

## ANTICIPAZIONI

---

**ROSARIA SICURELLA**

**Il diritto penale europeo dopo Lisbona.  
Dall' "ossimoro polisenso" al diritto penale di un  
sistema di ordinamenti integrati.  
Ancora a metà del guado<sup>1</sup>.**

Riconoscendo espressamente una dimensione penale propria dell'ordinamento sovranazionale europeo, le disposizioni del Trattato di Lisbona sanciscono il definitivo superamento di una concezione dei rapporti tra ordinamento europeo e diritto penale in termini di fisiologica separazione, nonché di esclusiva strumentalità delle disposizioni e della giustizia penale rispetto alla tenuta della normativa europea. Parrebbe tuttavia doversi registrare quasi un disimpegno a livello europeo circa la necessità di una fondamentazione del diritto penale europeo alla luce dei principi che presidiano l'esercizio dello *ius puniendi* declinati finora su scala nazionale, e ancora oggi alla ricerca di una compiuta e consapevole articolazione nell'ordinamento dell'Unione. Tale constatazione non inficia tuttavia le potenzialità fondative del trattato e la perdurante attualità della sfida alla costruzione di una teoria dell'intervento penale a livello europeo.

*The European Criminal Law after Lisbon. From the "polysemous oxymoron" to the Criminal Law of a system of integrated legal orders. Still in midstream.*

*By expressly recognizing a Criminal law dimension of the EU legal order, the Treaty of Lisbon definitively overcomes the idea of Criminal Law and the European system as physiologically separated, and also the idea of Criminal justice provisions as a mere tool to guarantee the respect of European law. However, a disengagement at the European level is to be noted about the need to establish the European Criminal Law according to the principles that are at the basis of the *ius puniendi*, and that were developed so far at a national level but that need to be well established also at the EU level. This remark, however, does not undermine the potential of the treaty to provide for such a foundation, and the persisting relevance of the challenge of setting up a theory of criminal law initiatives at EU level.*

**SOMMARIO:** 1. - Considerazioni introduttive. A Lisbona qualcosa è cambiato - 2. L'affermazione di una dimensione penale della costruzione europea. - 3. (Ri)Fondare il diritto penale dell'Unione: un impegno ineludibile. - 4. Il cammino, tuttora inesplorato, prefigurato dal trattato. - 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive. A Lisbona qualcosa è cambiato.* A poco più di dieci anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, recante il primo formale riconoscimento di una competenza propria dell'Unione europea in materia penale, l'azione a livello sovranazionale in tale ambito sensibile e nevralgico è lungi dall'aver trovato un assetto chiaramente definito, nonché, più a monte, dall'aver introiettato una maturata (o per lo meno maturanda) consapevolezza e capacità di esercizio di una tale competenza.

---

<sup>1</sup> Il presente lavoro è destinato agli scritti in onore di Alessandro Bernardi, *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, a cura di C. Grandi, Pisa, Pacini, 2021.

L'attribuzione al legislatore europeo della competenza a porre veri e propri obblighi di penalizzazione, e per tale via la responsabilità della scelta topica tra punire e non punire, segna il punto di arrivo di un lungo cammino, rimasto inizialmente sotterraneo (ma non per questo meno incisivo), che prende le mosse dall'inizio dell'attività delle Comunità europee, e dalla graduale emersione di nuovi beni giuridici, originati dall'esistenza stessa delle Comunità (beni di natura essenzialmente istituzionale), e pertanto fisiologicamente europei, o dall'affermazione di una specifica dimensione europea di beni giuridici preesistenti a livello nazionale, precipuo oggetto degli interventi normativi del legislatore europeo nell'ordinario esercizio delle proprie competenze normative nei settori previsti dai trattati. Riconoscendo espressamente una dimensione penale propria dell'ordinamento sovranazionale europeo - peraltro già prefigurata dalla consacrazione nel Trattato di Amsterdam del comune obiettivo dello sviluppo dell'Unione quale «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» -, le disposizioni del Trattato di Lisbona sanciscono il definitivo superamento di una concezione dei rapporti tra ordinamento europeo e diritto penale in termini di insuperabile separazione, di strutturale e fisiologica alterità, nonché di esclusiva strumentalità delle disposizioni e della giustizia penale rispetto alla tenuta della normativa europea<sup>2</sup>.

