

L'incidenza discendente del diritto UE sul sistema penale (a margine della L. 24 dicembre 2012, n. 234)

Marzia Pellegrino

1. Le rilevanti modifiche intervenute nell'assetto dell'Unione europea a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona hanno indotto il legislatore italiano a prevedere una riforma organica delle norme che regolano la partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa europea. Così, l'entrata in vigore della recente legge n. 234 del 24 dicembre 2012 (recante, per l'appunto, «*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*»)¹, ha comportato l'integrale sostituzione della precedente legge n. 11 del 4 febbraio 2005 (c.d. legge Buttiglione)², la quale sostituiva, a sua volta, l'originaria legge n. 86 del 9 marzo 1989 (c.d. legge La Pergola)³.

Ed invero, è noto che il meccanismo di produzione delle norme giuridiche di matrice europea assume una struttura trifasica, composta in particolare da una fase ascendente, relativa alla partecipazione degli organi nazionali alla elaborazione delle norme medesime; da una fase centralizzata in sede dell'Unione europea, nell'ambito della quale esse assumono la loro formulazione definitiva e vengono approvate; da una fase discendente, ove si provvede all'attuazione delle norme stesse nei sistemi giuridici dei Paesi membri. Mentre la fase centralizzata resta ovviamente appannaggio delle istituzioni UE in linea con la disciplina dettata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), la prima e la terza fase risultano disciplinate nel dettaglio da apposite norme nazionali, oltre che, per quanto attiene alla fase ascendente, da alcune norme generali del Trattato sull'Unione europea (TUE), la cui natura programmatica viene concretizzata nell'articolata disciplina prevista dai primi due protocolli ai Trattati.

La novella del 2012, oltre ad introdurre talune significative novità che rafforzano la partecipazione del Parlamento alla fase di formazione delle normative e delle politiche europee (c.d. fase ascendente del diritto comunitario), procede altresì ad una riorganizzazione del processo di recepimento della normativa europea (c.d. fase discendente), al fine di superare i ri-

¹ Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 4 gennaio 2013, ed entrata in vigore il successivo 19 gennaio. In argomento, CUPELLI, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 411 ss.; GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

² La quale aveva già subito integrazioni ad opera delle leggi n. 29 del 25 gennaio 2006, e n. 13 del 6 febbraio 2007.

³ Come noto, tali leggi sono state introdotte dal nostro legislatore al fine di cercare di ovviare alla situazione di cronica inadempienza -in cui sovente versava il nostro ordinamento- nell'adempimento delle prescrizioni comunitarie.

tardi causati dai lunghi tempi di approvazione in Parlamento della legge comunitaria annuale, prodotti generalmente dall'inserimento nella legge di disposizioni diverse dal semplice conferimento di delega legislativa⁴.

Tra le principali novità si segnalano, in estrema sintesi: 1) il consolidamento del raccordo tra Parlamento e Governo nella formazione della posizione italiana nei processi decisionali dell'UE, con la previsione di nuovi o più articolati obblighi d'informazione del Governo alle Camere, l'obbligo del Governo di assicurare la coerenza delle posizioni assunte in sede europea con gli atti di indirizzo delle Camere e la precisazione dei presupposti per l'attivazione della riserva di esame parlamentare; 2) una più efficace applicazione delle prerogative attribuite alle Camere dal Trattato di Lisbona, perseguita attraverso il richiamo dei poteri delle Camere sul rispetto del principio di sussidiarietà e la previsione dell'intervento parlamentare per l'attivazione del cd. meccanismo del freno d'emergenza; 3) l'aggiornamento delle disposizioni relative agli organismi deputati al coordinamento della partecipazione dell'Italia al processo normativo europeo e in particolare del Comitato interministeriale per gli affari europei; 4) la riorganizzazione del processo di recepimento della normativa europea.

Quanto a quest'ultimo profilo, cui è principalmente dedicato il presente lavoro, deve essere evidenziato che vengono previsti, in luogo della legge comunitaria, due distinti provvedimenti per l'adeguamento dell'ordinamento interno al diritto europeo: segnatamente, la c.d. «*legge di delegazione europea*» - da presentare alle Camere entro il 28 febbraio di ogni anno - conterrà esclusivamente le disposizioni di delega necessarie per il recepimento delle direttive comunitarie; la c.d. «*legge europea*»⁵, invece, conterrà le disposizioni modificative o abrogative di norme interne oggetto di procedure di infrazione o di sentenze della Corte di giustizia, e le disposizioni necessarie a dare attuazione agli atti comunitari e ai trattati internazionali conclusi nel quadro delle relazioni esterne dell'Unione.

Limitando l'indagine agli aspetti penalistici, devono essere segnalate le due disposizioni mediante le quali il legislatore ha provveduto a disciplinare, rispettivamente, i principi e i criteri generali di delega, e la delega per la di-

⁴ Il riferimento, in particolare, è alle disposizioni modificative o abrogative di disposizioni statali vigenti necessarie per risolvere procedure di infrazione.

⁵ Per la quale non viene stabilito un termine specifico di presentazione, essendo questa eventuale e non necessaria (art. 29).

disciplina sanzionatoria di violazioni di atti normativi europei⁶: segnatamente, l'art. 32, co. 1, lett. d) prevede che «*al di fuori dei casi previsti dalle norme penali vigenti, ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, sono previste sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi. Le sanzioni penali, nei limiti, rispettivamente, dell'ammenda fino a 150.000 euro e dell'arresto fino a tre anni, sono previste, in via alternativa o congiunta, solo nei casi in cui le infrazioni ledano o espongano a pericolo interessi costituzionalmente protetti (...)*»; ancora, all'art. 33 si prevede che «*al fine di assicurare la piena integrazione delle norme dell'Unione europea nell'ordinamento nazionale, fatte salve le norme penali vigenti, la legge di delegazione europea delega il Governo ad adottare, entro la data dalla stessa fissata, disposizioni recanti sanzioni penali o amministrative per le violazioni di obblighi contenuti in direttive europee attuate in via regolamentare o amministrativa, ai sensi delle leggi di delegazione europee vigenti, o in regolamenti dell'Unione europea pubblicati alla data di entrata in vigore della stessa legge di delegazione europea, per i quali non sono già previste sanzioni penali o amministrative (...); i relativi decreti legislativi si informano, oltre che ai principi e criteri direttivi di cui all'art. 32, comma 1, lett. d) della presente legge, a quelli specifici contenuti nella legge di delegazione europea, qualora indicati*».

Pur non svalutando le novità complessivamente introdotte dalla legge n. 234 del 2012, non può tuttavia non essere rimarcato come la (tanto attesa) riforma sia distante dalle prospettive *de iure condendo* di quella dottrina penalistica che, di fronte al crescente fenomeno della c.d. comunitarizzazione del diritto penale⁷, e preoccupata di sottolineare le irrinunciabili esigenze di garanzia sottese al principio della riserva di legge in materia penale (art. 25, co. 2 Cost.), auspicava l'introduzione di un meccanismo di adeguamento al diritto UE maggiormente sensibile alle peculiarità del sistema

⁶ Si tratta di disposizioni la cui previsione -vigente il sistema precedente- era di regola contenuta nelle singole leggi comunitarie annuali, e che ora invece il legislatore provvede definitivamente a dettare in via generale agli artt. 32 e 33 della legge n. 234 del 24 dicembre 2012.

