

GIOVANNI GRASSO

IL TRATTATO DI LISBONA  
E LE NUOVE COMPETENZE PENALI  
DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive; la prima fase dei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale. - 2. Il "terzo pilastro" del trattato sull'Unione Europea e la "nuova fase" dei rapporti tra diritto delle istituzioni sovranazionale e diritto penale. - 3. Il trattato di Lisbona. A) La scomparsa della divisione in pilastri. - 4. (Segue) B) Il riconoscimento del "valore giuridicamente vincolante" della Carta di Nizza. - 5. Le disposizioni di rilievo penale del trattato di Lisbona. Considerazioni introduttive. - 6. Il ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale sostanziale. La competenza penale indiretta delle istituzioni comunitarie. - 7. I problemi connessi al rispetto del principio di legalità - 8. I principi di politica criminale da applicare nell'esercizio di tale competenza. - 9. La regolamentazione della Procura Europea. Competenza penale "diretta" dell'Unione Europea? - 10. La tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Spunti di riflessione critica. - 11. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive; la prima fase dei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale.* - Per chi si occupa da quasi trent'anni dei rapporti e delle interrelazioni tra diritto delle istituzioni europee e diritto penale è sempre forte la tentazione di porre al centro di una moderna riflessione su tale questione un'analisi dell'evoluzione storica di tali rapporti. La tentazione diventa tanto più forte quando si pensi al significato delle previsioni del trattato di Lisbona, alle quali, insieme alle conclusioni della sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005 in materia ambientale, si è attribuito il significato di aver segnato «il passaggio da un "diritto penale europeo" inteso quale forma sintetica delle diverse forme di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale nazionale... ad un primo germe di vero e proprio diritto penale dell'Unione europea»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> R. SICURELLA, "Eppur si muove". alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dia-

Si tratta di un'affermazione che deve essere attentamente verificata. È certo però che le conclusioni della Corte di Giustizia nella sentenza del 13 settembre 2005 (e nella successiva sentenza del 23 ottobre 2007)<sup>2</sup> come pure le previsioni del trattato di Lisbona (soprattutto gli art. 82 s. T.F.U.E.) aprono una fase nuova dei rapporti tra diritto dell'Unione Europea e diritto penale che deve essere attentamente analizzata<sup>3</sup>.

1.1. Sotto questo profilo è possibile distinguere una prima fase dei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale<sup>4</sup>, caratterizzata dalla diffusa consapevolezza che «il diritto penale non rientra nelle competenze della Comunità europea ma in quella di ciascuno Stato membro»<sup>5</sup>. Questa (esatta) affermazione non ha impedito che si evidenziasero un complesso di «fisiologicis nodi fra ordinamento comunitario e sistemi penali nazionali»<sup>6</sup>.

In primo luogo si era segnalato che il diritto comunitario produce comunque degli effetti sui sistemi penali degli Stati membri, soprattutto attraverso la limitazione della sfera di applicazione di talune disposizioni incriminatrici.

La dottrina italiana parla a questo proposito di «effetti riflessi» per indicare quelle interferenze sui sistemi penali nazionali non direttamente prese di mira dal legislatore comunitario, ma che si producono in seguito alla normale penetrazione delle disposizioni comunita-

lettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione Europea, in G. GRASSO - R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 283.

<sup>2</sup> Sul punto v. *infra*, § 2.

<sup>3</sup> Lo rileva opportunamente anche L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del "doppio testo" e tutela penale degli interessi europei*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 331 ss.

<sup>4</sup> Per una diversa articolazione delle fasi v. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del "doppio testo" e tutela penale degli interessi europei*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 331 ss.

<sup>5</sup> Così la *Ottava relazione generale sull'attività delle Comunità europee nel 1974*, Bruxelles-Lussemburgo, 1975, par. 145, p. 90. Cfr. anche *Parlamento europeo, documenti di seduta 1976-1977, doc 531/76*, 2 febbraio 1977, *Relazione presentata a nome della commissione giuridica sulla correlazione fra il diritto comunitario e il diritto penale* (relatore: P. De Keersmaecker), pubblicata anche in *Riv. dir. europeo*, 1977, p. 195 ss.

<sup>6</sup> Così R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea; linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici soprannazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 2.

rie negli ordinamenti degli Stati membri<sup>7</sup>. Il carattere «riflesso» di tali effetti è da porre in relazione alla circostanza che essi non costituiscono l'obiettivo dell'intervento delle previsioni o dei principi sovranazionali, ma si realizzano per l'ordinario operare dei meccanismi giuridici che sovrintendono ai rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento degli Stati membri (si fa riferimento in primo luogo al principio di preminenza)<sup>8</sup>.

Si tratta di un fenomeno, già oggetto di indagini assai accurate, anche risalenti nel tempo, che ci ricollega alla circostanza che in numerosi settori della vita economica la norma penale interviene in funzione sanzionatoria di discipline extrapenali (anche se non sempre ricorrendo alla tecnica della fattispecie penale in bianco)<sup>9</sup>.

In tali ipotesi l'incidenza della normativa comunitaria nei settori extrapenali presi in considerazione non potrà non esercitare talune influenze sulle disposizioni sanzionatorie. Così, ad esempio, l'eventuale diretta caducazione della precedente regolamentazione da parte della normativa comunitaria renderà di regola inapplicabili le disposizioni incriminatrici. Ad eguali conclusioni deve pervenirsi nei casi in cui la preesistente disciplina nazionale risulti incompatibile con la regolamentazione della materia operata dalla fonte comunitaria; anche in questa ipotesi risulteranno inapplicabili le relative fattispecie penali<sup>10</sup>.

1.2. In secondo luogo si era rilevato che il nascere delle Comunità europee - organizzazioni soprannazionali che si sono sostituite agli Stati membri nel governo di importanti settori della vita economica -

<sup>7</sup> G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, pp. 255-256; G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2000, p. 351; SICURELLA, *Diritto penale*, cit., p. 65, nota 88; G.M. VAGLIASINDI, *Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie*, in *Cass. pen.* 1999, p. 275; C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in P. BILANCIA - M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 140.

<sup>8</sup> SICURELLA, *op. loc. cit.*

<sup>9</sup> M. BIGAY, *L'application des règlements communautaires en droit pénal français*, in *Rev. trim. droit européen*, 1971, p. 53 ss.; ID., *Droit communautaire et droit pénal*, *ivi*, 1972, p. 47 ss.; C. PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, in G. ALPA - M. CAPELLETTI - A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, 1982, p. 611 ss.; R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984, *passim*.

<sup>10</sup> Cfr. G. GRASSO, *Introduzione, Diritto penale e integrazione europea*, in G. GRASSO - R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 6 ss.

fa emergere una serie di beni giuridici che appaiono "meritevoli" e "bisognosi" di una protezione penale.

Tali interessi possono essere distinti in due grandi categorie<sup>11</sup>:

- i beni propriamente istituzionali, cioè correlati all'esistenza stessa delle Comunità, in quanto necessari per l'esercizio delle competenze e dei poteri sovranazionali ad essi attribuite dai trattati (quali la funzione pubblica comunitaria, lo svolgimento dell'attività giurisdizionale da parte delle autorità giudiziarie comunitarie, gli interessi finanziari comunitari e la moneta unica)<sup>11</sup>.

- gli interessi che nascono dall'attività normativa della Comunità, in relazione soprattutto alla creazione del mercato unico e all'affermazione delle libertà fondamentali: l'ampiezza dei compiti delle Comunità europee che in un rapporto di crescente integrazione hanno investito il complesso delle attività economiche degli Stati membri; la riformulazione, operata con regolamenti e direttive, della disciplina di settori chiave del diritto dell'impresa; l'intervento della normativa comunitaria a tutela di interessi collettivi o diffusi, in settori nei quali era stato carente l'intervento del legislatore nazionale (basti citare la disciplina della concorrenza, il programma di tutela del consumatore, le direttive in materia ambientale); tutti questi fattori dovevano necessariamente riflettersi anche sui profili sanzionatori delle regolamentazioni nazionali di volta in volta interessate, ed implicare una trasformazione, talvolta profonda, del diritto dell'economia anche nei suoi aspetti penali. Si è fatto a questo riguardo riferimento alla tutela del mercato europeo dei capitali, alla disciplina societaria, alla tutela dell'ambiente e alla lotta d'immigrazione clandestina<sup>13</sup>. Si nota correttamente come questi interessi costituiscono degli interessi comuni propri dei singoli Stati, ma che hanno acquistato un'importanza ed una rilevanza europea proprio per effetto dell'attività normativa della Comunità<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa linee ricostruttive*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 381 ss.; GRASSO, *Comunità europee*, cit., p. 9 ss.; L. PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in S. CANESTRARI - L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea Quali politiche criminali per quale Europa*, Milano, 2005, p. 332 ss.; SICURELLA, *Diritto penale*, cit., p. 324 ss. Per una diversa catalogazione dei beni giuridici sovranazionali v. C. SOTIS, *Il diritto senza codice Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 73 ss.

<sup>12</sup> SICURELLA, *op loc ult cit.*; PICOTTI *op loc ult cit.*

<sup>13</sup> In questo senso SICURELLA, *Diritto penale*, cit., p. 342 ss.

<sup>14</sup> Così PICOTTI, *Diritto penale comunitario*, in CANESTRARI - FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea Quali politiche criminali per quale Europa*, cit., p. 335.

Ora, esclusa l'esistenza di un sistema penale comunitario in senso proprio, la tutela dei beni giuridici sovranazionali è stata in concreto affidata:

a) alla configurazione di fattispecie di illecito (che hanno natura non penale) da parte della normativa comunitaria;

b) ovvero al ricorso alle risorse sanzionatorie degli Stati membri che, nei sistemi penali nazionali, provvedono alla tutela dei beni giuridici comunitari<sup>15</sup>.

Si tratta di due modelli di tutela che risultano variamente coordinati ed articolati e che danno vita ad un sistema repressivo, che correttamente è stato definito "misto", perché in esso si assiste alla coesistenza di sanzioni amministrative comunitarie (talvolta applicate dalle autorità amministrative degli Stati membri) e sanzioni penali nazionali, in relazione alle quali, per altro emerge una significativa limitazione della discrezionalità dei legislatori nazionali<sup>16</sup>.

In questo contesto è chiaro che vengono a determinarsi una serie di fisiologiche connessioni tra diritto comunitario e diritto penale oggetto già da molti anni di attente analisi; soprattutto è emersa la consapevolezza che la questione della protezione, anche penale, dei beni giuridici delle Comunità europee avrebbe costituito, come lucidamente rilevato da Stella, uno dei temi centrali della «vita delle istituzioni comunitarie»<sup>17</sup>.

Questa prima fase viene chiusa idealmente da due sentenze della Corte di Giustizia che hanno un peso decisivo nell'evoluzione del sistema di tutela degli interessi comunitari.

Si tratta, anzitutto, della sentenza del 21 settembre 1989, relativa all'affaire del "mais greco" nella quale la Corte ha non solo riconosciuto l'esistenza di un obbligo per gli Stati membri di sanzionare le violazioni della normativa comunitaria, ma ha anche precisato i contenuti dell'obbligo in questione in una duplice direzione: occorre infatti che le violazioni del diritto comunitario vengano sanzionate in condizioni sostanziali e processuali analoghe a quelle applicabili alle violazioni di diritto nazionale «di natura ed importanza *similari*» e, in secondo luogo, che le sanzioni abbiano comunque «un carattere effettivo proporzionato e *dissuasivo*»<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Sulle tecniche di tutela degli interessi comunitari ci permettiamo di rinviare a GRASSO, *Comunità europee*, cit., p. 41 ss.

<sup>16</sup> Così SICURELLA, *Diritto penale*, cit., p. 27 ss.

<sup>17</sup> Così F. STELLA, *Presentazione* a Grasso, *Comunità europee*, cit., p. 7.

<sup>18</sup> Corte di Giustizia, 21 settembre 1989, causa 68/88 (Commissionec. Grecia),

Deve essere menzionata poi la sentenza pronunciata il 27 ottobre 1992 nella quale la Corte di Giustizia pone dei principi fondamentali per la ricostruzione del sistema delle sanzioni amministrative comunitarie (di cui la Corte riconosce la natura "punitiva"); secondo la Corte l'introduzione di sanzioni amministrative è consentita alle istituzioni comunitarie anche nei casi non esplicitamente previsti nei trattati istitutivi; l'unica condizione è che la previsione delle sanzioni risulti «*necessaria*» per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti<sup>19</sup>.

2. Il "terzo pilastro" del trattato sull'Unione Europea e la "nuova fase" dei rapporti tra diritto delle istituzioni sovranazionale e diritto penale. - L'emergere di una seconda fase dei rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto penale si collega a quelle iniziative limitate in origine alla cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati membri, ma destinate successivamente ad arricchirsi di ulteriori ed assorbenti profili, che si sono delineate in un quadro istituzionale che progressivamente si è modificato.

Si era sottolineato in effetti che i successi conseguiti nell'ambito della costruzione comunitaria, e gli sviluppi che ulteriormente si prevedono, possono avere l'effetto di favorire anche in misura rilevante lo sviluppo di talune forme di criminalità che, per le loro caratteristiche strutturali e per le dimensioni concretamente raggiunte, superano i confini di un singolo Stato e possono dunque chiamarsi «transnazionali»<sup>20</sup>.