A fronte della perdurante - e per certi versi irriducibile - polisemia dell'espressione "diritto penale europeo" laddove impiegata quale nozione sintetica delle dinamiche molto diverse interessanti la materia penale, e scaturenti non solo dall'ordinamento dell'Unione ma altresì dal sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (sistema CEDU), l'ossimoro rilevato da Sandro Bernardi con riguardo ai rapporti tra diritto comunitario e diritto penale parrebbe ormai trovare nelle disposizioni del Trattato di Lisbona il percorso formale ed istituzionale per il suo superamento<sup>3</sup>; sebbene una tale constatazione sia lungi dal poter cancellare con un tratto di penna le inevitabili tensioni con i principi che presidiano l'esercizio dello *ius puniendi* declinati finora su scala nazionale, e ancora oggi alla ricerca di una compiuta e consapevole articolazione nell'ordinamento dell'Unione. Sotto tale profilo, parrebbe anzi doversi registrare quasi un disimpegno a livello europeo, dopo le promettenti iniziative assunte dalle tre istituzioni politiche europee

<sup>2</sup> Le riflessioni condotte nel presente lavoro sono essenzialmente incentrate sulla competenza normativa in materia penale definita all'art. 83 TFUE, rimanendo fuori dall'indagine le questioni relative ad altre disposizioni del trattato - imanzitutto l'art. 325 TFUE in materia di tutela delle finanze dell'Unione - ritenute espressione di ulteriori settori di intervento dell'Unione in materia penale.

<sup>3</sup> BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, 333 ss.

all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che, sebbene non scevre da ambiguità o semplificazioni, riflettevano la chiara consapevolezza della necessità di assicurare all'esercizio della competenza ormai attribuita all'Unione di disporre puntuali obblighi di penalizzazione un solido impianto teorico e politico criminale<sup>4</sup>. Un impianto che, pur pensato sull'esperienza degli ordinamenti nazionali, coniughi ed armonizzi il rispetto dei principi generali dell'intervento penale in un ordinamento di stampo liberale con i caratteri propri della costruzione europea, a partire da quei principi (essenzialmente) costituzionali iscritti nella prima parte del trattato, e che si aprono ad un possibile sviluppo (anche) in chiave penalistica; con l'ulteriore pregio di concretizzare, in particolare guardando al combinato disposto degli artt. 2 e 6 TUE, quella piena integrazione della tutela dei diritti fondamentali (per lo meno) nello spazio della piccola Europa prefigurato dalla formula normativa dell'art. 6 TUE. Una tale integrazione, senza dubbio avviata nella prassi delle due Corti europee, tuttavia non si è ad oggi tradotta nella declinazione delle specifiche garanzie che devono presiedere all'esercizio della potestà punitiva prima ancora del momento *stricto sensu* processuale dell'accertamento dei fatti e della responsabilità (nella forma dei diritti di difesa e dell'equo processo)<sup>5</sup>, già nella fase delle scelte di penalizzazione<sup>6</sup>.

Sebbene molti dei rischi paventati in seguito all'attribuzione all'Unione di una competenza in materia penale parrebbero nei fatti essere stati scongiurati - in particolare il rischio di un'azione dell'Unione ispirata da esigenze promozionali, e destinata a rompere i deboli argini apprestati dalla scarsa selettività della formula normativa dell'art. 83 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione

---

<sup>4</sup> *Council Conclusions on model provisions, guiding the Council's criminal law deliberations*, 30-11-2009; Comunicazione della Commissione "Verso una politica criminale europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione europea attraverso il diritto penale", 20-9-2011, COM (2011) 573; Risoluzione del Parlamento europeo, *Approccio dell'UE in materia di diritto penale*, 22-5-2012, (2010/2310(INI)), GUUE C 264E, 13-9-2013, p. 7 ss.

<sup>5</sup> Un efficace panorama sul punto è offerto dai contributi raccolti in, *Effective Defence Rights in Criminal Proceedings. A European and Comparative Study on Judicial Remedies*, a cura di Allegrezza, Covoio. Padova, 2018.

<sup>6</sup> La (ormai) costante affermazione della correlazione inscindibile tra stato di diritto e diritti fondamentali che si rinviene nella giurisprudenza di Lussemburgo come nelle più recenti prese di posizione della Commissione europea non è finora sfociata nella definizione di una seppur minimale teorica dell'intervento punitivo nell'ordinamento dell'Unione; cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e Europeo e al Comitato delle Regioni. Relazione sullo Stato di diritto 2020, La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea*, COM (2020) 580; *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e Europeo e al Comitato delle Regioni sul piano d'azione per la democrazia europea*, COM(2020)790.