⁷ Sui rapporti tra fonti comunitarie e diritto penale, si rinvia a BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, *passim*; *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, (a cura di) Grasso, Picotti, Sicurella, Milano, 2011, p. 3 ss.; PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 5 ss.; SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, *passim*; ID., voce *Diritto penale europeo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, 2011, p. 173 ss.; ROMOLI, *Il nuovo volto dell'europa dopo il trattato di Lisbona. Un'analisi penalistica multilivello*, in *Questa rivista*, 155 ss.; SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 1 ss.; ID., *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, p. 11 ss.; VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Europa e giustizia penale, Speciale di Dir. pen. proc.*, 2011, 4 ss.

penale⁸. Queste ultime sono infatti tali da non consentire di sciogliere in maniera disinvolta tutti i problemi che l'Europa giuridica ha posto⁹ (e verosimilmente continuerà a porre). È infatti ben noto che il diritto penale si caratterizza per essere un modo di disciplina più che per il campo di materia disciplinato¹⁰. Esso trova l'unitarietà della sua *ratio essendi* nella forma di tutela attraverso la pena e il paradigma della responsabilità penale, come conformato dai relativi principi fondamentali, mentre i campi di materie tutelate sono i più eterogenei appartenendo ad aree anche molto distanti dell'ordinamento: dagli interessi finanziari al comune senso del pudore, dalla salute pubblica alla sensibilità degli animali. Com'è facile comprendere, ciò comporta una sorta di implicita ed ineliminabile contraddizione tra l'ordinamento europeo, che in effetti - nonostante la notevole sua dilatazione - continua ad essere organizzato per campi di materie, e il diritto penale, che per un verso continua ad essere appannaggio degli Stati e per l'altro rimane un ordinamento unitario in quanto modalità di disciplina e di tutela¹¹. È certamente vero che la cosiddetta competenza penale dell'Unione europea, cioè il suo ruolo armonizzatore anche della disciplina penale è stabilita dall'art. 83 TFUE con riferimento innanzitutto a determinate materie, ed in primo luogo alle materie che hanno costituito oggetto di misure di armonizzazione sotto il profilo extrapenale. Ma ciò non può significare che la fisionomia del modo di disciplina, cioè del diritto penale in quanto tale, si frantumi a seconda della materia di volta in volta disciplinata, se cioè sia oppure no oggetto di armonizzazione europea. Ed i principi fondamentali di riferimento, proprio perché concorrenti a delineare il volto costituzionale del diritto penale, contribuiscono e fissare i caratteri unitari del modo di disciplina penale. In sostanza, ad esempio, se principio fondamentale dell'intervento sanzionatorio penale è quello di *extrema ratio*, esso connoterà la disciplina punitiva quale che sia la materia disciplinata. In definitiva, i diritti fondamentali, in quanto espressivi dei caratteri generali identificativi del diritto penale, hanno una insopprimibile vocazione ad af-

⁸ Sul problema della crisi della riserva di legge e dell'abuso della delegazione legislativa a seguito del crescente numero di direttive comunitarie in materia penale, v., tra i più recenti, CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, *passim*; FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 91 ss.; GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 55; PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 657 ss.

⁹ GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 75.

¹⁰ PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, cit., p. 660.

¹¹ PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, cit., p. 660.

fermarsi in modo uniforme e totale nell'intero ordinamento penale. Il che non esclude che siano possibili gradazione e sfumature diverse nell'attuazione di tali principi nella specifica disciplina penale delle varie materie. Ma, a parte il fatto che spesso si entra così nella logica del rapporto regola-eccezione, la diversificazione da un lato non potrà spingersi fino a negare il principio fondamentale assunto ad elemento caratterizzante della disciplina penale; dall'altro, dovrà essere ragionevolmente fondato sulle peculiari esigenze di tutela proprie della materia disciplinata più che sul dato in fondo estrinseco della sua appartenenza esclusiva all'ordinamento interno ovvero anche a quello europeo.

2. Ora, la nuova previsione continua ad affidare allo strumento della delega legislativa il compito di regolare modalità e tempi del recepimento dei contenuti delle direttive, anche (e soprattutto, per quel che qui interessa) con riferimento alla materia penale¹².

Al riguardo, va ricordato che l'Unione europea, pur essendo priva di una competenza penale diretta, non manca tuttavia, mediante una serie di strategie di intervento, di esprimere una vera e propria politica criminale europea¹³, tanto da potersi parlare di diritto penale europeizzato¹⁴, ovvero di competenza penale accessoria. La questione ha poi assunto un peso maggiore proprio con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che, riconoscendo una competenza penale europea, come si vedrà di qui a breve sempre indiretta, di ancor più ampia portata, ha fatto venir meno la struttura per pilastri, che aveva caratterizzato l'impianto precedente, optando per una base giuridica certa per l'adozione di regolamenti o direttive per l'armonizzazione penale, che permangono gli strumenti attraverso i quali le istituzioni europee esercitano la potestà normativa¹⁵.

¹² Sono note le ragioni che spingono parte della dottrina a sottoporre a critica tale prassi: principalmente, richiamando la natura formale della riserva di legge di cui all'art. 25, co. 2, Cost., si osserva che l'attribuzione al potere esecutivo di scelte politiche -e, dunque, in materia penale, anche di scelte politico-criminali- è un dato immanente alla tecnica della delegazione legislativa, e come tale ineliminabile, come confermato dalla pressoché costante giurisprudenza costituzionale. In questo senso, tra gli altri, DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1999, 12 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2009, p. 54 ss.; MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in Insolera, Mazzacava, Pavarini, Zanotti, *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2012, vol. I, p. 134 ss.

¹³ SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'UE*, in *Cass. pen.*, 2010, 1148.

¹⁴ FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 2007, 1278.

¹⁵ BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, 363 ss.

Così, oggi è riconosciuta espressamente una competenza penale autonoma nell'art. 83.1 TFUE, in base al quale il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire - mediante direttive di armonizzazione penale - norme minime relative ai reati e alle sanzioni concernenti le gravi forme di criminalità transfrontaliera¹⁶. Il Trattato prevede inoltre un'ulteriore forma di competenza penale ("accessoria"), tesa a garantire l'effetto utile dei precetti di fonte comunitaria, evitando lacune di tutela nei singoli Stati: l'art. 83.2 dispone infatti che, sempre tramite direttive, possano essere introdotte norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nei settori che sono stati oggetto di misure di armonizzazione, «*allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace*» della politica dell'Unione in tali settori.