Si delineava così, come è stato acutamente osservato, un'esigenza di una più stretta cooperazione giudiziaria che si è progressivamente trasformata in una «diversa dimensione della costituzione europea da affiancare a quella puramente economica commerciale»<sup>21</sup>.

in *Raccolta*, 1989, p. 2965. Su tale sentenza cfr. L. SALAZAR, *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *Cass. pen.* 1992, p. 1658; G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, pp. 398-399; C. RIZZA, *Le sanzioni alle violazioni da parte dei singoli delle norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *ivi*, cit., p. 93 ss.; S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 30 ss.

<sup>19</sup> La sentenza è pubblicata in *Riv. trim. diritto penale economia*, 1993, p. 731 ss. con nota di G. GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*.

<sup>20</sup> G. GRASSO, *Prospettive di uno «spazio giudiziario europeo»*, in *Indice penale*, 1996, pp. 113-114.

<sup>21</sup> Così SICURELLA, *Diritto penale*, cit., p. 95.

Si tratta di un fenomeno la cui evoluzione parte dall'idea di uno «spazio giudiziario europeo» lanciata dal presidente francese Valéry Giscard d'Estaing nel 1977, passando per le iniziative assunte - soprattutto per l'impulso della presidenza italiana - nell'ambito della Cooperazione politica europea, sino alle previsioni dell'Atto Unico europeo, che fornisce un quadro istituzionale a tale cooperazione, e alle previsioni del trattato di Maastricht<sup>22</sup>.

Il trattato sull'Unione europea firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993 delinea una cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni, all'interno della quale diverse materie (tra cui la cooperazione giudiziaria in materia penale e la lotta contro la frode su scala internazionale) vengono considerate questioni di interesse comune in collegamento con gli obiettivi dell'Unione europea, e in particolare, la libera circolazione delle persone.

Non si può non segnalare una certa ambiguità delle previsioni del titolo VI del Trattato di Maastricht: per un verso esse non possono certamente definirsi come comunitarie *stricto sensu*, con la conseguenza che ad esse non sono applicabili alcuni principi propri del diritto comunitario (come ad esempio quello di preminenza della normativa comunitaria); per altro verso tali norme si distinguono dalle comuni previsioni del diritto internazionale pubblico per le numerose connessioni esistenti sul piano normativo e sul piano istituzionale tra primo e terzo pilastro, sicché tale forma di cooperazione non può più essere considerata una semplice cooperazione intergovernativa. Tale ambiguità si traduce anche in incertezza nella interpretazione dei caratteri degli strumenti normativi previsti<sup>23</sup>.

Si tratta in definitiva di una cooperazione che risulta dotata di caratteri suoi propri che la distinguono da una «ordinaria» cooperazione intergovernativa e che comportano il definitivo innesto di tale forma di cooperazione nell'ambito della costruzione<sup>24</sup>.

Il fenomeno ha assunto una diversa valenza grazie al Trattato di Amsterdam del 1999 che ha posto tra gli obiettivi delle istituzioni comunitarie la creazione di «uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia».

<sup>22</sup> Cfr. *amplius* GRASSO, *Prospettive*, cit., loc. cit.

<sup>23</sup> Ci permettiamo di rinviare a GRASSO, *Introduzione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., pp. 83-84.

<sup>24</sup> SICURELLA, *Diritto penale*, cit., p. 100; v. anche SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 59.

Si conclude così una più che decennale evoluzione degli obiettivi delle istituzioni europee: si è passato in effetti dall'originario obiettivo di una Unione Doganale, nella quale persone, merci, servizi e capitali potessero circolare liberamente (accompagnata da una serie circoscritta di altre politiche comunitarie), alla "visione" di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» in cui, come si legge nell'art. 2 del trattato UE (versione consolidata), «sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima».

Viene così superata l'impostazione tradizionale secondo la quale il diritto penale non rientra nelle competenze della Comunità, ma in quelle di ciascuno Stato membro: l'impiego di strumenti penalistici diventa indispensabile per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea<sup>25</sup>.

Si dà così vita ad un processo di integrazione e di armonizzazione che non sarà possibile arrestare in futuro<sup>26</sup>.

Non è questa la sede per esaminare analiticamente le insufficienze e i risultati della cooperazione di III pilastro<sup>27</sup>; qui basti dire che si abbandona definitivamente la logica che aveva caratterizzato i primi interventi in materia di cooperazione giudiziaria, volti come si è detto, a "compensare" una sorta di deficit di sicurezza che si collegava alla realizzazione della libertà di circolazione.

Le previsioni (modificate) del titolo VI sono state finalizzate alla creazione di uno «spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia», la cui realizzazione costituisce una condizione per l'effettivo godimento delle libertà fondamentali.

Con l'entrata in vigore del trattato di Amsterdam si afferma allora una *questione penale dell'Unione Europea*, di cui il ravvicinamento costituisce una componente essenziale<sup>28</sup>.

A questo riguardo è da ricordare che gli artt. 29 e 31 del Trattato sull'Unione Europea prevedono esplicitamente il ravvicinamento delle legislazioni in materia penale, dando così una precisa base nel

<sup>25</sup> Cfr. GRASSO, *Introduzione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 85 ss.

<sup>26</sup> H. LABAYLE, *Le lutte anti-fraude et le troisième pilier*, in GRASSO (a cura di) *La lotta contro la frode*, cit., p. 295 ss.

<sup>27</sup> Sul punto si veda la puntuale indagine di L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 395 ss.

<sup>28</sup> SICURELLA, *Diritto penale*, cit., p. 110 ss.

trattato alle iniziative di armonizzazione che si erano realizzate in precedenza<sup>29</sup>.

Si è correttamente rilevato che esso è diventato il «luogo essenziale» per l'elaborazione di tutte le iniziative di armonizzazione dei dispositivi di tutela dei beni giuridici in vario modo implicati nella costruzione europea<sup>30</sup>: l'opposizione manifestata dagli Stati membri avverso il riconoscimento alle istituzioni comunitarie di una potestà armonizzatrice in materia penale «ha determinato l'affermazione de facto di un ruolo chiave delle iniziative di *armonizzazione* assunte in sede di terzo pilastro»<sup>31</sup>.

Questa fase viene chiusa idealmente da due sentenze della Corte di Giustizia che hanno ridisegnato il ruolo del III pilastro e i rapporti tra primo e terzo pilastro, anticipando così le soluzioni preconizzate dalla Costituzione per l'Europa e dal successivo trattato di Lisbona.

Si tratta anzitutto della sentenza emessa nel caso Pupino in cui la Corte di Giustizia ha concluso che il principio dell'"interpretazione conforme" deve valere anche in relazione agli atti del III pilastro e, in particolare, alle decisioni quadro (anche se un tale principio deve essere temperato con il rispetto dei diritti fondamentali, e in particolare con le esigenze collegate al principio di legalità

Secondo la Corte «il carattere vincolante delle decisioni quadro... comporta in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale»<sup>32</sup>.

È chiaro come una tale soluzione attenua su un profilo decisivo la differenza tra le direttive e le decisioni quadro anche perché, come è stato già rilevato, in materia penale anche le direttive sono prive di efficacia diretta in malam partem, e anticipa i risultati delle riforme successivamente realizzate<sup>33</sup>.

Viene in considerazione poi la sentenza del 13 settembre 2005 in

<sup>29</sup> Cfr. L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione, pam in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa e il programma dell'Aja*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3514 ss.

<sup>30</sup> SICURELLA, *Diritto penale*, cit., p. 257 ss.

<sup>31</sup> SICURELLA, *Diritto penale*, cit., p. 257 ss.

<sup>32</sup> Corte di Giustizia, 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*

<sup>33</sup> Sul significato della sentenza Pupino v. G. TESAURO, *Dritto comunitario, Corte di Giustizia e diritto penale*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 666 ss.; A. WEYEMBERGH, *L'effectivité du troisième pilier de l'Union Européenne et l'exigence de l'interprétation conforme la Cour de Justice pose ses jalons (note sous l'arrêt Pupino, du 16 juin 2005, de la Cour de justice des Communautés européennes)*, *ivi*, cit., p. 353 ss.

materia ambientale nella quale la Corte, accogliendo la tesi della Commissione circa l'illegittimità della decisione-quadro 2003/80/GAI, ha infatti sancito, espressamente, la competenza della Comunità (con riguardo allo specifico settore della tutela dell'ambiente ma con argomentazione estendibili, per lo meno in linea di principio, ad altri settori normativi rientranti nell'ambito di politiche comunitarie) *ad imporre agli Stati l'introduzione di sanzioni penali nella legislazione interna*<sup>34</sup>.

Secondo la Corte, presupposto di un tale intervento è la «necessità» di esso per raggiungere gli obiettivi di volta in volta previsti (nel caso di specie che si tratti di una «misura indispensabile di lotta contro le violazioni ambientali gravi»).

Con tale sentenza la Corte, accogliendo le impostazioni che la dottrina aveva da tempo formulato, riconosce così una «competenza penale indiretta» delle istituzioni comunitarie, anticipando anche sotto questo profilo le previsioni del trattato di Lisbona<sup>35</sup>.

3. *Il trattato di Lisbona.* A) *La scomparsa della divisione in pilastri.* – Il trattato di Lisbona, alcune delle cui previsioni erano state anticipate dalle sentenze della Corte di Giustizia prima menzionate e che su questi punti riproducono le disposizioni della Costituzione per l'Europa (mai entrata in vigore), apre, come si è detto, una fase nuova dei rapporti tra diritto delle istituzioni europee e diritto penale<sup>36</sup>.

Esso consolida le basi di quello che può essere definito un *diritto penale europeo*; l'ambiguità di tale espressione, più volte segnalata, deve cedere il posto alla consapevolezza che il trattato di Lisbona delinea una competenza (sia pure indiretta) dell'Unione Europea in materia penale<sup>37</sup> e pone la necessità di una più matura riflessione sui prin-

<sup>34</sup> Corte di Giustizia, 13 settembre 2005, cause C-176/03 (*Commissione delle Comunità europee c. Consiglio dell'Unione Europea*).

<sup>35</sup> Sui problemi sollevati dalla sentenza *Ambiente* cfr., per tutti, GRASSO, *Relazione introduttiva*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 19 ss.; SICURELLA, *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione Europea*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 291 ss.; 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. economia*, 2006, p. 911 ss.

<sup>36</sup> Cfr. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., pp. 680-681, con riguardo alle analoghe previsioni della Costituzione per l'Europa.

<sup>37</sup> Cfr. *infra*, § 6.

cipi generali di tale "sistema penale" e sui criteri di politica criminale che "debbono" orientare una tale competenza.

Se si passa a considerare le previsioni del trattato di Lisbona che riguardano il diritto e il processo penale è facile rilevare che esse delineano nuove competenze dell'Unione in materia sanzionatoria che devono essere analizzate.

È opportuno per altro, prima di considerare tali previsioni, soffermarsi sulle modifiche di carattere generale innescate dal trattato di Lisbona, che sono decisive per inquadrare correttamente i profili attinenti le nuove competenze penali dell'Unione Europea.

Vengono in considerazione, soprattutto, l'abolizione della divisione in pilastri della nuova struttura istituzionale e il riconoscimento del valore vincolante della Carta Europea dei diritti fondamentali<sup>38</sup>.

Sotto il primo profilo si deve riconoscere che l'abolizione delle divisioni in pilastri ha effetti che si possono definire rivoluzionari:

a) Tutta l'area dello spazio di libertà di sicurezza e di giustizia è sottoposta al *principio di preminenza* del diritto dell'Unione sul diritto nazionale, un principio che non valeva certamente per le disposizioni del III pilastro e che continua ad applicarsi alla luce del nuovo trattato, pur in mancanza di una esplicita previsione, quale principio fondamentale del diritto dell'Unione.

Al riguardo è da ricordare che in una dichiarazione allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa (la dichiarazione n. 17), la conferenza ha sottolineato che «per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza». La conferenza ha deciso di allargare all'atto finale un parere del servizio giuridico del Consiglio, a tenore del quale «il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia». Non esiste alcun dubbio, quindi, sul fatto che il principio di preminenza debba continuare a regolare i rapporti tra diritto dell'Unione e diritto nazionale.

b) Trattandosi di materia a competenza concorrente tra Unione e Stati membri trova applicazione il principio di cui all'art. 2, § T.F.U.E. secondo il quale «Gli stati membri esercitano la loro competenza nella

<sup>38</sup> Cfr. SOTIS, *Le novità*, in BILANCIA - D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, cit., p. 145.

misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria»; un cambio di prospettiva radicale rispetto all'originaria impostazione del III pilastro.

c) È previsto il controllo della Corte di Giustizia sulla base degli ordinari principi e non nei ristretti limiti previsti dalle disposizioni del III pilastro che, dopo le innovazioni contenute nel trattato di Amsterdam, avevano fatto parlare a questo riguardo di un *deficit giurisdizionale* dell'Unione<sup>39</sup>.

d) Tutta l'area dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia è sottoposta alle regole ordinarie del processo legislativo (voto a maggioranza qualificata nel Consiglio; pariordinazione del P.E. salvo alcune eccezioni specificatamente previste).