(TFUE)<sup>7</sup> –, il mancato sviluppo di una “politica penale europea” alla base degli interventi di penalizzazione, e la visibile assenza di un “programma” nei limiti (sia per i settori interessati che per le tecniche impiegate) interventi normativi dell’Unione, riflette in effetti lo iato ad oggi esistente tra l’impianto istituzionale e normativo europeo e la complessità dell’esercizio di una competenza penale (seppur solo indiretta o mediata), per aver di fatto rinunciato ad approfondire quel percorso di costituzionalizzazione da molti auspicato<sup>8</sup>, e che avrebbe tra l’altro implicato l’interiorizzazione dei meccanismi sottesi all’esercizio dello *ius puniendi* ed espressione delle istanze di tutela e dei valori comuni di una “comunità”, nonché di quella dinamica garantistica che, lungi dall’operare esclusivamente quale limite esterno, dovrebbe risultare fisiologicamente e ontologicamente integrata alle scelte di penalizzazione maturate nell’ambito dell’ordinamento europeo. Più in generale, non ha registrato il necessario approfondimento (sul piano teorico prima che operativo) il salto qualitativo impresso dalle disposizioni del Trattato di Lisbona all’azione dell’Unione in materia penale, e specialmente l’autonomia funzionale dell’intervento dell’Unione ex art. 83 TFUE rispetto alle esigenze di ravviamiento normativo collegate al miglioramento della cooperazione giudiziaria. Sebbene costretta nella collocazione riduttiva del capitolo V del Trattato di Lisbona dedicato alla cooperazione giudiziaria, la competenza normativa oggi riconosciuta al legislatore europeo dall’art. 83 TFUE si è definitivamente emancipata dal collegamento funzionale con la stessa, laddove l’armonizzazione funzionale al mutuo riconoscimento trova il suo referente normativo all’art. 82 TFUE. Una tale autonomia funzionale della competenza del legislatore europeo nei settori di cui all’art. 83 TFUE risulta tanto più evidente con riguardo alle ipotesi di cui all’art. 83.2 TFUE<sup>9</sup>, dove

<sup>7</sup> Tra gli altri, cfr. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 334 ss.

<sup>8</sup> Il processo di costituzionalizzazione dell’ordinamento europeo è uno dei temi ricorrenti nella vastissima produzione di Sandro Bernardi sul diritto penale europeo; *ex multis*, si vedano, BERNARDI, *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell’Unione europea. Note di un penalista*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 551 ss.; ID., *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell’Unione europea. Brevi osservazioni di un penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 230 ss.

<sup>9</sup> Merita di essere ricordato come la competenza c.d. accessoria in verità si sia esplicita ben prima della sua espressa previsione all’art. 83.2 TFUE, non soltanto con riguardo ai settori interessati dalle due pronunce della Corte di Giustizia del 2005 e del 2007 (CGCE 13-9-2005, *Commissione c. Consiglio*, C-176/03, EU:C:1989:339; CGCE 23-10-2007, *Commissione c. Consiglio*, C-440/05, EU:C:2007:625), ma anche con l’adozione di alcune direttive nel vigore del precedente trattato; oltre alla Direttiva 2008/99/CE, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell’ambiente, e alla Direttiva 2009/123/CE relativa all’inquinamento provocato dalle navi e all’introduzione di sanzioni per violazioni, si vedano altresì Direttiva 2009/48/CE del 18 giugno 2009 sulla sicurezza dei giocattoli; e Direttiva 2009/52/CE

l'introduzione di obblighi di penalizzazione è posta direttamente in relazione con più ampi interventi di armonizzazione settoriale e, in ultima analisi, a tutela degli interessi che fanno l'oggetto della normativa europea di settore<sup>10</sup>; il che spiega, d'altronde, il particolare rigore espresso, seppur in termini non particolarmente dotati di efficacia euristica, con riferimento alla condizione della "indispensabilità" dell'adozione di norme minime in materia di reati e pene che potrebbe riguardare qualunque settore interessato da una politica dell'Unione<sup>11</sup>. Una indispensabilità, questa, che si pone tuttavia esclusivamente come criterio di legittimazione dell'intervento dell'Unione in un ambito a competenza concorrente, e pertanto quale specificazione di quel vaglio di sussidiarietà europea condizione ineliminabile di legittimazione di qualunque intervento dell'Unione anche al di fuori del più sensibile settore penale<sup>12</sup>. L'assenza di interventi significativi di ravvicinamento normativo nell'attuale fase del processo di integrazione europea in materia penale, pressochè completamente focalizzato sull'attuazione degli strumenti di mutuo riconoscimento e, in particolare negli ultimi anni, sull'attuazione della Procura europea, nonché proiettato alle ambiziose prospettive indicate nella "Strategia dell'UE per l'Unione della sicurezza" recentemente pubblicata dalla Commissione<sup>13</sup>, nell'ambito della quale l'intervento del diritto penale, sebbene non concepito quale strumento esclusivo, rimane tuttavia cruciale, non fa certamente venire meno la stringente necessità di un radicale cambio di passo delle istituzioni europee quanto alla chiara definizione dell'ancoraggio garantistico di ogni intervento dell'Unione in grado di incidere sull'ambito della responsabilità penale. Un cambio di passo, questo, che si impone per la natura stessa dell'intervento penale, e la relativa valenza di "comunicazione valoriale"; e, ciò nonostante, la realtà necessariamente puntuale e parcellizzata

---

del 18 giugno 2009 che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti dei datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

<sup>10</sup> Sull'autonomia funzionale (anche) della competenza c.d. accessoria, si veda la ricostruzione attenta in BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 46.