Si è dunque in presenza di una nuova e decisiva tappa del diritto dell'Unione europea, il cui incedere rapido e - nonostante talune temporanee *impasses* - tendenzialmente sicuro, si è tradotto in una progressiva acquisizione di porzioni di sovranità a scapito dei singoli Stati, con conseguente e graduale annessione di competenze giunta ad abbracciare - specie dopo Lisbona - l'impiego delle sanzioni penali per tutelare beni o interessi di matrice comunitaria ma anche per contrastare *generiche* forme di criminalità (come quella transnazionale e quella organizzata: art. 83 TFUE): una evoluzione che ha dunque ribaltato il dogma della tradizionale "incompetenza della Comunità europea" in materia penale¹⁷, e che ormai si misura nei più diversi ambiti - oltre che con una produzione normativa extrapenale in grado di condizionare fortemente il nucleo di antiggiuridicità attorno al quale si polarizzano i precetti punitivi domestici¹⁸ - con penetranti obblighi

¹⁶ Le sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni, menzionate dal primo comma dell'art. 83 sono poi elencate nel comma secondo (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 dei mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata); nondimeno l'ambito di intervento della competenza penale accessoria così riconosciuta è destinato ad ampliarsi in futuro, posto che il terzo comma prevede la possibilità per il Consiglio - in funzione dell'evoluzione della criminalità - di adottare (all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo) «*una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondano ai criteri di cui al presente paragrafo*».

¹⁷ Sulle ragioni di questa posizione si rinvia a SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Dig. Pen.*, IV, Torino, 1990, p. 89 ss.

¹⁸ Cfr., sul punto, BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 11 ss.

di criminalizzazione di fonte europea¹⁹, dove lo strumento penale appare sempre più in posizione di “apripista”²⁰, assumendosi, non di rado, compiti di *enforcement of morals*²¹.

La competenza penale (autonoma o accessoria²²) dell’UE rimane tuttavia *indiretta*²³, atteso che anche a fronte del nuovo assetto istituzionale, la dottrina ha chiarito che il riconoscimento di una competenza penale accessoria in capo all’Unione europea non elimina la necessità di passare attraverso la mediazione di una legge di attuazione interna, ossia di un atto di trasposizione interno che dia attuazione all’obbligo di tutela penale²⁴. Va conseguentemente rimarcato -senza considerare le diverse e delicatissime questioni aperte specie in punto di legalità e sussidiarietà²⁵ - che il lungo processo di attribuzione di competenze penali di armonizzazione da parte dell’Unione europea a scapito delle sovranità nazionali non permette comunque di *bypassare* la necessaria mediazione dei parlamenti nazionali, e richiede pur sempre una legge nazionale di attuazione: come si è detto, l’Unione europea potrà solo *criminaliser sans punir*²⁶. Più in particolare, poi, l’obbligo di tutela penale europeo non potrà sostituire una omissione

¹⁹ MANACORDA, *Les obligations de protection pénale à l’heure de l’internationalisation: fondements et limites*, in MANACORDA - J. TRICOT (a cura di), *Le droit à la vie et les obligations de protection pénale*, Société de Législation Comparée, 2012, p. 1 ss.

²⁰ Dove cioè il diritto penale è utilizzato «come mezzo primario e privilegiato per l’implementazione non solo di nuovi valori e interessi, ma anche di regole di organizzazione, soprattutto per prevenire rischi, addirittura come arma»: in questi termini DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in ius17@unibo.it, 2009, 418 ss.

²¹ Al riguardo, PULITANO, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2012, p. 166 ss.

²² Nel caso dell’art. 83.2 TFUE la competenza è definibile accessoria in quanto non espressiva del “nucleo duro” della politica criminale europea, il quale dovrebbe verosimilmente concernere l’azione di contrasto delle manifestazioni criminali a carattere transnazionale realizzata appunto in forza della competenza penale di cui al già ricordato art. 83.1 TFUE. Il carattere accessorio della competenza penale UE prevista dall’art. 83.2 TFUE discende altresì dal fatto che attraverso di essa si possono, a certe condizioni, ravvicinare le risposte punitive adottate ad iniziativa degli Stati membri per tutelare le più diverse prescrizioni in settori oggetto di armonizzazione su base europea. Cfr. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’UE*, cit., p. 1150.

²³ MANACORDA, *Les obligations de protection pénale à l’heure de l’internationalisation: fondements et limites*, p. 15.

²⁴ Dibattuto, invece, è se dall’art. 86 TFUE possa ritenersi configurata una forma di competenza *diretta* dell’Unione per la protezione degli interessi finanziari, con posizioni di volta in volta più o meno affermative o, viceversa, più prudenti: sul punto, anche per ulteriori riferimenti, si rinvia a GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 122 ss.

²⁵ Al riguardo, fra gli altri, SICURELLA, “*Prove tecniche*” per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione in materia penale, in Grasso, Picotti, Sicurella, *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., 3 ss.

²⁶ É l’efficace titolo di un lavoro di SOTIS, “*Criminaliser sans punir*”. *Réflexions sur le pouvoir d’incrimination (directe et indirecte) de l’Union européenne prévu par le Traité de Lisbonne*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n. 4/2010, 773 ss.

legislativa, né l'eventuale "lacuna di tutela" appare colmabile da parte della Corte costituzionale: in questi casi sembra infatti impercorribile un intervento additivo *in malam partem* da parte della Corte costituzionale²⁷.

Con le nuove norme in materia criminale, dunque, si assiste alla esponenziale crescita di direttive comunitarie che impongono veri e propri obblighi di criminalizzazione, avvertendosi «*incombente il rischio di una progressiva espropriazione del parlamento nazionale, che vede sempre più ridotto il suo margine di apprezzamento nelle scelte di criminalizzazione*»²⁸. Da questa angolazione, la tradizionale concezione del legiferare in materia penale, espressa nell'art. 25, co. 2 c.p., mostra evidenti cedimenti di fronte al nuovo che avanza. Nello scenario dell'U, infatti, la procedura legislativa ordinaria non fa del Parlamento europeo il luogo dell'iniziativa legislativa e della formazione della norma, ma il titolare di poteri meno pregnanti rispetto a quelle che caratterizzano la piena democraticità delle scelte decisionali nell'ordinamento italiano.

Volgendo lo sguardo al diritto interno, poi, di fronte a veri e propri obblighi di penalizzazione, il singolo Parlamento finisce col rimanere di fatto espropriato del potere sia di prendere l'iniziativa nell'importante settore della politica criminale, sia di esprimere sulla base della propria discrezionalità politico-democratica le scelte di fondo relative ai contenuti e ai nodi della tutela penale²⁹; una volta che il giudizio di meritevolezza e necessità

²⁷ Come si evince dalla motivazione di Corte Cost., sent. n. 394 del 2006, in *Giur cost.*, 2006, 4127 ss., con nota di MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, 4160 ss.

²⁸ PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, cit., p. 657.

