Juris* che prevede proprio una lista di reati definiti a livello europeo.

<sup>(49)</sup> MUNOZ DE MORALES ROMERO, *Análisis de la racionalidad del legislador europeo en materia penal*, tesi di dottorato, UCLM, Ciudad Real, 2009.

<sup>(50)</sup> Versione inglese dell'art. 86, § 2, TFUE: «The European Public Prosecutor's Office shall be responsible for investigating, prosecuting and bringing to judgment, where appropriate in liaison with Europol, the perpetrators of, and accomplices in, offences against the Union's financial interests, as determined by the regulation provided for in paragraph 1. It shall exercise the functions of prosecutor in the competent courts of the Member States in relation to such offences».

<sup>(51)</sup> Versione italiana dell'art. 86, § 2, TFUE: «La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. Essa esercita l'azione penale per tali reati

dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri».

<sup>(52)</sup> Versione spagnola dell'art. 86, § 2, TFUE: «La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento contemplado en el apartado 1, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones».

<sup>(53)</sup> Versione francese dell'art. 86, § 2, TFUE: «Le Parquet européen est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement, le cas échéant en liaison avec Europol, les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, tels que déterminés par le règlement prévu au paragraphe 1. Il exerce devant les juridictions compétentes des États membres l'action publique relative à ces infractions».

<sup>(54)</sup> Versione portoghese dell'art. 86, § 2, TFUE: «A Procuradoria Europeia é competente para investigar, processar judicialmente e levar a julgamento, eventualmente em articulação com a Europol, os autores e cúmplices das infracções lesivas dos interesses financeiros da União determinadas no regulamento a que se refere o n.º 1. A Procuradoria Europeia exerce, perante os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-Membros, a acção pública relativa a tais infracções».

mente dai traduttori spagnoli e francesi, poiché sarebbe del tutto privo di senso se la disposizione attribuisse al regolamento la competenza a definire gli interessi finanziari. Tuttavia, dato che tutte le versioni linguistiche sono ufficiali, questa svista dei traduttori comporta una confusione su un punto così delicato che di per sé condanna il testo all'equivocità, con la conseguenza che non si può proprio ritenere che questa disposizione costituisca la base giuridica attraverso cui attribuire competenza penale diretta all'Unione europea.

Ci associamo invece con forza e senza nessun distinguo, al disagio espresso da Giovanni Grasso per il fatto che proprio la disposizione più delicata in tema di diritto penale europeo sia anche quella a cui è stato assegnato il procedimento di approvazione meno democratico: è prevista una procedura legislativa speciale che vuole l'unanimità del Consiglio, ma in cui il Parlamento europeo si deve limitare ad approvare le decisioni del Consiglio<sup>(55)</sup>. Questa constatazione di per sé non incide sul significato normativo della disposizione, tuttavia drammatizza i contrasti tra questa previsione e le garanzie di democraticità che la riserva di legge formale in materia penale sancita dall'art. 25, comma 2, Cost. prevede.

Per questo, pur non essendo convinti nel merito dei singoli argomenti avanzati dall'illustre autore, siamo d'accordo sul metodo che ci sembra emergere dal suo saggio, cioè che, diversamente da quanto di solito avviene in tema di interpretazione dei trattati comunitari, occorre procedere ad una lettura estremamente rigorosa di questa disposizione e non concederle nulla di più di quanto essa effettivamente non preveda sul piano letterale. Prima infatti di interrogarci sui problemi di compatibilità tra l'art. 25, comma 2, Cost. e questa norma, occorre verificare al luncino che questa norma pretenda proprio di assegnare una competenza penale.

**6.2.** Noi non riteniamo che questa norma assegni una piena competenza penale all'Unione, ma solo, e limitatamente agli interessi finanziari, una competenza a stabilire con regolamento i precetti penalmente rilevanti. Proviamo ora a trarre le conclusioni, tenendo ben distinti il § 2 e il § 4 dell'art. 86 TFUE.