Viene meno così «l'effetto perverso» che si collegava alla estensione delle competenze di III pilastro e alla migliore regolamentazione dei loro effetti<sup>40</sup>. Il III pilastro infatti non consentiva un intervento adeguato del Parlamento europeo (la cui funzione era esclusivamente consultiva), sicché l'estensione delle competenze di III pilastro (e i vincoli che ne derivavano per i Parlamenti nazionali) non erano compensati da un corrispondente intervento del Parlamento europeo.

4. (Segue) B) *Il riconoscimento del "valore giuridicamente vincolante" della Carta di Nizza.* – Il secondo elemento di rilievo generale contenuto nel trattato di Lisbona, suscettibile di aver riflessi in materia penale è costituito dal riconoscimento di un valore giuridicamente vincolante («lo stesso valore giuridico dei trattati», secondo l'art. 6, § 1 del T.U.E.) alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. È noto come nella struttura del trattato costituzionale la Carta dei diritti fondamentali costituiva la II parte della Costituzione per l'Europa.

La soluzione prescelta dal Trattato di Lisbona è apparentemente diversa, ma gli effetti sono sostanzialmente identici.

Non è questa la sede per un approfondito esame dell'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>41</sup>. Qui basti

<sup>39</sup> Cfr. G. DE AMICIS - G. IUZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce la Costituzione per l'Europa*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3070.

<sup>40</sup> Cfr. WEYEMBERGH, *L'effectivité*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 370 ss.

<sup>41</sup> Ci permettiamo di rinviare a G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa: spunti di riflessione critica*, in *Studi per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 219 ss. [pubblicato anche in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 633 ss].

dire che il riconoscimento del valore giuridicamente vincolante della Carta, chiude una lunga evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione Europea che aveva visto dapprima l'affermazione giurisprudenziale dei diritti fondamentali, quale principi generali del diritto, il loro successivo riconoscimento nel trattato sull'Unione Europea e la loro ricezione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, solennemente proclamata a Nizza, ma priva di valore giuridicamente vincolante.

A questo proposito vorrei soffermarmi brevemente su due questioni.

La prima è costituita dal mantenimento nel testo dell'art. 6 T.U.E. (nella versione successiva alle modifiche disposte dal trattato di Lisbona) di un ultimo paragrafo nel quale si legge «I diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

È da chiedersi quale significato debba essere attribuito a questa previsione in presenza del riconoscimento del valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali.

Ora, io credo che la previsione possa trovare una duplice spiegazione<sup>42</sup>.

Anzitutto è da rilevare che non tutti i diritti riconosciuti nella Convenzione Europea e nei suoi protocolli trovano riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali. In secondo luogo la previsione apre il sistema dell'Unione di tutela dei diritti fondamentali agli sviluppi futuri che possono provenire dal richiamo alle tradizioni costituzionali degli Stati membri: in altre parole in tal modo nuovi diritti potrebbero aggiungersi a quelli previsti nella Carta<sup>43</sup>.

Una tale soluzione, con riguardo alla materia penale, deve essere suggerita con riguardo al riconoscimento del principio di colpevolezza.

È noto che il mancato riconoscimento del principio di colpevolezza all'interno della Carta dei diritti fondamentali aveva suscitato le unanime critiche della dottrina<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Cfr., sul punto, le considerazioni di A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 57.

<sup>43</sup> Così U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 108.

<sup>44</sup> Cfr. GRASSO, *La protezione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., pp. 662-663.

D'altro canto la Corte di Giustizia aveva negato, discostandosi così dalle conclusioni dell'avvocato generale, che il principio di colpevolezza costituisca l'espressione di un diritto fondamentale<sup>45</sup>. In tale prospettiva nella sentenza Hansen la Corte non solo ha riconosciuto la legittimità di alcune ipotesi di responsabilità oggettiva (previste dalla legislazione danese), ma ne ha sottolineato addirittura la valenza positiva in termini di prevenzione generale.

In altre pronunzie, come è stato esattamente rilevato, la Corte sembra ridurre il principio di colpevolezza da elemento fondante l'illegittimità e la punibilità, a circostanza di cui tener conto per stimare l'adeguatezza rispetto al principio di proporzione di forme di responsabilità oggettiva «compiendo una sorta di bilanciamento tra l'interesse perseguito con la sanzione e l'interesse alla tutela della libertà del cittadino, tutela sottesa al principio di colpevolezza laddove richiede che il cittadino risponda solo di comportamenti da lui controllabili»<sup>46</sup>.

Ora, un tale orientamento consolidato può essere messo in discussione, richiamando il principio contenuto nell'art. 6, §3 del T.U.E., alla luce della sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso Sudfondi c. Italia che ha desunto dall'art. 7 della CEDU anche il riconoscimento del principio di colpevolezza<sup>47</sup>.

Secondo la Corte europea «*Il serait par ailleurs incohérent, d'une part, d'exiger une base légale accessible et prévisible et, d'autre part, de permettre qu'on considère une personne comme "coupable" et la "punir" alors qu'elle n'était pas en mesure de connaître la loi pénale, en raison d'une erreur invincible ne pouvant en rien être imputée à celui ou celle qui en est victime*»<sup>48</sup>.

La Corte europea coglie così il collegamento e l'interrelazione tra principio di legalità e garanzia e principio di colpevolezza che era stato lucidamente sottolineato dalla Corte costituzionale italiana nella storica sentenza 364/1988<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Corte di Giustizia, 10 luglio 1990, causa C-326/58, Hansen, in *Raccolta*, pp. 2935-2936.

<sup>46</sup> Così 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 GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., pp. 134-135 cui si rinvia anche per la accurata sottolineatura di alcune aperture degli Avvocati generali.

<sup>47</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 gennaio 2009, *Sudfondi e altri c. Italia*.

<sup>48</sup> Cfr. il §116 della sentenza.

<sup>49</sup> Sulla sentenza della Corte Costituzionale risultano fondamentali le considerazioni di M. ROMANO, *Commento all'art. 5*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, p. 102 ss.

Grazie alla giurisprudenza della Corte europea il principio di colpevolezza<sup>50</sup> viene riconosciuto come un diritto fondamentale desumibile dall'art. 7 della Convenzione Europea, con la conseguenza (imposta dall'art. 6, §3 T.U.E.) che esso deve essere riconosciuto anche nell'ordinamento dell'Unione Europea.

Si deve d'altro canto rilevare che un esame dei sistemi penali degli Stati membri consente di far emergere un "orientamento prevalente" nel senso della costituzionalizzazione del principio di colpevolezza che è sufficiente per l'individuazione di un diritto fondamentale alla luce del richiamo alle tradizioni costituzionali comuni (che non richiedono, com'è noto, la presenza di un principio in tutti gli Stati membri), soprattutto quando, come nel caso di specie, il principio appare espressione di «progressogiuridico»<sup>51</sup>.

Di particolare rilievo a questo riguardo la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul trattato di Lisbona che ha ritenuto l'essenzialità del principio di colpevolezza per il diritto penale europeo, collegando tale principio al rispetto della dignità umana consacrato nell'art. 1 della Costituzione<sup>52</sup>.

La seconda questione su cui vorrei brevemente soffermarmi è quella relativa alla sfera di applicazione dei diritti fondamentali previsti nella Carta europea.

Sotto questo profilo si deve sottolineare che, nonostante il carattere apparentemente generale delle previsioni della Carta, è chiaro che la sua applicazione deve essere circoscritta alle materie che rientrano negli ambiti di competenza dell'Unione Europea.

Tali conclusioni sono imposte dalle previsioni orizzontali della Carta dei diritti fondamentali (richiamate dall'art. 6, §1, co. 3 del T.U.E.) nelle quali si precisa esplicitamente che la Carta «non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati» (art. 51, §2).

Fondamentale a questo riguardo è la previsione dell'art. 51, §1 della Carta che stabilisce che la Carta si applica agli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

Viene così consacrato quel criterio elaborato dalla Corte di Giustizia che, nella cause *Cinétique* e *Demirel*, aveva escluso il suo potere

<sup>50</sup> Cfr., in termini generali, A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in CANESTRARI - FOFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali*, cit., pp. 397-398.

<sup>51</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Nulla poena sine culpa: un véritable principe commun européen*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, pp. 32-33.

di sindacare la compatibilità con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti a livello comunitario «di una disciplina nazionale che non nell'ambito del diritto comunitario»<sup>53</sup>; se ne poteva allora &sumere a contrario che un tale potere sussiste per quei settori che rientrano nel campo di applicazione dei trattati comunitari<sup>54</sup>.

Alla luce di tale consolidato orientamento della giurisprudenza di Corte è da ritenere allora che l'art. 51, §1 debba essere interpretato in modo estensivo e che esso imponga il rispetto dei diritti fondamentali in tutti quei casi in cui la normativa interna, pur non costituendo attuazione della normativa europea, venga comunque ad incidere in un'area di competenza dell'Unione o in settori già disciplinati dal diritto dell'Unione<sup>55</sup>.

In altre parole l'art. 51, §1 dovrebbe trovare applicazione in tutti i casi in cui vi sia un «elemento di collegamento», anche se non in termini di puntuale attuazione o esecuzione del diritto dell'Unione<sup>56</sup>.

Si tratta di un criterio la cui valenza è stata di recente ribadita nella sentenza della Corte di Giustizia in tema di mandato d'arresto europeo<sup>57</sup>.

La Corte, infatti, non si limita a ribadire che gli Stati membri sono soggetti al rispetto dei diritti fondamentali «quando danno attuazione al diritto dell'Unione», ma ne trae una conseguenza di grande EVO-

Secondo la Corte, & Stati membri debbono rispettare le norme e i principi in tema di diritti fondamentali tutelati dall'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea (e, in particolare, il principio di legalità dei reati e delle pene) anche nella definizione dei reati contenuti nell'elenco di cui all'art. 2 della decisione quadro<sup>58</sup>.

<sup>52</sup> Si tratta della sentenza del 30 giugno 2009; al principio di colpevolezza è dedicato il § 364.

<sup>53</sup> Sentenza 11 luglio 1985, causa 60 e 61/84 (*Cinétéque*), in *Raccolta*, 1985, p. 2618, e 30 settembre 1987, causa 12/86 (*Demirel c. Comune di Schwäbisch Gmünd*), in *Raccolta*, 1989, pp. 2639-2640.

<sup>54</sup> Sono molto chiare sul punto le conclusioni dell'Avvocato generale Van Gerven nella causa C-326/88 (*Hansen*), in *Raccolta*, pp. 2925-2926.

<sup>55</sup> In questo senso R.A. GARCIA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rzv. it. diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 5; G. GRECO, *I diritti fondamentali nella Costituzione europea*, in *Riv. int. diritto pubblico*, Corno, 2001, p. 205.

<sup>56</sup> GRASSO, *La protezione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 664.

<sup>57</sup> Corte di Giustizia, 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, § 45.

<sup>58</sup> Corte di Giustizia, 3 maggio 2007, cit., §53.

Ora, tale normativa degli Stati membri non costituisce certo attuazione della decisione quadro dal momento che la decisione quadro non ha come obiettivo il ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale sostanziale degli Stati membri – e cioè l'armonizzazione delle 32 categorie di reato –, ma solo il miglioramento del sistema di cooperazione giudiziaria degli Stati membri attraverso il riconoscimento reciproco dei "mandati d'arresto" emessi nei diversi Stati membri<sup>59</sup>; si capisce allora come la Corte stia delimitando l'area di applicazione dei diritti fondamentali negli Stati membri in modo sicuramente estensivo; tali diritti fondamentali debbono essere tutelati negli Stati membri in tutte le situazioni in vi sia un elemento di collegamento tra normativa interna e diritto europeo (elemento di collegamento costituito in questo caso dalla indicazione delle 32 categorie di reato nella decisione quadro) anche se non in termini di puntuale attuazione o esecuzione del diritto dell'Unione<sup>60</sup>.

Alla luce di questo criterio si può concludere che l'influenza dei diritti fondamentali si eserciterà in tutta una serie di situazioni diverse.

Anzitutto nell'ambito dello spazio di libertà di sicurezza e di giustizia, con riguardo alla normativa di attuazione delle direttive europee (adottate ad es. in tema di mutuo riconoscimento delle decisioni, cooperazione giudiziaria penale, ravvicinamento dei sistemi processuali e delle disposizioni di diritto materiale); anzi è da ritenere che potrebbe essere oggetto di esame da parte della Corte di Giustizia anche il rispetto dei diritti fondamentali tutelati nel sistema dell'Unione Europea da parte di una normativa interna precedente in un settore in cui successivamente interviene la normativa dell'Unione Europea. Più in generale è da ritenere che, come è stato sottolineato, tutta l'area del diritto penale europeo costituisce un terreno privilegiato di applicazione della tutela dei diritti fondamentali.

In secondo luogo con riguardo alle previsioni che si collegano al sistema sanzionatorio comunitario; è noto che le sanzioni amministrative comunitarie sono di due tipi e che, accanto alle sanzioni comunitarie previste ed applicate dagli organi comunitari, ve ne sono altre previste nella normativa comunitaria ed applicate dalle Autorità degli Stati membri (alle quali è dedicato il reg. 2988/95). È chiaro come la

<sup>59</sup> Si tratta di una posizione chiaramente assunta sia dalla Corte (§ 52) che dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni presentate il 12 settembre 2006 (§103).