²⁹ FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss. L'Autore sottolinea che le decisioni in materia penale sono sempre bisognose di una legittimazione democratica costruita discorsivamente in uno spazio pubblico strutturato in senso partitico e parlamentare e, al tempo stesso, alimentato da un aperto confronto di idee a livello di pubblica opinione, e così segnalando -alla luce del constatato, persistente deficit democratico delle istituzioni europee, così come dell'assenza del menzionato "contesto di legittimazione"- l'esigenza di utilizzare in senso restrittivo la stessa competenza penale indiretta riconosciuta dalla vigenti norme convenzionali. Peraltro, in posizione fortemente critica si è espresso il *Bundesverfassungsgericht* nel *Lissabon Urteil* (BverfG, 30 giugno 2009), sul quale MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, *Dir. pen. e proc.* 2010, 433 ss. Nell'ambito di un complesso ragionamento il Tribunale di Karlsruhe ha evidenziato come le competenze dell'Unione, derivando da meri atti di attribuzione degli Stati membri, non toccano (*recte* non possono toccare) l'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale tedesco. Quest'ultima si fonda, in particolare, sul diritto di voto, espressione del diritto all'autodeterminazione democratica e della pretesa all'esercizio della potestà dello stato-apparato in conformità al principio democratico. In quanto correlato alla dignità della persona, il diritto di voto viene così annoverato tra i principi della Costituzione che non sono emendabili ai sensi dell'art. 20.1-2 GG, in combinazione con l'art. 79.3 GG (punti 211-212). Su queste premesse, il giudice costi-

della pena viene preconfezionato dal legislatore europeo, al legislatore nazionale non residua altro compito che di attuare la direttiva con legge, dalla quale sola può discendere la responsabilità penale degli individui. Di conseguenza, è all'atto statale di recepimento che viene affidato il delicato compito di contemperamento tra il principio di prevalenza del diritto UE e l'esigenza di garantire il rispetto del principio della riserva di legge in materia penale³⁰, che costituisce uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale³¹: a tal fine, la strada prescelta in Italia è stata e continua a ad essere quella della c.d. legge comunitaria annuale, la quale, allorché vi siano da introdurre norme penali, ha sempre optato e continua ad optare per il ricorso ad una delega al Governo affinché proceda a mezzo di decreti legislativi³². Così, il meccanismo configurato dalla nuova legge 234 del 2012, ricalcando per grandi linee il modello fino ad oggi utilizzato per il recepimento della normativa comunitaria, rende ancora attuali le perplessità già in passato sollevate dalla dottrina circa la possibilità per i decreti legislativi di costituire fonte legittima di disposizioni incriminatrici³³.

Ed invero, laddove la normativa comunitaria diventa operativa in Italia dopo il recepimento ad opera della legge comunitaria, da un punto di vista formale non sembrerebbero sorgere grossi problemi, atteso che con la rati-

tuzionale tedesco afferma l'incoercibilità della *identità costituzionale*, riconoscendo la propria competenza ad esercitare il c.d. *identitätskontrolle*, a salvaguardia delle *strutture fondamentali politiche e costituzionali* dello Stato, nel rispetto del principio di leale collaborazione (ex art. 4.3, primo periodo, TUE Lisbona) (punti 240-241). In questa prospettiva, il *BverfG* ha stabilito che materie come quella dell'*amministrazione del diritto penale* (punto 253) siano parte del regime di inalienabilità del potere costituente e della sovranità. Segnatamente, ha rimarcato il ruolo fondamentale svolto dalle procedure parlamentari di decisione democratica riguardo a meritevolezza di pena dei comportamenti punibili.

³⁰ Come evidenziato in dottrina, è da ritenere che il principio di stretta legalità penale definisca ed incorpori un carattere supremo dell'ordinamento costituzionale, che pretende una tutela conservativa anche verso le aspirazioni egemoniche del diritto comunitario. Cfr. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto nel peculato*, cit., p. 446.

³¹ Al riguardo, va ricordato che la nostra Corte Costituzionale ha ricavato dei c.d. "controlimiti" alla prevalenza del diritto dell'Unione, finalizzati alla salvaguardia del nocciolo duro dei valori sanciti dalla Costituzione repubblicana: essa, infatti, ha ripetutamente affermato che «l'ordinamento statale non si apre incondizionatamente alla normazione comunitaria, giacché in ogni caso vige il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana, con conseguente sindacabilità (...) della legge di esecuzione del Trattato». Così, da ultimo, Corte cost., n. 168, del 1991, n. 168, in *Giur. cost.*, 1991, 1409 ss.

³² PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Bologna-Roma, 2011, p. 75.

³³ Va detto, in proposito, che anche quella parte della dottrina penalistica che si schiera a favore dell'ammissibilità della delega in materia penale ritiene comunque necessario un innalzamento degli standards di garanzia, reputando necessario maggiore rigore, analiticità e chiarezza da parte della delega legislativa, oltre che un serrato controllo di conformità del decreto delegato ai criteri da parte della Corte costituzionale. In questo senso, ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Dir. pen. giur. cost.*, a cura di Vassalli, Napoli, 2008, p. 29.

fica legislativa la riserva di legge in materia penale potrebbe intendersi rispettata. La questione, a ben vedere, presenta tuttavia profili di maggiore complessità, atteso che con la ratifica di una direttiva, atto obbligatorio per gli Stati membri, il Parlamento recepisce comunque norme che non corrispondono a scelte, elaborazioni o decisioni assunte autonomamente, limitandosi a rispettare l'obbligo derivante dall'appartenenza alla UE. In quest'ottica, è di tutta evidenza che la riserva di legge, salvo che nella forma, si stempera nella sostanza. Senza considerare il deficit democratico che caratterizza i procedimenti decisionali dell'UE.

3.1. Le ultime osservazioni svolte conducono ad affermare che se da una parte la necessità di superare le difficoltà strutturali del Parlamento dinanzi al doveroso e costante adeguamento al diritto dell'Unione europea rende certamente condivisibili (o meglio, comprensibili) le ragioni che hanno spinto il legislatore a fare ricorso allo strumento della delegazione legislativa³⁴, dall'altra, tuttavia, è evidente che i generalissimi principi e criteri direttivi enunciati ai sopra citati artt. 32, co. 1 lett. d) e 33 finiscono inevitabilmente per attribuire al Governo un eccessivo margine di discrezionalità nelle valutazioni politico-criminali³⁵, recando un grave *vulnus* alla democraticità delle scelte punitive. Segnatamente, basti riflettere sulla vaghezza dei parametri cui il Governo è tenuto ad attenersi nelle scelte di criminalizzazione delle infrazioni alle disposizioni dei decreti (richiamati anche all'art. 33 della legge n. 234 del 2012): «*i casi in cui le infrazioni ledano o espongano a pericolo interessi costituzionalmente protetti*»; il riferimento alle «*infrazioni che espongano a pericolo o danneggino l'interesse protetto*» o a quelle «*che rechino un danno di particolare gravità*»; la determinazione dell'entità delle sanzioni «*tenendo conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto, di specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza, nonché del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce*».