<sup>11</sup> In proposito, non può essere sottovalutata la potenzialità fortemente espansiva della competenza dell'Unione fissata all'art. 83 TFUE, rispetto alla quale il controllo *ex post* da parte della Corte di Giustizia non costituisce argine adeguato ad un eventuale 'esuberanza' repressiva del legislatore europeo; come chiaramente evidenziato ancora da Alessandro Bernardi nel suo *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, cit., 51.

<sup>12</sup> Sulla distinzione tra sussidiarietà europea e sussidiarietà penale rimangono senza dubbio attuali le ampie considerazioni di DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 134 ss.

<sup>13</sup> COM(2020)605.

dell'intervento dell'Unione in materia penale (in ossequio al principio di sussidiarietà europea, prima ancora che al principio di *extrema ratio* penale). In particolare, a fronte di una giurisprudenza europea incerta ed ondivaga sulla rilevanza da riconoscere ad alcuni principi cardine della responsabilità penale, appare improcrastinabile la presa di coscienza della Corte di Lussemburgo circa la necessità di un complessivo ripensamento (anche) dei principi tradizionali della costruzione europea - *in primis* il principio di prevalenza del diritto europeo su quello nazionale, e il principio di diretta efficacia, cui può essere ricollegato anche l'obbligo in capo al giudice nazionale di interpretazione conforme - in grado di superare le tensioni e le soluzioni compromissorie e inappaganti finora adottate, e declinare un assetto degli stessi che traduca l'irriducibile specificità della materia penale. Più precisamente, alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia hanno chiaramente messo in luce come il risalente riconoscimento della centralità del principio di legalità quale vero e proprio diritto fondamentale dell'ordinamento europeo, da ultimo formalizzato nella disposizione dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (Carta UE), nonché le importanti conseguenze da tempo rilevate dalla Corte di Giustizia circa i limiti che questo implica relativamente al potere/dovere del giudice interno di interpretare il diritto nazionale (anche penale) in conformità al diritto europeo<sup>14</sup>, rappresentino una costruzione giurisprudenziale (ancora) *in fieri*<sup>15</sup>, rimanendo sostanzialmente irrisolte le inevitabili tensioni tra istanze della legalità e quelle dell'efficacia del diritto europeo, in grado di incidere su profili essenziali della legalità penale (per lo meno nella sua declinazione negli ordinamenti di diritto continentale imperniati su una legalità formale che alla riserva di legge accompagna logicamente, oltre alla irretroattività della norma penale, i corollari della precisione e determinatezza della stessa, nonché il divieto di applicazione analogica), e tra queste la possibilità di una estensione anche alle disposizioni di diritto primario (dei trattati), o contenute in regolamenti, delle affermazioni consolidate con riguardo essenzialmente alla inammissibilità (rispetto all'ordinamento europeo) di un'interpretazione *praeter legem* delle direttive in ambito penale; o ancora i margini di manovra del giudice di Lussemburgo nell'ambito di un ricorso in via pregiudiziale rispetto ad una interpretazione ampia di una nozione conte-

<sup>14</sup> Il riferimento è in particolare a CGUE 8-10-1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, C-80/86, EU:C:1987:431. Il primo espresso riferimento al principio di legalità/irretroattività è rinvenibile in CGCE 10-7-1984, *Kirk*, C 68/83, EU:C:1984:255; sul punto, si veda anche CGCE *Procedimenti penali c. X*, C -74/95 e 129/95.

<sup>15</sup> In questo senso, si vedano anche le Conclusioni formulate dall'Avvocato generale Bobek nel caso C-310/16, 25-7-2018, *Dzivev*, ECLI:EU:C:2018:623, pt 68.

nuta in una direttiva allorquando questa risulta fornire i contenuti di un elemento della fattispecie penale<sup>16</sup>.