<sup>60</sup> GRASSO, *Relazione introduttiva*, cit., p. 36-37.

normativa nazionale, che disciplina l'applicazione di tali sanzioni, deve rispettare non solo le previsioni di tale regolamento, che costituisce una sorta di *modello di disciplina generale del potere punitivo comunitario*, ma anche i principi in tema di diritti fondamentali<sup>61</sup>.

Infine abbiamo tutta l'area di incidenza dei c.d. effetti riflessi della normativa sovranazionale sul diritto penale, nella quale si manifesta quel collegamento tra normativa interna e normativa dell'Unione che consente di attrarre la normativa nazionale nell'area di applicazione dell'art. 51, § 1.

È chiaro che in questa prospettiva si dovrebbe assistere ad una diffusione della tutela dei diritti fondamentali di provenienza europea nel sistema giuridico degli Stati membri, garantendo un innalzamento della loro tutela e un'armonizzazione di essa in tutto lo spazio giuridico europeo<sup>62</sup>.

Si è sottolineato a questo riguardo un effetto che si potrebbe chiamare di *contaminazione* del sistema: un certo principio, che ai sensi dell'art. 51 §1 della Carta, deve trovare applicazione nel sistema nazionale nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione, può essere esteso ad ambiti diversi sulla base di un'interpretazione giurisprudenziale ovvero di interventi della Corte Costituzionale (che potrebbe richiamarsi all'art. 3 Cost.)<sup>63</sup>.

5. *Le disposizioni di rilievo penale del trattato di Lisbona. Considerazioni introduttive.* – Passando a considerare le disposizioni di rilievo penale contenute nel trattato di Lisbona, si deve preliminarmente rilevare che esse non sono contenute esclusivamente nel capo dedicato allo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia; viene in considerazione a questo riguardo soprattutto l'art. 325, cui sarà dedicata una esplicita trattazione<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Si veda al riguardo l'approfondita indagine di A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/05. Un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode*, cit., p. 194 ss.

<sup>62</sup> Cfr. Grasso, *La protezione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., pp. 670-671.

<sup>63</sup> Così R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1883. Si pensi, a questo proposito, al principio della retroattività della legge penale più favorevole, recepito nell'art. 49 della Carta, da applicare, senza alcuna eccezione, laddove vi sia un elemento di collegamento con il diritto dell'Unione e suscettibile di estensione, sulla base delle considerazioni prima formulate, al di fuori di questo ristretto ambito.

<sup>64</sup> V. *infra*, § 10.

Pur senza sottovalutare l'importanza di tale previsione si può comunque rilevare che le norme principali, che delineano le nuove competenze penali dell'Unione, si ritrovano all'interno del titolo dedicato allo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia; si tratta di una circostanza che non può stupire dal momento che è proprio l'obiettivo della creazione di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia che dà alle norme di rilievo penale del trattato un significato particolare, così come era stato un tale obiettivo che aveva posto al centro del trattato sull'Unione Europea una *questione penale* in termini del tutto nuovi<sup>65</sup>.

In questa sede non mi soffermerò sulle disposizioni in tema di cooperazione giudiziaria penale e di ravvicinamento delle disposizioni processuali (art. 82 T.F.U.E.). Mi limito per altro a sottolineare che l'asse portante della nuova disciplina è costituito dal mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie sulla base delle conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere.

La dottrina del resto aveva già da tempo rilevato che il problema del riconoscimento di effetti alle sentenze pronunciate all'estero, sia sotto il profilo dell'esecuzione della pena principale (detentiva o pecuniaria) inflitta con la sentenza straniera, sia sotto il profilo della «*prise en considération*» della sentenza pronunciata all'estero al fine di ricollegarvi taluni effetti (quali l'applicazione di pene accessorie o di altri effetti penali) diversi dall'esecuzione della pena principale, costituisce un problema di interesse comunitario, e aveva altresì sottolineato l'importanza delle convenzioni concluse nell'ambito della cooperazione politica tra gli Stati membri in ordine all'esecuzione delle sentenze straniere e al riconoscimento del principio del *ne bis in idem*<sup>66</sup>.

Il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie implica l'esistenza di una «fiducia reciproca» tra gli Stati membri al cui consolidamento è volta la previsione dell'art. 82, § 2 che prevede la possibilità di un ravvicinamento delle disposizioni processuali degli Stati membri.

Peraltro, come risulta dal testo dell'articolo 82 del T.F.U.E. e come è ulteriormente chiarito nella relazione del gruppo di esperti dedicato allo spazio di libertà di sicurezza e di giustizia, il ravvicinamento delle disposizioni processuali è ammissibile solo in quanto esso risulti «necessario» per il funzionamento del riconoscimento reciproco delle decisioni e dei meccanismi di cooperazione giudiziaria e di polizia. Si

<sup>65</sup> V. *retro*, § 2.

<sup>66</sup> Ci permettiamo di rinviare a G. GRASSO, *Prólogo a la edición española, Comunitades Europeas y derecho penal*, 1993, p. 22.

tratta di una significativa differenza rispetto alle previsioni in tema di ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale sostanziale che, come si dirà nel prossimo paragrafo, danno vita ad una competenza penale indiretta delle istituzioni comunitarie del tutto sganciata dalle esigenze della cooperazione giudiziaria e del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

6. *Il ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale sostanziale. La competenza penale indiretta delle istituzioni comunitarie.* – Passando a considerare l'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (T.F.U.E.), che si riferisce al ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale sostanziale, è da sottolineare che, nonostante la formulazione un po' infelice del comma 1 dell'art. 82, che sembra collegare anche il ravvicinamento delle disposizioni incriminatrici in materia penale alla cooperazione giudiziaria ed al mutuo riconoscimento delle decisioni penali, il ravvicinamento costituisce uno degli strumenti essenziali per la realizzazione di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia che possiede una sua assoluta autonomia.

Non si può trascurare d'altro canto che nella prassi operativa frequenti sono state negli ultimi anni le iniziative di armonizzazione assunte nell'ambito del III pilastro (prima ancora dell'entrata in vigore del trattato di Amsterdam), che prescindono assolutamente dalle necessità della cooperazione<sup>67</sup>; è chiaro che questo *acquis* non deve andare perduto.

Del resto il ravvicinamento assolve a delle finalità significative, che vanno ben al di là di una funzione ausiliaria e servente rispetto alla cooperazione giudiziaria<sup>68</sup>.

L'art. 83 prevede gli ambiti in cui si può realizzare il ravvicinamento delle legislazioni – che può investire sia la struttura della fattispecie che le sanzioni – distinguendo le ipotesi di *criminalità gmve di rilevanza transnazionale* da quelle in cui il ravvicinamento delle legislazioni si rivela necessario per garantire l'attuazione di una politica dell'Unione in un settore «già oggetto di misure di armonizzazione».

<sup>67</sup> Cfr. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione*, cit., pp. 3522-3523. Lo riconoscono anche DE AMICIS-IUZZOLINO, *Lo spazio*, cit., pp. 3075-3076. Diff. SOTIS, *Le novità*, in BILANCIA - D'AMICO, *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, cit., pp. 142-143.

<sup>68</sup> Cfr. in questo senso già GRASSO, *La Costituzione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., pp. 691-692.

Attraverso tali previsioni viene così consacrata la legittimità della configurazione di obblighi di armonizzazione penale di matrice europea, delineando così una esplicita *competenza penale dell'Unione Europea*<sup>69</sup>.

Non si tratta di una *diretta potestà incriminatrice delle istituzioni europee*, perché tale competenza si esercita mediante direttive che necessitano sempre dell'intervento di legislatori nazionali la cui discrezionalità viene però ad essere delimitata e circoscritta con riguardo sia ai beni giuridici da tutelare, sia alle tecniche di tale tutela, sia alla strutturazione delle fattispecie, sia alle scelte sanzionatorie. Proprio per tali caratteristiche delle competenze dell'Unione Europea è sembrato opportuno parlare di una *competenza penale indiretta*, che vincola il legislatore nazionale, ma richiede necessariamente il suo intervento<sup>70</sup>.

L'art. 83 T.F.U.E. delinea così un unico quadro organico in cui possono essere ricondotte tutte le ipotesi di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali finora conosciute: quelle di cui al I pilastro (con riguardo agli interessi propriamente sovranazionali sulla base delle indicazioni rispettate dalla sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005) e quella di cui al III pilastro (che hanno riguardato soprattutto forme di criminalità transnazionale).

È noto a questo riguardo che la dottrina penalistica italiana aveva delineato una interessante ricostruzione dei beni giuridici interessati dalla normativa dell'Unione Europea<sup>71</sup>.

Si devono distinguere a questo proposito i beni propriamente sovranazionali, e cioè, come si è accennato, i beni "istituzionali" dell'organizzazione sovranazionale e quelli collegati alle sue attività, e cioè beni in origine nazionali, ma "trasfigurati" per effetto della normativa

<sup>69</sup> In questo senso A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione Europea*, in *Dx penale e processo*, 2004, p. 5 ss.; PICOTTI, *Diritto penale comunitario*, in CANESTRARI - FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa*, cit., p. 346; SICURELLA, *La tutela "mediata" degli interessi della Costituzione europea l'armonizzazione dei sistemi penali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione Europea*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 384-385.

<sup>70</sup> Secondo TESAURO, *Diritto comunitario*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., pp. 669-670 non si tratterebbe di un atto di esercizio di una competenza penale.

<sup>71</sup> Cfr. l'approfondita indagine di SICURELLA, *Diritto penale*, cit., p. 227 ss. e p. 463 ss. Si tratta di una soluzione che era stata suggerita dal gruppo di lavoro n. X della Convenzione Europea che si era occupato delle proposte in tema di spazio di libertà, di sicurezza e giustizia (Doc. Conv. 426/02 del 2 dicembre 2002, pubblicato anche in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 221).

europea (si pensi alle materie della tutela dell'ambiente e della repressione dell'immigrazione clandestina)<sup>72</sup> dai beni che sono stati definiti «di interesse comune», e cioè beni considerati di prevalente natura nazionale ma che presentano un collegamento funzionale con la realizzazione di alcuni obiettivi dell'Unione (in particolare la realizzazione dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia); viene in considerazione soprattutto la necessità della repressione di forme di criminalità transnazionale<sup>73</sup>.

Questa distinzione tra due categorie di interessi si riflette in due distinti paragrafi dell'art. 83, il primo dedicato alla repressione di forme di criminalità transnazionale e il secondo alla tutela di interessi propriamente sovranazionali. È comunque all'interno dell'art. 83 T.F.U.E. che dovrebbero essere inquadrate tutte le ipotesi in cui dal diritto dell'Unione Europea saranno introdotti obblighi di incriminazione<sup>74</sup>.

6.1. Passando a considerare separatamente i due paragrafi è da rilevare che il primo si riferisce alle forme di «criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su base comune».

Si tratta di una formulazione abbastanza generica e imprecisa; peraltro il secondo e il terzo comma del paragrafo individuano una serie di materie inquadrabili in tale categoria (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) e ne consentono un'ulteriore estensione attraverso una decisione unanime adottata dal Consiglio previa approvazione del Parlamento europeo. È da lamentare in effetti che una tale decisione (come quella relativa all'estensione delle competenze della Procura europea) venga adottata secondo una procedura che svilisce il ruolo del Parlamento europeo, confinato alla approvazione di un testo predisposto dal Consiglio<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> V. retro, §1.1.

<sup>73</sup> SICURELLA, *Diritto penale*, cit., p. 227 ss. e p. 463 ss.

<sup>74</sup> Con l'eccezione della tutela degli interessi finanziari alla luce dell'art. 325 T.F.U.E., così si dirà più avanti nel § 10.

<sup>75</sup> Cfr. SOTIS, *Le novità*, in BILANCIA - D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, cit., p. 159; GRASSO, *La Costituzione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 696.

6.2. Si è già accennato che il 2° § dell'art. 83 si riferisce alle ipotesi di armonizzazione relative alla tutela degli interessi sovranazionali originati dalla attività delle istituzioni europee.

Non si tratta però di una conclusione del tutto pacifica, alla luce del testo dello stesso paragrafo che consente l'adozione di misure di rawicinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali solo quando esso «si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione».

La potestà di armonizzazione in materia penale sembrerebbe essere concepita, in una logica di tipo funzionale (il cui presupposto è l'indispensabilità per l'attuazione di una politica dell'Unione), come un accessorio ad una potestà di armonizzazione già intervenuta in chiave non penale.

Le conseguenze di una interpretazione letterale di tale previsione sarebbero però certamente paradossali e, nella sostanza, incomprensibili.

Se ne potrebbe per esempio dedurre che un intervento di armonizzazione in materia penale non risulta possibile nei settori di competenza esclusiva dell'Unione (ai sensi dell'art. 3 del T.F.U.E.) là dove l'Unione non interviene mai con misure di armonizzazione<sup>76</sup>.

Anche nei settori di competenza concorrente si dovrebbe escludere un intervento di armonizzazione penale quando l'Unione sia intervenuta con misure di unificazione (e non di mera armonizzazione).

La soluzione più corretta sembra essere quella di ritenere che in questi casi la competenza di armonizzazione sussista a *fortiori*<sup>77</sup>.