È evidente che l'estrema genericità dei criteri non può che tradursi in un ampliamento dei margini di discrezionalità rimessa al delegato, che coinvolge tanto la facoltà di scelta rimessa al Governo sull'*an* e sul *quomodo* del ricorso alla sanzione penale - e quindi la decisione circa la meritevolezza

³⁴ CARTABIA, GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2011, pp.105 ss.

³⁵ Così, CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 283 ss.

za e il bisogno della pena in relazione ad un bene -, quanto la determinazione dell'apparato sanzionatorio.

Del resto, la stessa Corte Costituzionale ha più volte ribadito che i principi e criteri direttivi enunciati dal legislatore delegante sono chiamati solo a circoscrivere, e non già ad eliminare, la discrezionalità del Legislatore delegato, «*in modo che resti pur sempre salvo il potere di valutare le specifiche e complesse situazioni da disciplinare*»³⁶: risulta pertanto evidente, a nostro sommo avviso, la fisiologica inidoneità dei decreti legislativi delegati ad intervenire nella materia penale, le cui previsioni, caratterizzandosi per la particolare incidenza sulle libertà fondamentali dell'individuo, costituzionalmente sancite (art. 13 Cost.), non potrebbero promanare che dal Parlamento - ossia dall'unico soggetto istituzionale fornito di legittimazione democratica -, solo così potendosi garantire il fondamento sostanziale di garanzia della riserva di legge in materia penale quale presidio essenziale del rapporto tra autorità e libertà.

Ed invero, la *ratio* della scelta del Costituente di riservare all'esclusivo monopolio del legislatore l'esercizio del potere normativo in materia penale «*risiede nella rappresentatività di quel potere, nel suo essere espressione non di una stretta oligarchia, ma dell'intero popolo sovrano*»³⁷; l'iter legislativo, inoltre, è fonte di garanzia in quanto il suo approdo finale - ovvero la legge penale - è suscettibile di controllo sia da parte dell'opinione pubblica che della Corte Costituzionale (art. 134 Cost.), così da consentire la tutela delle minoranze contro i potenziali abusi dello strumento punitivo da parte della maggioranza³⁸. In breve spetta al Parlamento dotato di legittimazione democratica «*il potere di imporre o comunque prevedere sacrifici delle sfere di libertà costituzionalmente garantite*»³⁹. Ma vi è di più. È infatti l'insieme dei principi ontologici che delineano il volto costituzionale del diritto penale (materialità, offensività, *extrema ratio*, meritevolezza e bisogno di pena, necessità di criteri personali di imputazione e responsabilità), a tradurre istanze di contenimento del potere punitivo, sia in termini ideo-

³⁶ In tal senso, Corte cost., n. 156, del 1987, in *Giur. cost.*, 1988, 178.

³⁷ DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1964, 968.

³⁸ CUPELLI, *Commento all'art. 1 c.p.*, in *Codice penale, rassegna di dottrina e giurisprudenza*, volume I, (a cura di) Lattanzi, Lupo, Milano, 2010, p. 13. Ma v. anche MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.* 2009, 1359, ad avviso del quale, valorizzando il principio della divisione orizzontale dei poteri, è possibile collegare il *nullum crimen* al principio enunciato dal secondo comma dell'art. 1 Cost. -del quale deve ritenersi espressione la riserva di legge in materia penale- secondo cui la sovranità popolare si «*esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione*»).

³⁹ MAIELLO, *Dottrina e politica criminale nelle interpretazioni in tema di riserva di legge: a proposito di un'ipotesi di depenalizzazione "giurisprudenziale"*, in *Questa riv.*, 1988, 381 ss.

logici che funzionali, e a convalidare di conseguenza l'idea secondo cui ogni reato deve essere definito da un organo dotato di legittimazione democratica. Solo il contraddittorio maggioranza-minoranza è in grado di offrire una legge qualitativamente rispettosa degli stessi principi, dotata di una accentuata capacità persuasiva ed ordinante, che favorisce senza dubbio i fenomeni di spontanea conformazione alle norme; solo così, poi, si valorizza la selettività della legge parlamentare, in particolare quella funzione della riserva di legge, considerata quale presidio di decisioni normative ponderate, capaci di esaltare le contrapposte ragioni di tutela della libertà e della sicurezza collettiva attraverso il filtro di giudizi di bilanciamento formulati con consapevolezza e maturità⁴⁰. Il valore della riserva di legge nel sistema penale conduce dunque ad affermare l'impossibilità di ricavare degli equivalenti funzionali della stessa, dovendosi per contro valorizzare dei meccanismi di adeguamento dell'ordinamento al diritto dell'Unione europea che siano in grado di preservarne la sostanza.

Su queste basi è possibile rilevare che i generalissimi principi e criteri direttivi imposti al legislatore delegato non sono sufficienti per considerare rispettata la riserva di legge in materia penale -nei suoi fondamentali sub correlari di precisione, determinatezza e tassatività, nonché nella sua essenza di riserva di razionalità discorsiva-, ove si consideri che l'illecito penale si caratterizza, come noto, come illecito *a modalità di lesione* (in ciò distinguendosi dall'illecito civile): ciò comporta che *«l'esigenza di precisione e determinatezza concerne, più che i principi generali, la regolamentazione normativa in dettaglio: per cui delegare i contenuti particolari della disciplina al potere esecutivo rischia di comportare una sostanziale estromissione del Parlamento dalla sede in cui si compiono le scelte decisive di politica criminale»*⁴¹. In altri termini, *«se l'illecito penale si connota soprattutto come illecito di modalità di lesione e deve uniformarsi ai criteri della tassatività e della frammentarietà, la scelta penalizzatrice non potrà dirsi compiuta finché non risulti sufficientemente definito, sul piano strutturale, il volto del singolo fatto incriminabile: mentre una stessa direttiva generale può trovare attuazione secondo modalità diverse corrispondenti non già a una medesima figura di reato, bensì a tante figure distinte; per cui lo strumento della*

⁴⁰ Cfr. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007, p. 366 ss.

⁴¹ Così FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 60.

delegazione legislativa finisce col risolversi, in definitiva, in una sorta di cambiale in bianco rilasciata al potere esecutivo»⁴².

Alla luce di tali considerazioni, non possono non nutrirsi dubbi in merito alla legittimità costituzionale delle nuove disposizioni di cui agli artt. 32 e 33 legge n. 234 del 2012, giacché i principi e i criteri direttivi di delega ivi enunciati risultano essere assolutamente vaghi e generici, non consentendo di individuare a priori con «*rigore, analiticità, e chiarezza*»⁴³ le scelte politico-criminali di fondo relative ai contenuti della tutela penale -di stretta pertinenza della *lex parlamentaria-*, consistenti nella scelta dei beni giuridici e della tipologia di lesioni meritevoli di tutela mediante il ricorso a sanzioni penali⁴⁴. Nonostante l'apprezzabile tentativo di coinvolgere il Parlamento, il meccanismo risulta affetto, sul piano applicativo, da un vizio di fondo difficilmente superabile, «*quello di accrescere in campo penale il protagonismo dell'esecutivo tipicamente connaturato all'istituto della delega*»⁴⁵; la legge di delegazione europea continuerà infatti fisiologicamente a contenere una delega alla traduzione di direttive eterogenee e proprio questa eterogeneità fa sì che i criteri della delega, pur in sé apprezzabili, non siano altro che generalissimi principi orientativi di politica sanzionatoria, rimessi interamente all'esecutivo per la loro concretizzazione⁴⁶.