La pubblicazione di questi studi avviene in un momento senza dubbio cruciale e possibilmente anche fertile ai fini di una rinnovata riflessione sulle complesse dinamiche del diritto penale europeo. Il cambio di passo dell'Unione, le cui iniziative in epoca di pandemia hanno mostrato la faccia solidale dell'Europa (pur confermando alcuni fondamentali limiti strutturali), dopo il rigore e la ritenuta disumanità dell'Europa matrigna in occasione della crisi scaturita nel 2008 e protrattasi fino a quando non sostituita e aggravata dalla crisi sanitaria e sociale, oltre che economica, che ha scosso e continua a scuotere dagli inizi dello scorso anno popolazioni e governi di tutto il mondo, potrebbe forse contribuire a definire un contesto non solo socio-politico e culturale ma anche psicologico più disponibile ad un ri-valutazione dell'azione dell'Unione anche in materia penale. Pur senza in alcun modo sminuire le gravi mancanze e le colpevoli sottovalutazioni delle istituzioni europee, e in particolare del legislatore europeo e del giudice di Lussemburgo che parrebbero non avere nei fatti maturato la piena consapevolezza della fisiologica diversità della materia penale e del cambio di paradigma imposto dalla materia dei valori e dalla consolidata impalcatura costituzionale che la sorregge nei vari ordinamenti nazionali, uno spiraglio potrebbe schiudersi rispetto alla possibilità di un mutamento del contesto socio-culturale, più aperto alla prospettiva di una progressiva maturazione delle istituzioni europee a fronte di un testo del trattato che si apre ad interpretazioni che consentono iniziative ben più ambiziose e meditate.

2. *L'affermazione di una dimensione penale della costruzione europea.* Le disposizioni del trattato relative alla materia penale (artt. 82 TFUE ss.) – che devono evidentemente essere lette, nell'ottica di una necessaria interpretazione sistematica, alla luce e quali elementi di specificazione normativa del complesso di disposizioni di carattere generale contenute nella prima parte dello stesso trattato, nonché delle disposizioni del Trattato generale sull'Unione (TUE) recante quelle che potrebbero definirsi le disposizioni di carattere strutturale e di natura essenzialmente costituzionale –, costituiscono senza

---

<sup>16</sup> La questione sollevata nel testo è tutt'altro che marginale laddove si consideri come l'integrazione della norma europea dei contenuti di un elemento normativo della fattispecie rappresenta una delle vie maestre del processo di "europeizzazione" del diritto penale. Così BERNARDI, *Europeanizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, XXXI, 475.

dubbio l'esito di un percorso di progressiva attrazione della materia penale nella costruzione europea. Gli sviluppi registrati già a partire dal Trattato di Maastricht, seppur tutt'altro che lineari e pacifici, riflettono la progressiva e al tempo stesso inarrestabile introiezione del diritto penale nel processo di integrazione europea; con quanto ciò ha comportato sul piano di un'accresciuta complessità di molte questioni topiche del diritto penale di cui è andata via via affermandosi una dimensione propriamente europea.

La dinamica di progressiva apertura della costruzione europea alla materia penale registrata dalle significative modifiche dei trattati succedutesi in particolare tra il 1992 e il 2007, e realizzata al prezzo di una iniziale rottura dell'unitarietà dell'ordinamento comunitario – e pertanto di una mutazione genetica della stessa costruzione europea così come concepita all'origine – formalizzatasi nel passaggio da una costruzione unitaria (quella delle origini definita dal Trattato di Roma del 1957) ad una costruzione “in pilastri” inaugurata con il Trattato di Maastricht e sostanzialmente confermata fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1 dicembre 2009, si è mossa in parallelo ad una meno visibile (ma non per questo meno pregnante di conseguenze, e anzi forse di maggiore impatto proprio in ragione del suo agire carsico) dinamica evolutiva delle forme e soprattutto della incisività dei vincoli scaturenti dal diritto sovranazionale sulla definizione degli ambiti della responsabilità penale nei settori rientranti nella competenza normativa dell'ordinamento europeo, e la conseguente progressiva sussunzione a livello dell'ordinamento sovranazionale della scelta del punire/non punire; scelta tutt'altro che neutra e svincolata da precise premesse valoriali prima ancora che politico-criminali<sup>17</sup>. A differenza della prima, che attiene essenzialmente ad una dimensione normativo-istituzionale, questa seconda dinamica è stata originata in larga parte ‘dal basso’, *in primis* dai giudici europei, cioè la Corte di giustizia dell'Unione, e dai giudici nazionali impegnati in una costante interlocuzione che ha progressivamente gettato le fondamenta di un sistema di tutela realmente integrato. La giurisprudenza europea mostra la progressiva erosione della presunta esclusività della competenza degli Stati in materia penale, definendo un assetto dei rapporti tra ordinamento comunitario (e poi euro-unitario) e sistemi penali nazionali in cui l'opera di definizione del penalmente rilevante vede sempre meno le autorità nazionali quali attori esclu-

---

<sup>17</sup> Sul punto, per più ampi sviluppi, sia consentito rinviare a SICURELLA, *Lo spazio penale europeo dopo Lisbona: le nuove competenze dell'Unione europea alla prova dei principi fondamentali dello stato di diritto*, in *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di Parisi, Petralia, Torino, 2011, 87 ss.

sivi delle scelte di penalizzazione formalizzate all'interno di ciascun ordinamento<sup>18</sup>.