La disposizione dovrebbe essere quindi interpretata nel significato che risultava dalle proposte presentate dal Praesidium della Convenzione Europea (che ha predisposto il progetto di Costituzione per l'Europa), sulla base del testo predisposto dal gruppo di lavoro dedicato allo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia che in effetti consentiva il rawicinamento delle disposizioni penali relative a reati che recavano «pregiudizio ad un interesse comune, oggetto di una politica dell'Unione»<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Cfr., per delle interessanti notazioni critiche, E. RUBI - CAVAGNA, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne*, in *Revue science crim. et de droit pénal comparé*, 2009, p. 506 ss.

<sup>77</sup> Così esattamente RUBI - CAVAGNA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>78</sup> Cfr. GRASSO, *La Costituzione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 695, con riguardo all'analogia previsione contenuta nella Costituzione per l'Europa.

È da segnalare a questo riguardo che in questa prospettiva la relazione del gruppo di lavoro faceva esplicitamente riferimento alla tutela degli interessi finanziari e alle misure relative alla contraffazione dell'euro<sup>79</sup>.

Il testo del Praesidium della Convenzione presenta un duplice vantaggio.

Per un verso chiarisce l'area dell'intervento di armonizzazione estendendola a tutte le politiche dell'Unione, prescindendo da ogni (equivoco) riferimento ad una precedente armonizzazione di carattere non penale.

Per altro verso incentra il baricentro della scelta di armonizzazione penale sulla necessità di tutela da un «*interesse comune*», allontanandosi così dalla logica funzionalista e collegando le scelte di penalizzazione, in termini più corretti nella logica del penalista, alla necessità di protezione di un bene giuridico.

Se non si volesse seguire questa strada si dovrebbe allora ammettere che la potestà di intervento in materia penale dovrebbe essere riconosciuta, in aggiunta alla previsione dell'art. 83, §2, in tutti i casi in cui si consente alle istituzioni sovranazionali una potestà di azione ad ampio spettro<sup>80</sup>.

Si tratterebbe però di una soluzione che viene ammessa di regola con riguardo alla tutela degli interessi finanziari (sulla base dell'art. 325 T.F.U.E.), ma che risulterebbe di difficile accettazione al di fuori di questo ristretto ambito.

6.3. Per quel che riguarda il contenuto dell'intervento di armonizzazione è da segnalare che l'art. 83 T.F.U.E. fa riferimento all'adozione di «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni».

L'espressione, ripresa da quella contenuta nell'art. 31 del T.U.E. (nel testo precedente), vuole configurare un tale intervento in termini ridotti e limitati.

Opportunamente si rileva però che «l'espressione impiegata è tecnicamente inidonea a fornire parametri chiari e vincolanti quanto al livello di incisività e di dettaglio concesso alla normativa europea»<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Cfr. doc. 426/02, *loc. cit.*

<sup>80</sup> Per un accenno in questo senso, RUBI - CAVAGNA, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne*, cit., p. 508, nota 24.

<sup>81</sup> SICURELLA, *La tutela "mediata"*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 385.

Non credo, ad esempio, che se ne possa desumere che l'intervento di armonizzazione non possa toccare profili di parte generale implicati nella normativa di volta in volta considerata; in questo senso era stato del resto interpretato in precedenza l'art. 31 T.U.E. (sulla cui base si era intervenuto, per esempio, in materia di responsabilità da reato delle persone giuridiche).

Sarebbe invece da escludere un intervento di tipo "orizzontale" sulla parte generale, un intervento cioè sganciato dalle singole materie indicate nell'art. 83.

Risolvendo uno dei problemi sollevati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che si erano prima segnalati, l'art. 83 consente che l'intervento riguardi anche i profili relativi alle sanzioni. Si era del resto sottolineato che risulta troppo riduttivo determinare i comportamenti da sottoporre a sanzione, senza nulla prevedere in ordine alla natura o alla misura delle sanzioni (come, ad esempio è avvenuto nella direttiva concernente la disciplina dell'*insider trading*): l'obiettivo di volta in volta perseguito (ad esempio la realizzazione di un mercato europeo di capitali) può essere compromesso da una eccessiva disparità di livelli sanzionatori, pur in presenza della comune previsione della illiceità di certi comportamenti<sup>82</sup>.

6.4. Il § 3 dell'art. 83 T.F.U.E. contiene un meccanismo procedurale particolare (una sorta di "freno di emergenza"), ripreso dall'art. III - 271 della Costituzione per l'Europa (un'analogia previsione è contenuta nell'art. 82).

Si tratta di una previsione, non contenuta nel testo originario della Costituzione, ma che era stata inserita dal Consiglio Europeo del giugno 2004, sulla base di una proposta presentata dalla Presidenza irlandese.

L'art. 83 § 3 prevede in particolare che «*qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 2 incida su aspetti fondamentali del suo ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione*», sospendendo così la procedura legislativa ordinaria.

Se il Consiglio Europeo non prende alcuna decisione entro quattro mesi un terzo degli Stati membri possono chiedere d'istituire una cooperazione rafforzata. In tal caso non è necessario per tale cooperazione rafforzata la approvazione del Consiglio che si considera *iuris et de iure* concessa.

<sup>82</sup> GRASSO, *Introduzione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., pp. 75-76.

Si tratta di un meccanismo confuso e complesso che consente ad un singolo Stato di bloccare ogni possibilità di armonizzazione del diritto penale, invocando la difesa dei principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico.

Il meccanismo è farraginoso e, all'evidenza, scarsamente efficace; esso nei fatti stravolge il procedimento legislativo nelle materie in cui tale procedura particolare è prevista.

La possibile «compensazione» costituita dalla possibilità di ricorso ad una «cooperazione rafforzata» in forme semplificate non sembra né efficiente né efficace perché, come è stato esattamente notato, un processo di armonizzazione 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>83</sup>.

7. *I problemi connessi al rispetto del principio di legalità.* – Uno dei profili critici che erano stati sottolineati commentando la sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005<sup>84</sup> aveva riguardato il rispetto del principio di legalità che, com'è noto, costituisce espressione di un diritto fondamentale tutelato a livello europeo, risultato questo al quale bisogna pervenire sia sulla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e delle previsioni dell'art. 7 della Convenzione europea, sia sulla base dell'esplicita consacrazione nella Carta dei diritti fondamentali, sia alla luce di una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>85</sup>.

È chiaro che analoghe considerazioni possono essere formulate con riguardo alle previsioni dell'art. 83 T.F.U.E.

A questo riguardo l'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni nella causa «ambiente», aveva dato una risposta non equivoca alla questione, richiamando alcune posizioni della dottrina

<sup>83</sup> Così SOTIS, *Le novità*, in BILANCIA - D'AMICO, (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 150.

<sup>84</sup> Cfr. *retro*, § 2.

<sup>85</sup> Cfr., per tutti, BERNARDI, *All'indomani di Lisbona*, cit., *passim*; G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in diritto penale degli obblighi comunitari*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 288; G.M. VAGLIASINDI, *Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 277; G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. diritti uomo*, 1991, p. 631; RIONDATO, *Competenza penale*, cit., p. 156 ss.; C. HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. int. diritto provato e processuale*, 2006, p. 972 ss.

italiana più antica: «il principio *nullum crimen sine lege* rimane intatto, in quanto l'armonizzazione comunitaria richiede l'intervento dei parlamenti nazionali ai fini della definitiva integrazione delle disposizioni esterne nei rispettivi ordinamenti giuridici»<sup>86</sup>.

È chiaro però che una tale giustificazione consente di rispettare il principio di legalità nella sua dimensione formale; da un punto di vista sostanziale si potrebbe obiettare che l'intervento del legislatore nazionale è oggetto di un preciso obbligo, sicché la scelta dei beni meritevoli di protezione e della natura della tutela (penale o no) viene trasferita nell'ordinamento sovranazionale. È stato correttamente rilevato che *d'opzione fondamentale di politica criminale relativa al livello di tutela, e quindi alla scelta tra sanzione penale e strumenti alternativi di tutela, viene demandata alle istituzioni comunitarie*<sup>87</sup>.

Si è così lamentata una sostanziale lesione del principio di legalità perché in tale modo si vanifica «la garanzia democratica del processo genetico delle norme penali, perché al Parlamento nazionale verrebbe di fatto sottratto il potere di valutare autonomamente i presupposti politico-criminali che rendono necessario il ricorso alla tutela penale»<sup>88</sup>.

A ben vedere tali considerazioni non appaiono del tutto convincenti per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo è certo che il legislatore nazionale potrebbe sempre sottrarsi d'adempimento dell'obbligo di incriminazione<sup>89</sup>; d'altro canto l'inadempimento del legislatore italiano non potrebbe ricevere alcuna sanzione nel diritto interno perché «il giudice delle leggi non può evidentemente sanzionare un'omissione legislativa»<sup>90</sup>. Ricorda correttamente Tesauro che una giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia ha escluso che una direttiva non attuata (o attuata in modo inesatto o incompleto) possa avere l'effetto di creare, estendere o aggravare la responsabilità penale dell'individuo<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 26 maggio 2005, § 77; nello stesso senso SOTIS, *Le novità*, in BILANCIA - D'AMICO, (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 151; Tesauro, *Diritto comunitario*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 670.

<sup>87</sup> Così HONORATI, *La comunitarizzazione*, cit., p. 967.

<sup>88</sup> G. FIANDACA E E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, Bologna, 2006, p. 70.

<sup>89</sup> Cfr. DE VERO, *Limiti*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., pp. 291-292.

<sup>90</sup> Così DE VERO, *Limiti*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 292.

<sup>91</sup> TESAURO, *Diritto comunitario*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 670.

In secondo luogo il rispetto del principio di legalità non deve essere esaminato in un'ottica, per così dire, "statocentrica"; esso, di conseguenza, non esclude che competenze in materia penale possano essere trasferite ad una istituzione sovranazionale sulla base della copertura costituzionale offerta dall'art. 11. In effetti l'art. 11 della Costituzione consente delle limitazioni di sovranità e quindi un trasferimento di competenze anche in materia penale; si richiede però in termini generali che le limitazioni di sovranità avvengano nel rispetto delle scelte fondamentali caratterizzanti il sistema costituzionale<sup>92</sup>.

In materia penale ciò implica la necessità che quell'insieme di limiti e di garanzie, che caratterizzano il sistema penale di uno Stato di diritto e che rappresentano un momento essenziale dei rapporti tra autorità e libertà (anzitutto quindi il principio di legalità), costituiscano una componente ineliminabile di quel nucleo di principi fondamentali che debbono necessariamente riflettersi nella struttura costituzionale dell'organizzazione sovranazionale alla quale sia conferita una potestà penale<sup>93</sup>.

In questa prospettiva allora il rispetto del principio di legalità non esclude una competenza penale della Comunità, ma esige che esso sia - nella sostanza - rispettato nell'ordinamento sovranazionale.

La questione si collega così - mi sembra - a quella ben nota del c.d. deficit democratico delle istituzioni europee.

In relazione alla questione qui esaminata si tratta di valutare se l'ordinamento sovranazionale rispetti il principio di legalità in una dimensione sufficiente a giustificare la competenza penale indiretta attribuita alle istituzioni europee; è chiaro infatti che il livello di democrazia richiesto alla struttura istituzionale dell'organizzazione sovranazionale è tanto maggiore quanto più incisivi sono i poteri ad essa accordati<sup>94</sup>.

Sotto questo profilo è opportuno sottolineare che la competenza penale indiretta a cui si fa qui riferimento prevede, alla luce del trattato di Lisbona, un triplice livello di partecipazione dell'istituzione parlamentare<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> Per una più ampia considerazione del problema ci permettiamo di rinviare a GRASSO, *Comunità europee*, cit., p. 63 ss.

<sup>93</sup> GRASSO, *Comunità europee*, cit., p. 77 ss.

<sup>94</sup> Si tratta di un'affermazione opportunamente sottolineata dal *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza sul trattato di Lisbona, già citata, §261.

<sup>95</sup> Si veda l'ampia e approfondita indagine di BERNARDI, *All'indomani*, cit., *passim*.

Nella c.d. fase ascendente del processo legislativo vi è una partecipazione dei Parlamenti nazionali, in particolare con riguardo al rispetto del principio di sussidiarietà<sup>96</sup>.

Inoltre nella procedura legislativa ordinaria prevista dal trattato di Lisbona il Parlamento europeo non possiede solo un potere di veto, ma rappresenta un "colegislatore", in posizione pariordinata rispetto al Consiglio.

Infine vi è la fase successiva, già ricordata, costituita dall'intervento dei Parlamenti nazionali, in mancanza del quale le norme incriminatrici (pur vincolate in tutto o in parte) non vengono ad esistenza.

Non si può d'altro canto trascurare che l'intervento del Parlamento europeo (e delle istituzioni europee) si innesta su un complessivo assetto valoristico che trova nell'art. 6 del T.U.E. la sua esplicita consacrazione e che, come si è avuto modo di segnalare, consente talvolta l'incremento della tutela dei diritti fondamentali nei sistemi giuridici degli Stati membri.

Sotto questo profilo è possibile concludere che, con riguardo alla competenza penale indiretta qui considerata, il problema del deficit democratico deve ritenersi superato<sup>97</sup>.

Non si possono certo trascurare le questioni che, in termini generali, sono state sollevate con riguardo alla legittimazione democratica delle istituzioni europee e che investono sia le caratteristiche del controllo politico esercitato dal Parlamento europeo, che non presenta le caratteristiche tipiche del controllo politico proprio del Parlamento in un paese democratico<sup>98</sup>, sia la composizione del Parlamento europeo, che non rispetterebbe il principio di uguaglianza del voto<sup>99</sup>, sia le stesse caratteristiche del procedimento legislativo europeo.