**6.2.1.** La disposizione espressa dal § 2 dell'art. 86 TFUE, ci sembra in grado di stabilire quali comportamenti lesivi degli interessi finanziari siano reati ("reati che ledono gli interessi finanziari, quali definiti dal regolamento"), cioè di assegnare una piena competenza all'Unione a svolgere il giudizio di necessità di pena mediante norme direttamente applicabili (definizione dell'area penalmente rilevante).

La norma, però, non attribuisce all'Unione anche la potestà punitiva. La disposizione fa riferimento al solo concetto di "reati che ledono gli interessi finanziari quali definiti dal regolamento". Non vi è alcun accenno alle definizioni delle sanzioni né il concetto può essere ritenuto implicitamente sottointeso, perché da una parte, come già detto, occorre valorizzare il dato testuale e dall'altra il legislatore del Trattato di solito fa riferimento al diverso sintagma "definizione dei reati e delle sanzioni", come si evince dall'articolo 82 TFUE, in cui a più riprese si chiamano in causa sia i reati sia

<sup>(55)</sup> GRASSO, *La Costituzione per l'Europa*, cit., p. 696.

le sanzioni. Quindi, non si può ritenere che il solo riferimento alla capacità di definire i reati comprenda anche la capacità di stabilire le pene, visto che non è per nulla scontato che alla competenza a stabilire precetti da sanzionare penalmente corrisponda anche la competenza a stabilire le pene che devono in concreto essere inflitte a chi ha violato quei precetti<sup>(56)</sup>.

Ciò che più ci convince, tuttavia, è che oltre ad essere ancorata al dato testuale questa distinzione ha una sua logica e permetterebbe al sistema di funzionare. Proviamo ad immaginare come dovrebbe essere: un regolamento comunitario, quindi un atto direttamente applicabile, stabilirebbe sia i precetti, sia le norme di parte generale necessarie a rendere uniformi i criteri di ascrizione della responsabilità. Lo stesso regolamento poi potrebbe prevedere in materia sanzionatoria delle norme minime in tema di sanzioni (ad esempio la tipologia di pene, al limite i meccanismi di conversione e i minimi dei massimi edittali, secondo un meccanismo ormai ben oliato), demandando però alla legge nazionale di stabilire nel concreto la tipologia e il funzionamento delle pene comminate e da applicarsi.

E in fondo è proprio quello che è stato fatto con il *Corpus Juris*, in cui sono previste le norme di parte generale e speciale. È vero che in quel testo vengono comminate anche le pene (agli artt. 11-13), però è anche vero che il suo *punctum dolens*, fu costituito proprio dall'impossibile uniformazione del sistema delle pene. Quello che emerse negli studi su quel testo<sup>(57)</sup> fu non solo che stabilire le comminatorie edittali a livello europeo non era affatto garanzia di uniformità della pena inflitta (sia nel tipo sia nella quantità), e quindi neanche della pena minacciata (una pena comminata di tre anni in Italia e in Portogallo vuol dire due cose diversissime) ma, paradossalmente che è proprio unificando le comminatorie edittali che si sarebbe aperta la strada a sperequazioni tali da condannare il sistema sotto il profilo della proporzione. In materia di sanzioni è quindi addirittura più coerente con gli obiettivi di armonizzazione/unificazione stabilire a livello europeo, non le comminatorie edittali, ma standards di riferimento, magari anche molto puntuali, ma sprovvisti di diretta applicabilità, che necessitano quindi di un successivo atto nazionale di recepimento.

Questa irrinunciabile diversità sanzionatoria a livello nazionale è appunto il riflesso dell'irrinunciabile attribuzione della potestà punitiva e, allo stato attuale, non potrebbe che essere così dato che questa indisponibilità a cedere lo *jus puniendi* si giustifica per le divergenze che a tutt'oggi permangono tra i vari Stati, e tra questi e l'Unione, sulle legittime funzioni della pena.