In particolare, a partire dalla ormai celeberrima sentenza pronunciata, oltre trent'anni orsono, nel caso del c.d. mais greco<sup>19</sup>, a buon diritto additata come il *leading case* nella definizione degli obblighi di tutela incombenti sugli Stati, e in generale nella definizione dell'assetto delle competenze europee e nazionali nella tutela di beni giuridici interessati dal processo di integrazione europea, è chiaro il percorso di progressiva penalizzazione dell'ordinamento europeo assicurato dal ricchissimo filone della giurisprudenza europea relativa ai vincoli posti al legislatore nazionale quanto alla predisposizione della risposta sanzionatoria a violazioni del diritto europeo (o del diritto nazionale laddove posto in attuazione della normativa europea), nell'ambito di un sistema di c.d. tutela mediata degli interessi comunitari che, nel silenzio dei trattati circa l'esistenza di una precisa competenza sanzionatoria delle istituzioni europee, demanda la responsabilità di assicurare il rispetto del diritto europeo innanzitutto agli Stati, la cui adesione alla Comunità (e oggi all'Unione) comporta l'obbligo di mettere il proprio sistema giuridico al servizio delle esigenze di tutela dell'ente sovranazionale. Lungi tuttavia dal sancire l'esclusività e la totale discrezionalità delle scelte sanzionatorie in capo alle istanze decisionali degli Stati membri e la conseguente estraneità dell'ordinamento europeo, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo traduce non solo l'esigenza dell'ente sovranazionale di condizionare la scelta di una tale risposta sanzionatoria ma più a monte la competenza dello stesso a vincolare al rispetto delle proprie direttive gli Stati membri che, nei settori interessati dalla disciplina europea, risultano quindi intervenire idealmente quale *longa manus* repressiva dell'ordinamento sovranazionale. A partire dal generale principio di leale cooperazione o fedeltà comunitaria (originariamente sancito all'art. 5 TCEE, divenuto l'art. 10 TCE a seguito dell'adozione del Trattato di Amsterdam, e oggi iscritto all'art. 4 TUE del Trattato di Lisbona), la Corte ha progressivamente dedotto un preciso obbligo di risultato quanto alla "adeguatezza" della

<sup>18</sup> Per stimolanti spunti di riflessione sul punto, cfr. NIETO MARTÍN, *Modelos de organización judicial en el derecho penal europeo*, in *Los Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, a cura di Díez Picazo, Nieto Martín, Cizur Menor (Navarra), 2010, 143 ss.

<sup>19</sup> CGCE 21-9-1989, *Commissione c. Grecia*, 68/88. Per un recente commento, cfr. GIUFFRIDA, *Effectiveness, Proportionality of Sanctions and Assimilation Principle. The Long-lasting Legacy of the Greek Maize Casey*, in *The Court of Justice and European Criminal Law. Leading Cases in a Contextual Analysis*, a cura di Mitsilegas, Martino, Mancano, Hart Publishing, 2019, p. 107 ss.; e *ivi* sia consentito rinviare a SICURELLA, *The Greek Maize Case. From Sincere Cooperation to Criminal Law Integration in the EU*, 122 ss.

sanzione nazionale posta a tutela degli interessi della costruzione europea, articolato in un coacervo di vincoli estremamente pregnanti in termini di condotte da sottoporre a sanzione come in termini di carica sanzionatoria. Un percorso, questo, connotato dalla crescente considerazione della pena quale risposta sanzionatoria precipuamente ricercata con riguardo a violazioni della normativa europea, che com'è noto trova il suo primo sbocco nella sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia il 13 settembre 2005<sup>20</sup>, che sancendo in via pretoria quella competenza a disporre obblighi di penalizzazione già prevista dal Trattato costituzionale adottato nell'ottobre 2004, ma rimasta lettera morta per la mancata entrata in vigore del trattato stesso a seguito dell'esito negativo dei *referenda* francese e olandese, segna un'indubbia cesura (per certi versi problematica quanto alla legittimità rispetto al quadro delle competenze di attribuzione) rispetto ad un consolidato approccio che, pur non escludendo *a priori* la legittimità di veri e propri obblighi europei di penalizzazione, cioè di disposizioni direttamente vincolanti recanti l'obbligo per il legislatore nazionale di qualificare come reato (e quindi come illecito penale) una certa condotta costituente violazione della normativa europea, aveva fino ad allora evitato qualunque diretto vincolo alla penalizzazione di matrice europea<sup>21</sup>. Le soluzioni sul punto maturate all'interno della Convenzione euro-

<sup>20</sup> CGCE 13-9-2005, *Commissione c. Consiglio*, C- 176/03, cit.; *adde*, CGCE 23-10-2007, *Commissione c. Consiglio*, C- 440/05, cit.