Si tratta di questioni certamente serie che per altro non tengono forse conto della circostanza che la specificità dell'ordinamento del-

<sup>96</sup> Esattamente A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Diritto penale e processo*, 2204, p. 9.

<sup>97</sup> In questo senso v. DE VERO, *Limiti*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 291; GRASSO, *Relazione introduttiva*, *ivi*, cit., p. 5 ss. e pp. 20-21; SICURELLA, *Il Corpus Juris come modello per la definizione di un sistema penale europeo*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 739 ss.

<sup>98</sup> In questo senso U. DRAETTA, *L'unione Europea tra processo costituente e sovranità nazionale*, in U. DRAETTA - N. PARISI - D. RINOLDI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Principio fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, 2007, p. 15.

<sup>99</sup> Cfr. J.M. SILVA SANCHEZ, *Principio di legalidad y legislación penal europea: una convergencia imposible*, in L. ARROYO ZAPATERO - A. NIETO (a cura di), *El derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, 2007, p. 79.

l'Unione Europea rende incongrua una verifica della legittimazione democratica effettuata sulla base di parametri del tutto identici a quelli applicabili ad un ordinamento statale<sup>100</sup>.

In ogni caso le questioni sollevate non inficiano la conclusione raggiunta che, come si è detto, non riguarda una diretta potestà di incriminazione delle istituzioni sovranazionali, ma la competenza penale indiretta nei termini descritti.

Resta aperto il problema se, come sottolineato dalla Corte costituzionale tedesca, un incremento della integrazione in materia penale richiede che il livello di legittimazione democratica sia commisurato e corrispondente «all'estensione e al peso del potere sovranazionale di regolamentazione»<sup>101</sup>. In altre parole la configurazione di un vero e proprio sistema penale sovranazionale potrebbe richiedere un incremento del ruolo del Parlamento europeo e, soprattutto, un diverso raccordo tra questa istituzione e la società civile per garantire una maggiore rappresentatività democratica della istituzione parlamentare<sup>102</sup>.

8. *I principi di politica criminale da applicare nell'esercizio di tale competenza.* – Esaminando i profili critici della sentenza «ambiente» del 13 settembre 2005 si era sottolineata una ulteriore insufficienza della sentenza in ordine alla individuazione dei presupposti di legittimazione di quella competenza penale indiretta che la sentenza stessa contribuiva a delineare<sup>103</sup>.

Si era esattamente rilevato che l'espressione impiegata nella sentenza per giustificare l'intervento sovranazionale e cioè «la necessità delle misure previste per garantire l'efficacia della normativa comunitaria» è espressione di una logica funzionalista che non appare certo sufficiente per legittimare la scelta della sanzione penale<sup>104</sup>.

Analoghe considerazioni debbono essere formulate con riguardo alle previsioni dell'art. 83 T.F.U.E.

<sup>100</sup> Così SICURELLA, «Eppur si muove», in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 223; ID., *Il Corpus Juris*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., pp. 738-739.

<sup>101</sup> Si tratta di una affermazione contenuta nella sentenza sul trattato di Lisbona, già citata, §262.

<sup>102</sup> Per un più ampio approfondimento dell'assunto v. SICURELLA, *Il Corpus Juris*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 740 ss.

<sup>103</sup> Cfr., per tutti, SICURELLA, *Diritto penale*, cit., p. 211 ss.; HONORATI, *La comunitarizzazione*, cit., p. 967.

<sup>104</sup> Così HONORATI, *op loc ult cit*

In effetti il primo paragrafo dell'articolo è del tutto silente quanto ai presupposti di legittimazione dell'intervento sovranazionale.

Il secondo paragrafo fa riferimento esclusivamente alla «*indispensabilità*» per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione, espressione questa che certamente si colloca in una logica funzionalista<sup>105</sup> e che non appare adeguata a garantire al diritto penale quel suo carattere «di strumento sussidiario di protezione di beni giuridici»<sup>106</sup>.

Da qui il timore ripetutamente espresso che questa competenza pende indiretta, desumibile dalla sentenza della Corte di Giustizia e espressamente prevista nel Trattato di Lisbona, possa condurre ad una irrefrenabile dilatazione del diritto pende accessorio<sup>107</sup>.

Si tratta di preoccupazioni che sono state, in definitiva, smentite (o comunque ridimensionate), dai primi interventi del legislatore comunitario in questa direzione (si pensi alla direttiva-relativa alla protezione dell'ambiente mediante il diritto penale, su cui si ritornerà più avanti), ma che hanno giustamente condotto alla elaborazione di un embrione di politica criminale europea, alla quale hanno contribuito per un verso interessanti lavori della dottrina<sup>108</sup>, ma anche alcune prese di posizione delle istituzioni sovranazionali che, pur non senza ambiguità, sembrano andare nella giusta direzione. Devono essere citate a quest'ultimo riguardo innanzitutto le conclusioni del Consiglio Giustizia e Affari Interni del 30 novembre 2009, aventi ad oggetto «*Model provisions, guiding the Council criminal law deliberations*».

Un dato deve essere comunque chiaro: la competenza penale (sia pur indiretta) delle istituzioni europee deve necessariamente essere ancorata ai presupposti che di regola condizionano l'attività di penalizzazione in uno Stato di diritto<sup>109</sup>.

In questa prospettiva, che sarà più ampiamente sviluppata successivamente, allora il requisito della «*indispensabilità*» per l'attuazione

<sup>105</sup> Così, per esempio, SICURELLA «Eppur si muove», in GRASSO - SICURELLA, (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 276.

<sup>106</sup> SOTIS, *Le novità*, in BILANCIA - D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, cit., p. 148.

<sup>107</sup> Cfr., per tutti, H. SATZGER, *Der Mangel an Europäischer Kriminalpolitik Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftlergruppe «European Criminal Policy Initiative»*, in *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, p. 693.

<sup>108</sup> Si possono citare a questo riguardo i molteplici contributi di SICURELLA (ad es. «Eppur si muove», cit., p. 232 ss.; *Il Corpus Juris*, cit., p. 711 ss.) e il *Manifesto sulla politica criminale europea European Criminal Policy Initiative*, predisposto da un autorevole gruppo di penalisti europei e pubblicato in *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, p. 737 ss.

<sup>109</sup> Si vedano le riflessioni contenute nel Manifesto, cit., *loc cit*

di una politica dell'Unione costituisce un requisito perfettamente coerente con le esigenze proprie dell'ordinamento sovranazionale (alla luce, in particolare del principio di sussidiarietà), che non esaurisce, per altro, i presupposti politico criminali dell'attività di penalizzazione.

Si tratta quindi di una valutazione che risulta preliminare rispetto alla tradizionale considerazione dei presupposti dell'intervento penalistico poiché, come è stato correttamente sottolineato, solo in presenza di una provata necessità dell'intervento penale per il raggiungimento degli obiettivi istituzionali dell'Unione, il legislatore sovranazionale sarà chiamato a confrontarsi con i tradizionali criteri che orientano la politica criminale di uno Stato di diritto, secolarizzato e liberale<sup>110</sup>.

Chiarito, ed in un certo senso ridimensionato, il significato dell'inciso contenuto nell'art. 83, § 2 e nelle sentenze della Corte di Giustizia che hanno contribuito a delineare la competenza penale indiretta *de qua*, passiamo a considerare, sulla base delle indicazioni istituzionali e degli importanti contributi della dottrina intervenuta sul punto, le linee generali di una politica criminale dell'Unione Europea.

Il primo presupposto da richiedere è che il comportamento da sottoporre a sanzione appaia lesivo di un bene giuridico.

Proprio le conclusioni del Consiglio, che si sono prima citate, sottolineano che le disposizioni penali debbono essere introdotte nella prospettiva di una tutela necessaria dei beni giuridici.

Anche le conclusioni degli Avvocati Ruiz-Jarabo Colomer e Mazak, rispettivamente nella causa C-176/03 (presentate il 26 maggio 2005) e nella causa C-440/05 (presentate il 28 giugno 2007), hanno ribadito, come è stato esattamente sottolineato<sup>111</sup>, che il diritto penale è uno strumento che viene utilizzato per la protezione dei beni e dei valori essenziali per una società e che la competenza penale delle istituzioni comunitarie deve muoversi nella stessa prospettiva.

L'accertamento di un tale requisito appare certamente essenziale per le ipotesi relative alla tutela di un bene sovranazionale (le ipotesi di cui al secondo paragrafo), in cui bisogna individuare esattamente il bene assunto ad oggetto della tutela.

È un requisito che sembra assumere una importanza minore con riguardo alle ipotesi del primo paragrafo in cui il riferimento a forme di criminalità «grave» consente di ritenere, almeno di regola, che i com-

<sup>110</sup> In questo senso SICURELLA, *Il Corpus Juris*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 723.

<sup>111</sup> SICURELLA, "Eppur si muove", in GRASSO - SICURELLA, (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 249 ss.

portamenti da incriminare siano già sanzionati precedentemente nei diversi Stati membri<sup>112</sup>; sotto questo profilo si dovrebbe ritenere che l'intervento sovranazionale dovrebbe mirare più all'armonizzazione di disposizioni sanzionatorie nazionali già esistenti, piuttosto che all'introduzione *ex novo* di un quadro sanzionatorio omogeneo e coerente (obiettivo normalmente perseguito invece con gli interventi *ex § 2*).

Nella prospettiva della tutela necessaria di un bene giuridico occorre che il legislatore sovranazionale, al momento in cui obbliga gli Stati alla incriminazione di un certo comportamento, accerti che esso sia, almeno indirettamente, idoneo a ledere (o porre in pericolo) il bene assunto ad oggetto della protezione. Si tratta a ben vedere di un accertamento che non è certamente estraneo al procedimento legislativo dell'Unione Europea, dal momento che esso si arricchisce di puntuali valutazioni di impatto.

Anche in questa ipotesi bisogna ribadire la validità dell'affermazione formulata qualche anno fa da Günther: «se un comportamento penalmente sanzionato fosse privo, in contrasto con la valutazione operata dal legislatore penale, delle conseguenze socialmente dannose presupposte, la criminalizzazione di una tale forma comportamentale mancherebbe al suo scopo e si rivelerebbe quindi non necessaria»<sup>113</sup>.

Ciò non esclude naturalmente che il legislatore possa sanzionare penalmente anche condotte per cui sussista un indizio di pericolosità per un bene di rilevante valore senza che esista una conferma scientifica della relazione causale tra le due entità. Si tratta piuttosto in questo caso di operare una valutazione dei differenti fattori in gioco, quali l'importanza del bene giuridico minacciato, il grado di probabilità del verificarsi del danno, la rilevanza della limitazione della libertà imposta al singolo attraverso il divieto di una certa condotta<sup>114</sup>; il fondamento empirico della penalizzazione di una certa condotta può dunque essere costituito da un dubbio scientificamente fondato sulla pericolosità della condotta per un bene giuridico meritevole di tutela penale<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> SOTIS, *Le novità*, in BILANCIA - D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, cit., pp. 147-148.

<sup>113</sup> Così H.L. GÜNTHER, *Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgeseztgebungslehre*, in *Juristische Schulung*, 1978, pp. 9-10.

<sup>114</sup> GÜNTHER, *op. cit.*, pp. 10-11; G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 74-75; D. PULITANO, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, pp. 168-169.

<sup>115</sup> PULITANO, *Bene giuridico*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., p. 169.

Assolutamente essenziale risulta poi il richiamo al principio di *extrema ratio* il cui valore è stato ribadito sia nelle citate conclusioni della Presidenza, sia nello stesso Programma di Stoccolma<sup>116</sup>.

Collegato di solito, nella dottrina italiana al valore centrale della libertà personale nel sistema costituzionale<sup>117</sup>, il principio di sussidiarietà penale costituisce in effetti un'applicazione e un corollario di quel più generale principio di proporzione (di quell'esigenza di comparazione tra le finalità politico-criminali perseguite attraverso le comminatorie penali e possibili effetti negativi che un tale intervento comporta per i diritti fondamentali dell'individuo<sup>118</sup>) che caratterizza il sistema costituzionale di uno Stato di diritto<sup>119</sup>; solo in quest'ultima prospettiva è possibile cogliere tutte le implicazioni del principio di sussidiarietà che, come è stato esattamente rilevato, «non si esaurisce nella risposta alla questione se la criminalizzazione di un comportamento sia necessaria in termini generali. Piuttosto esso ricomprende anche la questione ulteriore, collegata alla prima, del sino a che punto, in presenza dell'affermazione di principio di un bisogno di penalizzazione, la criminalizzazione di certe forme comportamentali debba configurarsi in concreto»<sup>120</sup>.

Nelle decisioni di penalizzazione riconducibili all'Unione Europea due profili sembrano assumere a questo riguardo valore cruciale.

In primo luogo occorre chiedersi quale sia il *valore aggiunto* dell'intervento penale rispetto ad altre tipologie di misure<sup>121</sup>; in particolare vengono in considerazione le sanzioni amministrative di carattere punitivo che l'ordinamento giuridico della Unione Europea già ampiamente conosce, che si articolano in diverse categorie, già oggetto di at-

<sup>116</sup> Il programma di Stoccolma. Un'Europa aperta e sicura al servizio dei cittadini (doc. 14449/09) prevede al § 3.3.1 che «si dovrebbe ricorrere alle disposizioni del diritto penale soltanto laddove se ne ravvisi la necessità per tutelare gli interessi che altrimenti non sarebbero sufficientemente protetti».