Segnatamente, alla congenita inidoneità della delega a salvaguardare le peculiarità dell'ordinamento penale, si aggiunge la tendenza nella prassi a prevedere leggi delega contenenti, per lo più, un mero rinvio ai contenuti delle direttive stesse: così facendo, risulta evidente che la normativa statale di recepimento -cui, in teoria, dovrebbe essere affidato il compito di salvaguardare la democraticità delle scelte punitive- finisce per assicurare veramente un rispetto solo *formale* della riserva di legge, in quanto «*a fronte di direttive contenenti già indicazioni "minime" sulla tipologia della condotta da punire e sulle relative sanzioni da comminare, la capacità di intervento*

⁴² FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in *Atti del convegno di Palermo*, 7-10 novembre 1991. *Verso un nuovo codice penale. Itinerari- problemi- prospettive*, Milano, 1993, p. 25.

⁴³ ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, cit., p. 34.

⁴⁴ In dottrina cfr. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 286 ss., il quale ha osservato in proposito «*che la giurisprudenza della Corte Costituzionale, dal canto suo, pur avendo quasi sempre disatteso le aspettative di coloro che auspicavano l'invalidazione delle norme censurabili per difetto di delega, tuttavia non ha mancato in alcune occasioni di prendere posizione in relazione a deleghe di ampia portata, partendo dall'invito rivolto al legislatore nell'ordinanza 134/2003 in relazione a deleghe di siffatto tenore, affinché impieghi formule più precise*».

⁴⁵ CUPELLI, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, cit., p. 417.

⁴⁶ CUPELLI, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, cit., p. 418.

autonomo del Parlamento, al momento della predisposizione della stessa legge comunitaria, finisce per appiattirsi sulla pedissequa trasposizione di tali prescrizioni nell'oggetto della delega»⁴⁷.

In questo modo, il baricentro del giudizio di meritevolezza e di necessità della pena viene definitivamente spostato in favore del legislatore dell'Unione, le cui norme, pur a seguito delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona, sembrano scontare ancora un *deficit* di legittimazione democratica che costituisce da sempre, com'è noto, il vero *punctum dolens*⁴⁸ rispetto all'attribuzione di una competenza penale 'diretta' in capo dell'Unione.

Va segnalato che parte della dottrina, valorizzando l'estensione dell'ambito di applicazione della procedura ordinaria di co-decisione - divenuta ormai il meccanismo generale di adozione degli atti legislativi dell'Unione -, ritiene che, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'obiezione del *deficit* democratico possa ritenersi ridimensionata⁴⁹ in considerazione del ruolo di controllo sull'operato del Consiglio che il Parlamento europeo riveste oggi nelle scelte politiche dell'Unione. Su queste basi, è stato osservato⁵⁰ che *«sotto il profilo della riserva di legge, in realtà, la procedura legislativa ordinaria non si discosterebbe, a ben vedere, da quella che, nel nostro ordinamento, porta all'emanazione di leggi mediante decretazione d'urgenza e dal decreto legislativo. In entrambe le ipotesi la potestà penale sostanziale spetta infatti al Governo; il Parlamento svolge solo un ruolo di controllo, ex ante o ex post»*. Conseguentemente, si osserva *«il cosiddetto deficit democratico sembra un ostacolo non più insormontabile per configurare una potestà legislativa penale in capo alla UE, mentre l'ultima resistenza da vincere risiederebbe, invece, nella lettera dell'art. 25, co. 2, della Costituzione italiana, laddove quel riferimento alla legge, che la norma opera, si riferisse alla sola ed esclusiva legge dello Stato»*, ma *«tale tesi restrittiva non è però in sintonia con l'evoluzione in senso democratico che hanno subito le istituzioni europee anche avendo riguardo al già citato Trattato di Lisbona ed alla politica dei "piccoli passi" verso un'Unione sempre più forte dal punto di vista politico»*, per cui *«non pare sia più spendibile una lettura eccessivamente restrittiva dell'art. 25, co. 2, Cost.»*⁵¹.

⁴⁷ DEL TUFO, *I trattati europei e il diritto penale*, in *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di Moccia, Napoli, 2004, p. 17.

⁴⁸ CUPELLI, *La legalità delegata*, cit. p. 293.

⁴⁹ SALCUNI, voce *Diritto penale europeo*, cit., p. 173 ss.

⁵⁰ SALCUNI, voce *Diritto penale europeo*, cit., p.190.

⁵¹ SALCUNI, voce *Diritto penale europeo*, cit., p. 191 ss.

Tale posizione si espone -a ben vedere- ad una duplice obiezione: in primo luogo, proprio il parallelismo con gli strumenti interni del decreto legge e del decreto legislativo consentono di avanzare nei confronti della legalità comunitaria le stesse critiche mosse con riferimento alla tecnica del decreto legge e della delega legislativa nell'ordinamento interno, stante la chiara violazione della sostanza del *nullum crimen sine lege parlamentaria*, che viene rispettato soltanto nella sua dimensione *formale*, atteso che, di fatto, il suo fondamento di garanzia viene sostanzialmente vanificato; in secondo luogo, gli atti legislativi europei non sembrano essere ancora adeguatamente sottoposti al vaglio dell'organo a maggiore legittimazione democratica, dal momento che il Parlamento europeo finisce per essere titolare di un mero potere di "veto" o di un "potere propositivo di emendamenti", risultando invece privo di un potere di iniziativa legislativa⁵². Detto altrimenti, la procedura legislativa ordinaria sarebbe pertanto ancora distante da quello standard di democraticità delle scelte di incriminazione richiesto dal principio della riserva di legge parlamentare. Sul punto, peraltro, merita altresì di essere evidenziata la posizione radicale di un'autorevole dottrina, secondo cui sarebbe maggiormente in linea con la *ratio* garantista della riserva di legge che la creazione di norme penali sopranazionali fosse riservata al Parlamento europeo, dal momento che «*in democrazia solo i rappresentanti del popolo possono decidere legittimamente - e non "co-decidere" - in relazione alla limitazione dei diritti fondamentali dell'individuo: libertà, personalità, dignità che vengono normalmente in questione nei rapporti di diritto penale*»⁵³.

Ciò posto, volendo trarre qualche provvisoria conclusione, è possibile affermare che il mero rinvio della "legge comunitaria" al contenuto delle direttive da trasporre attribuisce all'Unione europea il ruolo di protagonista nelle valutazioni politico-criminali, giacché i principi e i criteri direttivi cui deve attenersi il legislatore delegato finiscono con l'essere fissati dalle stesse direttive comunitarie -sia pure in via formalmente mediata, risultando tale parametro doppiamente interposto-, ingenerando il paradosso «*in cui l'esecutivo, partecipando al Consiglio della comunità, detterebbe a se stesso*

⁵² CUPELLI, *La legalità delegata*, cit. p. 295 ss.; MAGI, *Attribuzione alla «nuova» unione di poteri normativi in materia penale nonostante un persistente deficit democratico: possibile contrasto con il principio costituzionale di riserva di legge?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 1545 ss.