<sup>21</sup> Sebbene già previste in alcune proposte di direttiva presentate dalla Commissione già negli anni Settanta (cfr. le proposte di direttiva della Commissione relative alla lotta contro l'immigrazione illegale presentate il 4 novembre 1976 e il 5 aprile 1978 (rispettivamente *GUCE* del 23 novembre 1976, C 277, p. 2; e *GUCE* del 22 aprile 1978, C 97, p. 9), peraltro mai adottate, nonostante il parere favorevole del Comitato economico e sociale (*GUCE* del 30 marzo 1977, C 77; *GUCE* del 13 novembre 1978, C 269) e del Parlamento europeo (*GUCE* del 12 dicembre 1977 C 299; *GUCE* del 6 gennaio 1978, C 261), proprio in ragione della specifica previsione di un obbligo in capo agli Stati membri di disporre, per i casi di violazione grave, "pene privative di libertà", fino all'intervento della Corte nel 2005, le disposizioni recanti diretti obblighi di penalizzazione sono state sempre cassate al passaggio in Consiglio, e sostituite con la più generale previsione, divenuta quasi una formula di rito, di un obbligo degli Stati a adottare «sanzioni efficaci, proporzionate e sufficientemente dissuasive». Interessante in proposito si presenta la soluzione prescelta in occasione dell'adozione della direttiva 10 giugno 1991, 91/308/CEE in materia di riciclaggio, in cui l'assenza nel testo normativo di ogni riferimento alla natura penale delle sanzioni (nonostante il richiamo alle sanzioni penali presente nel preambolo) si accompagna tuttavia alla Dichiarazione congiunta degli Stati membri ed allegata alla stessa direttiva concernente l'impegno ad adottare entro il 31 dicembre 1992 una disciplina di carattere penale. Di direttive «intonate in senso penalistico» parla in proposito RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996 127; per un *excursus* sui progetti di direttive recanti vincoli per gli Stati ad adottare sanzioni penali e mai adottate per il conseguente dissenso degli Stati membri, cfr. DUTOIT, *Droit pénal et Union européenne: un mariage difficile*, in AA.VV. *Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier*, Berna, 1996, 266.

pea presieduta da Valéry Giscard D'Estaing e confluite nelle previsioni del Trattato costituzionale hanno senza dubbio fornito l'occasione per un'accelerazione del processo che, pur con evidenti forzature dell'*acquis*, avrebbe condotto la Corte di Lussemburgo all'esplicito riconoscimento in capo al legislatore europeo della competenza a disporre obblighi di penalizzazione. Non può non essere criticamente rilevato l'intento *lato sensu* politico perseguito dalla Corte di Giustizia nella sentenza sulla tutela penale dell'ambiente, di sollecitare il superamento dell'*impasse* provocata dai *referenda* francese e olandese che rischiava di far naufragare l'intenso processo di riforma avviato con i lavori della Convenzione<sup>22</sup>. Una tale soluzione, d'altronde, si muove all'unisono con la *nouvelle vague* di proposte di direttiva presentate dalla Commissione in concomitanza con i lavori della Convenzione, e recanti espliciti obblighi di prevedere quali illeciti penali le infrazioni ad alcune disposizioni da queste previste<sup>23</sup>. Non a caso, proprio una delle suddette proposte di direttiva - la proposta di direttiva sulla tutela penale dell'ambiente, presentata dalla Commissione nel 2001 -, sarà all'origine del conflitto istituzionale tra Commissione e Consiglio dell'Unione che porterà alla pronuncia della Corte di Giustizia destinata a segnare un elemento di svolta decisivo nella situazione di stallo politico succeduto al mancato completamento delle procedure di ratifica del Trattato costituzionale.

---

<sup>22</sup> Lo stesso obiettivo parrebbe essere stato perseguito dalla Corte di Lussemburgo nella sentenza pronunciata lo stesso anno nel caso Pupino). Corte giust. 16 giugno 2005, in causa C-105/03, in *Raccolta*, p. I-5285 ss., in cui la Corte ha concluso per l'esistenza di un obbligo di interpretazione conforme, fin qui riconosciuto solo con riguardo al diritto comunitario *stricto sensu* inteso, anche con riguardo alle decisioni-quadro, sulla scia di quanto d'altronde sostenuto dalla Commissione e dall'Avvocato generale Juliane Kokott; così segnando un primo superamento degli elementi di differenziazione strutturale tra primo e terzo pilastro, superamento previsto nel Trattato costituzionale e che, che com'è noto, è stato definitivamente sancito dal Trattato di Lisbona.