<sup>117</sup> Così, per esempio, E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 611-612.

<sup>118</sup> Sul principio di proporzione (o proporzionalità) cfr., in termini generali, l'importante lavoro di L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, 1981, *passim*.

<sup>119</sup> Così ad es., BVerfG, 25 febbraio 1975, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 39 (1975), pp. 45-47. Cfr. inoltre Günther, *Die Genese*, cit., pp. 11-12.

<sup>120</sup> Così GÜNTHER, *op. cit.*, p. 12.

<sup>121</sup> Si tratta di un punto opportunamente sottolineato dalle già citate conclusioni della Presidenza.

tenta considerazione<sup>122</sup>, e che potrebbero conoscere una ulteriore estensione<sup>123</sup>.

Il secondo profilo da considerare, nell'ottica delle *extrema ratio* è quella della equivalenza della tutela di un certo interesse nei differenti Stati membri, profilo la cui valenza è stata espressamente richiamata, con riguardo alla tutela degli interessi finanziari, dall'art. 325 T.F.U.E. (che ripete in questo punto le previsioni dell'art. 280 TCE).

È chiaro che una diversità nel livello di tutela di uno stesso interesse nei diversi Stati membri può compromettere l'obiettivo perseguito da una certa previsione normativa o, addirittura, conseguire effetti distorsivi della concorrenza; ad esempio in materia ambientale si è correttamente rilevato che «le diversità delle previsioni concernenti le conseguenze sanzionatorie delle violazioni ambientali si sostanziano in una sensibile divaricazione del rischio penale che, a fronte dei comportamenti di identico disvalore, non risulta giustificata»<sup>124</sup>.

È chiaro che le valutazioni in ordine alla equivalenza della tutela nei diversi Stati membri debbono necessariamente venire in gioco nella considerazione del rispetto del principio di *extrema ratio*.

Viene infine in rilievo il rispetto del principio di proporzione, un principio saldamente radicato nell'ordinamento dell'Unione Europea, consolidato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e consacrato, proprio con riguardo ai profili penalistici, dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali. Il principio di proporzione impone di valutare se l'azione tipica costituisca una «sufficiente compromissione» del bene oggetto di tutela; sotto questo profilo si dovrebbe ritenere che la penalizzazione di condotte che costituiscono forme di aggressione molto remote (anche se non inconsistenti) al bene oggetto di tutela si giustifichi solo con riguardo ai beni dotati di un rango assai elevato nel sistema dei valori costituzionali<sup>125</sup>.

Opportunamente le conclusioni del Consiglio prima richiamate sottolineano la necessità di una particolare cautela nel ricorso al mo-

<sup>122</sup> Sul sistema sanzionatorio amministrativo dell'Unione Europea v. l'approfondita indagine di MAUGERI, *I principi fondamentali*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., *passim*.

<sup>123</sup> Si tratta di un profilo opportunamente sottolineato da SICURELLA, «Eppur si muove», in GRASSO - SICURELLA, (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 256 ss.

<sup>124</sup> Così G.M. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99 CE e il trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano*, 2010, p. 482.

<sup>125</sup> Ci permettiamo di rinviare a G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 723.

dello del "pericolo astratto", che dovrebbe giustificarsi solo in virtù del particolare valore del bene assunto ad oggetto della tutela.

I primi interventi delle istituzioni dell'Unione Europea in cui si è esercitata la competenza penale indiretta qui individuata inducono a ritenere che il legislatore sovranazionale, lungi dall'incamminarsi nel sentiero della penalizzazione, ha proceduto ad una valutazione attenta dei criteri di politica criminale da utilizzare<sup>126</sup>.

Così in materia ambientale la direttiva 2088/99 non solo si collega alla tutela di un bene che certamente presenta un rilievo sovranazionale<sup>127</sup>, ma, discostandosi in ciò dalle proposte presentate dalla Commissione, colloca gli obblighi di incriminazione nell'ottica della necessaria lesione (o messa in pericolo) del bene assunto ad oggetto della tutela, richiedendo che le condotte illecite non solo costituiscono violazione delle regolamentazioni amministrative ma anche che esse «provocano o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque ovvero alla fauna o alla flora» [così, ad esempio, l'art. 3 lett. a)]<sup>128</sup>.

Anche con riguardo al rispetto del principio di *extrema ratio* e di proporzione si è rilevato che le previsioni della direttiva limitano la criminalizzazione a comportamenti commessi intenzionalmente o per colpa grave<sup>129</sup>.

In conclusione è possibile rilevare che «nell'impostazione della direttiva 2008/99 la previsione di reati ambientali sia in realtà meno ispirata all'idea di un diritto penale accessorio o sanzionatorio di quanto accada, invece, nella legislazione penale ambientale nazionale, dove la sanzione penale interviene pressoché costantemente in funzione sanzionatoria di violazioni di carattere amministrativo»<sup>130</sup>.

#### 9. La regolamentazione della Procura Europea. Competenza penale "diretta" dell'Unione Europea? – Raccogliendo una delle più significa-

<sup>126</sup> Si tratta di un dato opportunamente sottolineato dal *Manifesto*, cit., p. 742 ss.

<sup>127</sup> Come sottolineato nelle sue conclusioni nella causa C-176/03 dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer.

<sup>128</sup> Si tratta di un dato messo in luce da G.M. VAGLIASINDI, *Tutela dell'ambiente e obblighi di penalizzazione di fonte europea*, in corso di pubblicazione in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*. Atti del Seminario svoltosi a Catania il 28 e 29 maggio, 2010, p. 6 (datt.).

<sup>129</sup> VAGLIASINDI, *Tutela*, cit., p. 8 (datt.).

<sup>130</sup> Così VAGLIASINDI, *Tutela*, cit., p. 10

tive proposte contenute nel progetto «*Corpus Juris*», l'art. 86 del T.F.U.E. prevede che un regolamento europeo adottato secondo una procedura legislativa speciale (voto unanime del Consiglio e approvazione del Parlamento europeo), possa istituire una Procura europea «per combattere i reati che ledono gli interessi finanziati dell'Unione»<sup>131</sup>.

È da ricordare, a questo riguardo, che la competenza del Procuratore europeo, nel testo predisposto dalla Convenzione europea che aveva elaborato il progetto di Costituzione per l'Europa (che conteneva un'analoga previsione), non era limitata alla tutela degli interessi finanziari ma comprendeva anche «la lotta alla criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale»; quest'ultima competenza è stata soppressa nel corso dei lavori preparatori della Costituzione.

L'art. 86 prevede però che il Consiglio Europeo (contemporaneamente o successivamente alla decisione di istituire la Procura Europea) possa modificare le competenze estendendole anche «alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale», così come originariamente previsto nel progetto di Costituzione per l'Europa.

Da segnalare che la decisione deve essere adottata all'unanimità dal Consiglio europeo previa approvazione del Parlamento europeo. Non si può che lamentare che l'art. 86 T.F.U.E., tanto con riguardo al regolamento istitutivo della Procura europea, quanto con riguardo alla decisione che ne estende le competenze, si discosta dalla procedura legislativa ordinaria, circoscrivendo il ruolo del Parlamento europeo, che dovrebbe limitarsi ad «approvare» le decisioni del Consiglio (o, rispettivamente, del Consiglio Europeo), e che non disporrebbe dei poteri che caratterizzano normalmente il suo ruolo di colegislatore (ad es. al Parlamento europeo verrebbe sottratto il potere di apportare modifiche al testo)<sup>132</sup>.

Si è già segnalato il rapporto esistente tra l'art. 86 e le proposte formulate nel *Corpus Juris*. Va soltanto messo in luce però che, a differenza delle previsioni del *Corpus Juris*, il Procuratore europeo delineato dal trattato non rappresenta un organo giudiziario sovranazio-

<sup>131</sup> Il collegamento tra le previsioni dell'art. 86 e le proposte del *Corpus Juris* è sottolineato da SOTIS, *Le novità*, in BILANCIA - D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, cit., p. 158 ss.

<sup>132</sup> Cfr. GRASSO, *La Costituzione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 696; SOTIS, *Le novità*, in BILANCIA - D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, cit., pp. 159-160

nale a cui corrisponde una unificazione – se pure limitata – del diritto penale sostanziale (ovvero la configurazione di un sistema penale europeo); il Procuratore dovrebbe essere il *dominus* della fase delle indagini preliminari (nelle materie affidate alle sue competenze), mentre egli eserciterebbe l'azione-penale dinanzi agli organismi competenti degli Stati membri che applicheranno le disposizioni sostanziali e processuale proprie del relativo sistema giuridico. A questo riguardo è da segnalare che il regolamento destinato ad introdurre la Procura europea dovrebbe però non solo stabilire il relativo statuto, ma anche le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alla sua attività e all'ammissibilità delle prove e le regole relative al controllo giurisdizionale degli atti del Procuratore Europeo. In questa prospettiva la creazione di tale organo sovranazionale dovrebbe comportare la configurazione di un vero e proprio *corpus* di regole applicabili alla fase delle indagini preliminari, così da delineare un sistema processuale europeo (anche se limitato a tale fase processuale e ad una categoria particolare di reati)<sup>133</sup>.

Va aggiunto però che una parte della dottrina, basandosi sulla formulazione del secondo paragrafo dell'articolo, che afferma che il regolamento istitutivo della Procura europea dovrebbe «definire» i reati che ledono gli interessi finanziari, ha ritenuto che la previsione delineerebbe «una competenza esplicita dell'Unione ad un intervento diretto in materia penale»<sup>134</sup>.

Con riguardo alla tutela degli interessi finanziari non sarebbe più prevista una competenza penale indiretta (come avviene nell'art. 83), ma si dovrebbe parlare di una vera e propria *competenza* penale diretta.

In un'analoga prospettiva si è fatto riferimento all'esistenza di una «competenza penale quasi diretta» che si limiterebbe alla descrizione delle norme incriminatrici, ma che rinvierebbe ai legislatori nazionali per la determinazione delle sanzioni applicabili<sup>135</sup>.

Si tratta di una conclusione che risulta difficilmente accettabile, perché la previsione di un intervento diretto in materia penale (di di-

<sup>133</sup> GRASSO, *La Costituzione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 698.

<sup>134</sup> Così L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive di attuazione alla luce del progetto di Costituzione europea*, in ID (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, p. 80.

<sup>135</sup> In questo senso SOTIS, *Le novità*, in BILANCIA - D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 161, secondo il quale a livello sovranazionale potrebbero essere definite non le incriminatorie edittali, ma gli «standard di riferimento» delle sanzioni che potrebbero per altro essere molto puntuali. puntuali.

mensioni più o meno estese) risulterebbe «eversiva» degli attuali rapporti tra diritto dell'Unione Europea e diritto penale e richiederebbe una base giuridica chiara e non ambigua che non può essere certamente costituita dall'art. 86. A questo proposito si deve rilevare che l'esperienza storica insegna che quando nei trattati istitutivi si è voluto dar vita ad un sistema penale sovranazionale lo si è fatto attraverso previsioni chiare e univoche prevedendo nel contempo una serie di disposizioni processuali da applicare e una serie di principi generali da rispettare; così, nel trattato istitutivo della CED la competenza penale era esplicitamente prevista negli artt. 18, 19 e 30 del Protocollo Giurisdizionale, vi era inoltre un'articolata disciplina processuale di carattere transitorio in attesa dell'emanazione di una regolamentazione sovranazionale ed era previsto un protocollo contenente i «principi generali» del diritto penale militare europeo<sup>136</sup>.

Facendo riferimento ad un periodo più recente, si è rilevato che nel corso della conferenza intergovernativa di Nizza la Commissione aveva proposto di inserire un nuovo art. 280-bis del trattato CE, volto a garantire l'introduzione nel sistema istituzionale comunitario di un Pubblico Ministero Europeo, e rinviava ad un atto di diritto comunitario derivato per la definizione delle «norme fissanti gli elementi costitutivi delle fattispecie e le pene»<sup>137</sup>; una conferma estremamente chiara che una competenza penale delle istituzioni sovranazionali in ordine alla descrizione delle fattispecie penali richiede una previsione non equivoca.

Ora, l'espressione impiegata nell'art. 86 (relativa alla definizione dei reati) può ben essere interpretata nel senso che il regolamento debba «individuare» i reati ai quali si estende la competenza sovranazionale<sup>138</sup>. Si è correttamente rilevato al riguardo che «nel panorama degli strumenti europei, infatti, il termine "definire", lungi dal rimandare al significato suo proprio di descrizione del tipo criminoso – su

<sup>136</sup> Sulle previsioni del Trattato CED cfr. H.H. JESCHECK, *Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften*, in *ZStW*, 65 (1953), p. 501; ID., *Das Strafrecht der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft*, in *ZStW*, 65 (1953), p. 118 ss.; J. GILISSEN, *L'application des lois pénales aux militaires à l'étranger dans les rapports intraeuropéens*, in *Droit pénal européen*, Bruxelles, 1970, p. 300; GRASSO, *Comunità europee*, cit., p. 42 ss.

<sup>137</sup> Così SICURELLA, *La tutela "mediata"*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 392.