⁵³ MOCCIA, *Funzioni della pena e implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 929; ID., *La politica criminale del Corpus juris: dal Corpus juris al diritto penale europeo?*, in *Ind. pen.*, 2001, 1425 ss.

*i principi e i limiti cui attenersi nell'esercizio della legislazione delegata*⁵⁴. Se a tutto ciò si aggiunge la tendenza delle direttive comunitarie a farsi sempre più stringenti e dettagliate anche per quanto riguarda il profilo sanzionatorio in genere (e penale in specie) ci si può facilmente rendere conto di come la produzione comunitaria abbia finito nel complesso per comprimere il ruolo della volontà parlamentare in materia penale⁵⁵. Innegabile, dunque, è l'affermazione secondo cui la politica criminale si sposta patologicamente verso centri decisionali diversi rispetto al Parlamento nazionale, con conseguente destrutturazione del modello costituzionale della separazione orizzontale dei poteri che dovrebbe, per contro, essere saldo nella materia penale. Senza considerare il rischio che il legislatore interno possa determinarsi ad intervenire "acriticamente" nel senso richiesto dalle istituzioni europee al fine di non incorrere nell'applicazione delle gravose misure pecuniarie connesse alla procedura di infrazione. Questo meccanismo di attuazione della normativa comunitaria, inoltre, ingenera inevitabilmente un'ulteriore inaccettabile anomalia, in quanto finisce con il modificare la *ratio* del controllo costituzionale di conformità dei decreti legislativi ai principi e criteri direttivi sanciti dalle leggi deleghe: invero, tale controllo, da strumento volto a garantire la centralità del Parlamento, diviene uno strumento volto ad assicurare la prevalenza del diritto UE sul diritto interno⁵⁶.

3.2. Alla luce delle considerazioni fino ad ora svolte, pare dunque ragionevole concludere che «*la democraticità delle scelte penali si trova stretta tra l'Unione europea, che reclama e assorbe le competenze penali degli Stati, consumando gli argini debolmente frapposti dalla riserva di legge, ed il Governo, che a sua volta assume ed ingloba la residua discrezionalità politico-criminale*»⁵⁷. È evidente il distacco dai crismi costituzionali della delega legislativa, determinato da norme il cui contenuto è già stato predefinito al di fuori della legge (delega) parlamentare, senza alcun collegamento sostanziale con la stessa.

⁵⁴ CARTABIA, *Principi della delega determinati con rinvio alle norme comunitarie e parametro doppiamente interposto*, in *Giur. cost.*, 1993, 2051; BONOMI, *Le leggi comunitarie e la delimitazione dei principi e dei criteri direttivi per rinvio alle direttive comunitarie nelle materie coperte da riserva di legge (aspetti problematici)*, in *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, a cura di Rossi, Padova, 2009, 295.

⁵⁵ L'osservazione è di PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 283.

⁵⁶ CARTABIA, *Principi della delega determinati con rinvio alle norme comunitarie*, cit., p. 2053.

⁵⁷ CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 288.

La riforma attuata con la legge n. 234 del 2012, pertanto, si scopre essere in realtà una falsa riforma, dal momento che, continuando a prevedere la delega legislativa come strumento volto a dare attuazione alla normativa europea, lascia vivi tutti i dubbi concernenti la compatibilità costituzionale di siffatto meccanismo di adeguamento al diritto UE nella materia penale. Si assiste infatti ad una vera e propria abdicazione da parte del legislatore alla propria funzione tipica, a favore di un soggetto istituzionale diverso e privo della sua stessa legittimazione democratica, in un ambito ritenuto dal Costituente così delicato da dover meritare una riserva assoluta di legge e nel quale, come ben detto in dottrina, «*anche a voler ritenere ammissibile la delegazione legislativa (...) i principi ed i criteri direttivi dovrebbero essere posti in modo ancor più stringente di quanto non avvenga nelle "altre" e "comuni" ipotesi di delegazione*»⁵⁸.

Al deficit di legittimazione democratica si somma così l'ulteriore deficit democratico interno, dovuto alla ontologica inidoneità dello strumento normativo prescelto, la delega, a salvaguardare le peculiarità della materia penale. Invero, la perdurante tensione che intercorre tra gli artt. 25, co. 2 e 76 Cost. rende palese l'inevitabile destino cui va incontro la delegazione legislativa in materia penale: affinché la *ratio* garantista sottesa al principio della riserva di legge possa dirsi realmente rispettata, infatti, non residua altra scelta che riservare alla legge del Parlamento il compito di dare attuazione agli obblighi di criminalizzazione discendenti dall'appartenenza all'Unione europea.

Un primo passo avanti potrebbe essere compiuto attraverso un radicale rafforzamento delle capacità consultive e di controllo del Parlamento nella procedura di approvazione della legge comunitaria, tramite una modifica dei regolamenti parlamentari, che consenta di distinguere e selezionare campi di materia con conseguente possibilità di modulare e calibrare il periodo di riflessione con riguardo ai settori su cui si va ad incidere⁵⁹.

Appare tuttavia preferibile una scelta più radicale, che riservi al Parlamento la verifica definitiva circa il rispetto dei canoni indefettibili di legittimazione sostanziale che fondano l'intervento penale, primo tra tutti il principio di stretta legalità, che funge da ostacolo all'uso di fonti che sostanzialmente promanano dall'esecutivo, quali i decreti delegati e i decreti legge.

In questa direzione, del resto, si muoveva la condivisibile proposta elaborata di recente dall'Unione Camere Penali Italiane -purtroppo rimasta inascoltata-, la quale suggeriva di aggiungere all'art. 76 Cost. il seguente com-

⁵⁸ CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 289.

⁵⁹ CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 324.

ma: «non possono essere oggetto di delegazione legislativa le norme penali e quelle che, in attuazione o esecuzione di accordi internazionali o di atti dell'Unione europea, regolano il procedimento penale». Una disposizione del genere, a ben vedere, sarebbe espressione di un diritto penale di giustizia, assiologicamente orientato, che preserva una riserva di legge concepita in un'accezione forte, vale a dire come una sorta di riserva di razionalità discorsiva⁶⁰, volta a valutare in termini di liceità o illiceità giudizi di valore sostanzialmente filtrati criticamente dal Parlamento alla stregua dei principi che governano l'illecito penale orientato nel senso dello Stato costituzionale di diritto.