Così ricostruito l'art. 86, § 2, TFUE viene meno l'esigenza affrontare la questione di compatibilità di questo articolo con l'art. 25, comma 2, Cost. perché a nostro avviso in questo modo il reo sarebbe comunque punito da una legge dello Stato entrata in vigore prima del fatto commesso.

<sup>(56)</sup> Anzi, come di recente ben sottolineato in dottrina la Corte di giustizia nell'ultima sentenza in materia di obblighi di tutela penale, quella, già citata, del 23 ottobre 2007, ribadisce le attuali competenze indirette a stabilire i precetti, ma fa un passo indietro sulla capacità di stabilire specie e misura

delle pene, cfr. SIRACUSA, *Verso la comunitarizzazione*, cit., p. 270 s.

<sup>(57)</sup> DELMAS-MARTY, VERVAELE (a cura di), *La mise en œuvre*, cit., DELMAS-MARTY, GIUDICELLI-DELAGE, LAMBERT-ABDELGAWAD (a cura di), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Parigi, 2003.

**6.2.2.** Diversa è la soluzione per la “clausola di estensione” contenuta nel quarto paragrafo dell’art. 86 TFUE <sup>(58)</sup>. In questo caso la disposizione fa riferimento al ben diverso criterio di competenza di «lotta contro la criminalità grave, che presenta una dimensione transnazionale». Qui l’eventuale attribuzione di competenza non è agganciata alla definizione delle modalità di lesione di un bene giuridico, ma ruota attorno al carattere transnazionale della criminalità grave. Ora, se questa è già definita come “criminalità”, evidentemente il diritto dell’Unione europea potrà intervenire su settori che devono necessariamente essere già stati penalizzati a livello nazionale, come sembra ulteriormente dimostrato dal fatto che in questa disposizione non si attribuisce all’Unione – diversamente dal paragrafo 2 – la capacità di “definire” alcunché, ma, evidentemente, solo di raccogliere quanto già definito. Di più: la norma qualifica questa criminalità come “grave”, con la conseguenza che questa opera di ricomposizione dovrà necessariamente assestarsi sul minimo denominatore comune <sup>(59)</sup> tra le aree di criminalità predefinite a livello nazionale, senza che al diritto dell’Unione sia concesso, non solo di definire nuove condotte penalmente rilevanti, ma neanche di estenderle. E, si badi bene, questo risultato non è il frutto di una formalistica interpretazione del dato testuale. Al contrario, è il dato testuale ad essere il riflesso di qualcosa di molto sostanziale: la diversa legittimazione che l’Unione registra quando si tratta di tutelare quel bene per lei esistenziale, come i suoi interessi finanziari, rispetto a quando è chiamata ad intervenire in altri settori.

Alla maggiore legittimazione corrisponde una norma come il § 2, art. 86 TFUE, costruita intorno alla protezione di questo bene giuridico, e che, di conseguenza, concede all’Unione di decidere con regolamento quali debbano essere le condotte aggressive degli interessi finanziari penalmente rilevanti. Alla minore legittimazione corrisponde invece il § 4 art. 86 TFUE, che costringe l’Unione, se vuole legiferare per via regolamentare, a non uscire dalla predefinizione nazionale dell’area penalmente rilevante. Una predefinizione ulteriormente circoscritta dal requisito della gravità di quelle condotte, senza quindi concedere all’Unione alcuna possibilità di prevedere con regolamento nuove ipotesi incriminatrici.

<sup>(58)</sup> Troviamo un’indiretta ma autorevole conferma in DE AMICIS, *Il “rafforzamento” di Eurojust nella prospettiva del Pubblico Ministero Europeo: finis an transitus?*, in corso di stampa in *Studi in onore di Mario Pisani*, p. 20 del dattiloscritto.

<sup>(59)</sup> Su tale criterio, ma in riferimento alla individuazione dei principi di diritto comunitario v. BERNARDI, *“Riserva di legge” e fonti europee in materia penale*, cit., p. 77 s.