<sup>138</sup> Ci permettiamo di rinviare a GRASSO, *La Costituzione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 697.

cui di contro fa leva l'interpretazione qui in esame – risulta per lo più impiegato riduttivamente quale mera indicazione del nomen iuris comunemente attribuito a certe condotte»<sup>139</sup>.

L'ambiguità delle espressioni impiegate nell'art. 86 è confermata da Sotis, che rileva che nelle versioni linguistiche francese e spagnola del trattato il participio passato «definiti» non si riferisce ai «reati», ma agli interessi finanziari<sup>140</sup>; da qui l'esclusione di qualunque riferimento ad un potere di descrizione delle fattispecie penali che vengono in considerazione.

Va infine segnalato che l'art. 86 T.F.U.E. non crea una Procura Europea, ma si limita a individuare una base giuridica per la sua creazione (che, come si è visto, richiede l'unanimità del Consiglio, oltre che l'approvazione da parte del Parlamento europeo).

Tenendo conto della prevedibile contrarietà di alcuni Stati membri al riguardo, acquista un particolare valore il co. 3 del § 1 dell'articolo che consente l'instaurazione di un meccanismo di cooperazione rafforzata da parte di alcuni Stati membri (per introdurre la Procura europea), se sul progetto di regolamento presentato non si raggiunge l'unanimità richiesta.

A differenza di quanto si è rilevato con riguardo alle previsioni contenute nell'art. 83<sup>141</sup>, qui può avere un senso sperimentare il nuovo istituto (la Procura Europea) in un ambito territoriale più limitato, per estenderlo ad altri Stati in caso di successo dell'iniziativa.

Le prime discussioni sull'argomento, sollecitate dalla Presidenza spagnola, sono state volte proprio a considerare gli sviluppi che si profilavano in questa direzione.

Pur non potendo prevedere se e quando la Procura Europea possa essere creata è da sottolineare che la previsione conferma il ruolo particolare che la tutela degli interessi finanziari acquisisce nel sistema dell'Unione Europea.

Del resto la protezione degli interessi finanziari ha consentito la cristallizzazione di uno specifico *acquis*, che comprende anzitutto uno specifico sistema sanzionatorio di carattere amministrativo che pre-

<sup>139</sup> SICURELLA, *La tutela "mediata"*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 392.

<sup>140</sup> C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, in *Cass., pen.*, 2010, pp. 1163-1164 il quale rileva che, nelle versioni francesi e spagnole, il participio passato «definiti» (di genere maschile) non può riferirsi ai «reati», che in tal lingua sono di genere femminile, ma solo agli «interessi finanziari».

<sup>141</sup> V. *retro*, § 6.4.

senta una sua "parte generale" (sia pur limitata), costituita dal regolamento 2988/95<sup>142</sup>.

Alla tutela degli interessi finanziari è dedicata anche una delle più significative iniziative di armonizzazione realizzate nell'ambito del III Pilastro, e cioè la Convenzione PIF con i suoi Protocolli addizionali.

Dalla tutela degli interessi finanziari muovono le più significative sentenze della Corte di Giustizia che hanno delineato le linee essenziali del modello di protezione dei beni giuridici dell'Unione Europea<sup>143</sup>.

Non deve stupire che il trattato di Lisbona assegni alla tutela degli interessi finanziari un ruolo particolare.

10. *La tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Spunti di riflessione critica.* – Tale ruolo particolare della tutela degli interessi finanziari trova un'ulteriore espressione nell'art. 325 T.F.U.E., che rimodella parzialmente il precedente art. 280 T.U.E.

È da chiedersi ora, quale sia il ruolo della previsione in un sistema che già prevede all'art. 83 una potestà di ravvicinamento delle legislazioni penali<sup>144</sup>.

Io credo che la previsione *de qua* consenta una armonizzazione delle disposizioni penali in materia di protezione degli interessi finanziari svincolata da quei limiti posti dall'art. 83.

Per esempio essa non riguarderà solo l'adozione di "regole minime" e non sarà legata a quei presupposti della «indispensabilità» cui prima si è fatto cenno, anche se in ogni caso un tale intervento di penalizzazione richiede comunque il rispetto di quei criteri di politica criminale che si sono prima individuati.

Si può quindi condividere la posizione di chi parla, a questo riguardo, di una maggiore incisività della competenza prevista in questo articolo rispetto a quella di cui all'art. 83<sup>145</sup>.

Non si può invece condividere l'opinione di chi ritiene che la disposizione in esame rappresenti «una *specifica* "base giuridica" per la creazione di un diritto penale europeo posto a presidio degli interessi finanziari comuni, immediatamente operativo quanto a norme (e san-

<sup>142</sup> Cfr. MAUGERI, *Il regolamento*, cit., p. 194 ss.

<sup>143</sup> V. *retro*, § 1.

<sup>144</sup> Si vedano le riflessioni di PICOTTI, *Il Corpus Juris*, cit., p. 84 ss. con riguardo alla previsione corrispondente (art. III 415) contenuta nella Costituzione per l'Europa.

<sup>145</sup> Così SICURELLA, *La tutela "mediata"*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., pp. 389-390.

zioni) di diritto penale sostanziale, alla stregua di quelle delineate dal *Corpus Juris*<sup>146</sup>.

Per un verso infatti mancherebbe quella base giuridica chiara e non ambigua che sarebbe necessaria per affermare una diretta competenza penale<sup>147</sup>.

Per altro verso sarebbe ben strano che una tale competenza addirittura eversiva dei tradizionali assetti dei rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto penale, non sia richiamata nel capo relativo allo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia<sup>148</sup>.

La conclusione è allora che, come si è già rilevato con riguardo al precedente testo dell'art. 280 T.C.E., la disposizione consente esclusivamente interventi di armonizzazione, in forme più incisive rispetto all'art. 83.

Al di fuori della materia penale, l'art. 325 consentirebbe invece degli interventi diretti in materia sanzionatoria, attraverso l'introduzione di fattispecie di illecito e sanzioni di carattere amministrativo; quest'ultima conclusione risulta giustificata dall'*acquis* della giurisprudenza comunitaria (che aveva ammesso, come si è detto, diretti interventi in materia sanzionatoria) e dalla prassi normativa precedente (si pensi, solo per citare un esempio al regolamento n. 2988/95)<sup>149</sup>.

11. *Considerazioni conclusive.* – Ho già avuto occasione di rilevare che le disposizioni del trattato di Lisbona consolidano l'esistenza di quello che, a buon diritto, può essere definito un *diritto penale dell'Unione europea*.

Si può dire anzi che quest'espressione assume ora un significato diverso da quello originariamente indicato. Non si tratta più di limitarsi ad accorpate le diverse previsioni sovranazionali che hanno a diverso titolo una rilevanza penale<sup>150</sup>; l'espressione viene ad incorporare adesso tutte quelle disposizioni che danno vita e costituiscono espressione di quella «competenza penale indiretta» i cui contorni si sono definiti. Non vi è dubbio che nella prospettiva delineata dall'art. 83 (e dall'art. 325) T.F.U.E. le disposizioni sovranazionali contribuiscono

<sup>146</sup> Così PICOTTI, *Il Corpus Juris*, cit., pp. 85-86.

<sup>147</sup> Si veda quanto rilevato nel paragrafo precedente.

<sup>148</sup> Cfr. GRASSO, *La Costituzione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit. p. 700.

<sup>149</sup> Ci permettiamo di rinviare a GRASSO, *La Costituzione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 701.

alla determinazione dei beni da tutelare, delle tecniche di tutela, della struttura delle fattispecie e dei livelli sanzionatori, assumendo un rilievo penale indiscutibile.

Ritengo comunque che non si possa parlare ancora di un vero e proprio "sistema penale europeo" per l'assenza di norme penali, adottate dall'Unione europea, dotate di una *immediata incidenza nei sistemi penali nazionali o che costituiscono un sistema autosufficiente* (e cioè che consentano l'applicazione di una sanzione, senza l'intermediazione dei sistemi penali nazionali).

Sotto questo profilo occorre sottolineare che esiste una notevole differenza con le previsioni del progetto denominato *Corpus Juris*, che davano vita ad un embrione di "sistema penale europeo" proprio perché esse contenevano alcune norme che erano concepite come immediatamente applicabili in tutto il territorio dell'Unione (anche se tali norme non erano pienamente autosufficienti, in quanto necessitavano di un, più o meno ampio, completamento da parte di regole penali e processuali penali nazionali)<sup>151</sup>.

11.1. Occorre definire a questo punto i compiti non indifferenti che attendono la dottrina penalistica che, per altro, ha accordato alle questioni qui esaminate un'importanza non trascurabile<sup>152</sup>.

Si tratta non soltanto di riflettere sui beni giuridici che meritano l'intervento sovranazionale di penalizzazione, sui criteri di una politica criminale europea e sui livelli di incisività dell'armonizzazione che può essere suggerita, ma di iniziare una riflessione su alcuni principi e istituti di parte generale con l'obiettivo di colmare le lacune e le divergenze che possano emergere su questo piano.

A questo riguardo i risultati consacrati nel progetto "Corpus Juris", in quanto frutto di un lavoro di elaborazione fondato su un'ampia base di carattere comparatistica, costituiscono un punto di partenza utilissimo.

11.2. Occorre chiedersi infine se per un nucleo ristretto di interessi dell'Unione Europea non si debba operare quel "salto di qualità"

<sup>150</sup> Per questa accezione v. GRASSO, *Introduzione*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., pp. 94-95.

<sup>151</sup> Cfr. G. GRASSO, *La formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in G. GRASSO (a cura di), *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, pp. 26-27.

<sup>152</sup> Sulla necessità di una «dogmatica penale comunitaria» insiste SICURELLA, *Il Corpus Juris*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 800.

nelle tecniche di tutela che era stato delineato con il "Corpus Juris" configurando un, sia pur limitato, sistema penale europeo.

Il compito della dottrina è quello di analizzare allora se per un ristretto nucleo di beni sovranazionali possa risultare giustificata e necessaria, alla luce del principio penalistico di *extrema ratio* e del principio di sussidiarietà comunitaria, una diversa articolazione dei rapporti tra ordinamento dell'Unione Europea e sistemi penali nazionali, attribuendo alle istituzioni europee una *competenza penale diretta* il cui esercizio dovrebbe essere sottoposto al vaglio critico dei principi di politica criminale propri di uno Stato di diritto.

Sotto questo profilo si comprende che le critiche formulate ripetutamente nei confronti della scelta certamente riduttiva del Corpus Juris (che limita il sistema penale sovranazionale che si intende creare alla sola tutela degli interessi finanziari) debbono indurre ad estendere l'area dei beni giuridici sovranazionali oggetto di un possibile intervento; una tale estensione non potrebbe andare al di là di un ambito molto ristretto, proprio alla luce dei criteri che si sono prima delineati<sup>153</sup>.

È chiaro d'altro canto, alla luce delle considerazioni formulate nei paragrafi precedenti, che una tale *competenza penale diretta* presuppone una serie di emendamenti ai trattati istitutivi, all'interno dei quali si dovrebbe collocare l'accrescimento del ruolo del Parlamento europeo.

SICURELLA, *Il Corpus Juris*, in GRASSO - SICURELLA (a cura di), *Lezione*, cit., p. 766 ss. accenna, in aggiunta agli interessi finanziari, ai beni della pubblica funzione europea e della moneta unica, cui si potrebbe aggiungere, tra i beni emergenti dalla produzione normativa comunitaria, l'ambiente.

GAETANO INSOLERA

## LUCI E OMBRE DEL DIRITTO PENALE VIVENTE TRA LEGGE E DIRITTO DELLE CORTI

SOMMARIO: 1. Diritto vivente e interpretazione costituzionalmente conforme. – 2. Le altre Corti. – 3. Il legislatore, quinto protagonista. Due esempi: un conflitto risolto; uno ancora aperto. – 4. Legge e interpretazione nel contesto sovranazionale: soddisfazione, spensieratezza e prudenza.

1. *Diritto vivente e interpretazione costituzionalmente conforme.* – «Alla funzione nomofilattica istituzionalmente affidata alla Corte di Cassazione si è andata affiancando, con particolare intensità negli ultimi anni, una non meno significativa e rilevante attività di interpretazione ad opera della Corte costituzionale, che esercitando il proprio sindacato sulla costituzionalità delle leggi penali, sostanziali e processuali, contribuisce non poco ad integrare, modificare e a volte smentire, gli assetti ermeneutici fissati dal giudice di legittimità»<sup>1</sup>.

I rapporti tra le due Corti si sono svolti in base a quello che è stato definito un "modello cooperativo".

Da tempo la Consulta ha fatto propria la nozione di diritto vivente (sent. n. 276/1974). Esso si identifica in un consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione. Si ha diritto vivente quando si è affermata una giurisprudenza dominante su una determinata norma o quando sussiste un approdo interpretativo pressoché incontrastato in giurisprudenza ovvero una soluzione interpretativa collaudata<sup>2</sup>.

Vero è, tuttavia, che in più occasioni la Corte costituzionale ha escluso, anche a proposito di decisioni delle SS.UU., la sussistenza di un assoluto vincolo per l'interprete.

Così esordiva la rubrica dedicata alle *Prospettive future della funzione nomofilattica* in *La giurisprudenza delle Sezioni Unite penali 2006*, supplemento al vol. XLVII di *Cass. pen.*

<sup>2</sup> In tema cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, p. 257 ss. e bibliografia ivi citata.