Così, la riserva di legge parlamentare dovrebbe difendere - in funzione di contro-limite⁶¹ - nella fase di adempimento degli obblighi di tutela comunitari la sostanza della riserva di legge, tenuto conto che il principio di democrazia - nell'articolazione scandita dalle complessive modulazioni dell'art. 1 Cost., nonché la diretta derivazione da quest'ultima disposizione (in particolare del suo secondo comma) del *nullum crimen nulla poena sine lege parlamentaria*, vengono a delineare i principi "primi" della carta repubblicana. In altri termini, è da ritenere che il principio di stretta legalità penale «definisca ed incorpori un carattere supremo dell'ordinamento costituzio-

⁶⁰ HABERMAS, *Fatti e norme. Contributo ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992) trad. it., a cura di Ceppa, Guerini, Milano, 1996, 34 ss.

⁶¹ Sui contro-limiti in materia penale cfr. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, cit., p. 438, il quale afferma che tale dottrina «ha accompagnato scansioni importanti del cammino evolutivo dei rapporti tra ordinamento interno e fonti comunitarie (...) quella dottrina finisce per dotare la prassi di un formidabile strumento di soluzione dei più acuti problemi di coesistenza tra ordinamento comunitario e diritto interno, ciascuno dei quali essendo portatore di istanze di tutela identitarie che - nelle dinamiche implementatrici dei rispettivi programmi di azione - finiscono per essere esposti, pressochè inevitabilmente, ad elevati rischi di collisione. In questa difficile situazione di vita si trova proprio il c.d. diritto penale europeo. Stretto, invero, tra il principio di prevalenza del diritto comunitario ed il canone della stretta legalità statale, esso dà vita ad un universo giuridico dai tratti singolari, essendo composto da norme in rapporti di reciproca antitesi: da un lato, quelle di origine comunitaria aventi pretesa di prevalenza anche in un settore che le vede prive di legittimazione; dall'altro, quelle penali nazionali, con pretesa di disciplina esclusiva, ma con l'obbligo di sottostare alle prime». Ed ancora, prosegue l'Autore, «sarebbe, peraltro, fuorviante considerare i contro-limiti alla stregua di un fattore di irrigidimento e di contrapposizione frontale tra ordinamenti; si perderebbe, infatti, l'occasione per valorizzarne le virtualità discorsive. Al contrario, essi vanno vissuti quali canali di dialogo tra UE e Stati membri: meglio, quale cassa di risonanza della "voce parlata" della Consulta nella costruzione di una *koivé* europea dei diritti fondamentali, permeata di umanesimo liberale e solidaristico. In questa prospettiva, il tradizionale sintagma "primauté vs controlimiti" potrebbe lasciare il posto all'espressione "primauté e contro limiti". Così intesa, la teoria dei contro-limiti appare funzionale ad assicurare la "migliore protezione", id est la protezione più avanzata, dei diritti fondamentali, pretesa dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali" - oggi divenuta vincolante in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona».

nale, che pretende una tutela conservativa anche verso le aspirazioni egemoniche del diritto comunitario, appartenendo ai principi istituzionali primari⁶², immanenti alla struttura dello Stato costituzionale». Solo così, in definitiva, sarà possibile trovare un ragionevole punto di equilibrio tra le ragioni che spingono verso l'uropeizzazione dei sistemi penali e l'esigenza di tenere ferma la garanzia della riserva di legge parlamentare, da intendersi come canale di dialogo tra UE e ordinamento interno. A voler ragionare diversamente, ossia, come pure è stato autorevolmente sostenuto, a voler proprio conservare lo strumento della delega legislativa, l'unica soluzione astrattamente compatibile sembrerebbe quella della formulazione di una delega che porti sostanzialmente in grembo, già scritto, il futuro decreto legislativo: in questo modo, tuttavia, «*lo strumento si rivelerebbe inutile, non residuando al delegato altro spazio se non quello, meramente esecutivo, di longa manus del potere legislativo*»⁶³.

È evidente che la materia necessita ancora -e con urgenza, per i diritti fondamentali toccati dalle sanzioni penali- di un nuovo intervento del legislatore, volto a rimuovere gli aspetti problematici e di ostacolo ad un pieno rispetto del principio della riserva di legge di cui all'art. 25, co. 2 Cost.

Un rafforzamento del ruolo del Parlamento nella fase discendente del diritto UE si è comunque avuto tramite l'art. 12 della legge n. 234 del 2012, che riguarda l'attivazione del c.d. freno di emergenza, attraverso il quale uno Stato membro può chiedere in seno al Consiglio che decisioni in ambito PESC, in materia di libera circolazione dei lavoratori, riconoscimento reciproco delle sentenze ed introduzione di ulteriori sfere in cui stabilire norme minime relative alla definizione di reati e sanzioni, siano rimesse al Consiglio europeo; nel corso dell'esame al Senato è stato precisato, in coerenza con quanto stabilito dai trattati, che, ove entrambe le Camere adottino un atto di indirizzo in tal senso colui che rappresenta l'Italia nel Consiglio è tenuto ad attivare il c.d. freno di emergenza⁶⁴. In questo modo, la garanzia di democraticità delle scelte politico criminali dell'UE si trasforma

⁶² MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, cit., p. 438.

⁶³ CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 320.

⁶⁴ Va precisato che già nel contesto dell'Unione europea sono stati disciplinati meccanismi di salvaguardia delle istanze nazionali (*emergencies breaks*), poiché tanto all'art. 82 quanto all'art. 83 del TFUE, viene fatta salva la possibilità per un membro del Consiglio di ritenere che un progetto di direttiva possa incidere su aspetti fondamentali del proprio ordinamento penale. In tal caso sarà possibile chiedere che il Consiglio Europeo sia investito della questione, con un effetto sospensivo, per la durata massima di quattro mesi, della relativa procedura. Previa discussione ed in caso di consenso, il Consiglio Europeo, entro quattro mesi dalla sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria, dopo la quale sospensione si apre la possibilità dell'adozione dell'atto sulla base di una procedura di cooperazione rafforzata.

nella possibilità per uno Stato membro di sospendere l'adozione a maggioranza qualificata di una direttiva, qualora la stessa incida su aspetti fondamentali del suo ordinamento giudiziario penale⁶⁵, quale è, nel nostro paese, la riserva di legge in materia penale. Tale strumento, posto a garanzia della sussidiarietà e della democraticità delle scelte in campo penale, può essere inteso pertanto come una sorta di contro-limite anticipato.

In definitiva, in una prospettiva *de iure condendo*, è auspicabile che già a livello comunitario venga definitivamente sanato il *deficit* democratico intrinsecamente connesso alle fonti dell'Unione, giacché gli interventi correttivi introdotti con il Trattato di Lisbona necessitano di ulteriori aggiustamenti in tal senso; a livello interno, invece, sarebbe auspicabile che quantomeno l'attuazione degli obblighi europei di criminalizzazione sfugga alla delegazione legislativa, per essere ricondotta alla competenza dell'unico soggetto istituzionale fornito di legittimazione democratica e rappresentante la volontà dell'intero popolo, il Parlamento.

⁶⁵ PELISSERO, *Dalle sollecitazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia al Trattato di Lisbona: il rafforzamento della politica penale dell'Unione europea*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di Vinciguerra, Dassano, Napoli, 2010, p. 661 ss.