<sup>23</sup> Si fa qui riferimento innanzitutto alle due proposte di direttiva relative, rispettivamente, alla tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale (COM(2001) 139, del 13 marzo 2001, in *GUCE* del 26 giugno 2001, C 180, p. 238 ss.) e alla protezione penale degli interessi finanziari della Comunità (COM(2001) 272, del 23 maggio 2001, in *GUCE* del 28 agosto 2001, C 240, p. 125 ss.), cui si è successivamente aggiunta la proposta di direttiva relativa alla repressione dell'inquinamento causato dalle navi (COM(2003) 155 del 7 aprile 2003) e la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure penali volte ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale del 17 giugno 2005 (COM(2005) 276), volta a rafforzare la lotta alla contraffazione e la pirateria (ed infatti adottata in collegamento con la direttiva 29 aprile 2004, 2004/48/CE, in *GUUE* del 2 giugno 2004, L 195, p. 16, che al *considerando* 28 afferma che «oltre alle misure, procedure e riparazioni di natura civile e amministrativa previste ai sensi della presente direttiva, delle sanzioni penali costituiscono anche, nei casi appropriati, un mezzo per assicurare il rispetto dei diritti della proprietà intellettuale»).

3. *(Ri) Fondare il diritto penale dell'Unione: un impegno ineludibile.* A fronte di un trattato che, sebbene depauperato delle disposizioni più spiccatamente espressione dell'anelito costituzionale del precedente testo adottato nel 2004, accompagna la sempre maggiore espansione delle competenze dell'Unione, e in particolare l'attribuzione di una competenza in materia penale (per quanto indiretta o parziale, esprimendosi esclusivamente attraverso l'adozione di direttive), con l'espressa consacrazione di un articolato assetto costituzionale della tutela dei diritti fondamentali, le iniziative del legislatore europeo, e soprattutto le scarsamente incisive posizioni della Corte di Lussemburgo hanno senza dubbio finora mancato di cogliere le possibilità offerte per una costituzionalizzazione del diritto penale europeo. In particolare, non è stata finora colta l'opportunità offerta dal trattato di una sua (ri-)fondazione nell'attuale "quadro costituzionale dell'Unione"<sup>24</sup>, a partire dalla centralità della Carta - che il trattato assicura prevedendo canali di continuo aggiornamento della stessa attraverso la conferma, quali ulteriori fonti di diritti, delle tradizioni costituzionali comuni, nonché della CEDU, - che oltre ad ergersi a parametro di legittimità di qualunque atto comunitario<sup>25</sup>, è deputata a porsi quale direttrice essenziale degli interventi del legislatore europeo in materia penale. Se è inevitabile la constatazione del criticabile disimpegno circa la chiara enucleazione delle istanze fondative di una vera e propria politica criminale europea, nonché della sostanziale marginalizzazione delle prese di posizione delle tre istituzioni politiche all'indomani dell'adozione del Trattato di Lisbona, è altrettanto degno di nota la consapevolezza che stessi queste ultime esprimono circa la necessità di una più puntuale declinazione del percorso formativo delle scelte di penalizzazione fondate sull'art. 83 TFUE, a partire da quei principi di offensività, *extrema ratio* e proporzione che stanno alla base di ogni politica criminale di stampo liberale e che, pur non espressamente richiamati dal trattato, risultano parametri irrinunciabili per ogni intervento in materia penale che si voglia rispettoso dello stato di diritto, espressamente annoverato dall'art. 2 TUE tra i valori "fondanti" l'Unione, e della centralità della persona che questo sottende (e che trova essa stessa espresso riconoscimento all'art. 2 TUE nel riferimento alla "dignità della persona")<sup>26</sup>. Un di-

<sup>24</sup> L'espressione "quadro costituzionale dell'Unione" si rinviene nel *parere 1/17* della Corte di giustizia

<sup>25</sup> Come d'altronde affermato dalla stessa Corte di Giustizia nel famoso parere (negativo) espresso circa l'adesione alla CEDU; CGUE 18 dicembre 2014, parere n. 2/13, para. 169.

<sup>26</sup> Nel senso che l'art. 2 TUE "esprime le radici profonde e l'impronta identitaria dell'Unione europea e, allo stesso tempo, delinea il contratto sociale su cui questa si basa, ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'art. 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi.it* 2020, n. 19.

scorso fondativo, questo, che la Corte di Giustizia avrebbe potuto (e dovuto) riprendere e sviluppare, cogliendo altresì l'occasione per introiettare nell'ordinamento eurounitario, con i necessari adeguamenti, il discorso ormai da tempo avviato dalla Corte di Strasburgo sulla finalità rieducativa della pena<sup>27</sup>, e la risposta alla domanda divenuta ineludibile per l'Unione del perché punire a livello europeo. Un percorso fondativo, ancora, che appare oggi più di ieri necessario a fronte delle diffuse riserve sollevate rispetto alle iniziative normative dell'Unione dell'ultimo decennio che appaiono manifestamente poco ponderate rispetto ai canoni tradizionali dell'intervento punitivo<sup>28</sup>.

Alle non poche voci critiche ha dato ulteriormente fiato la decisione della Corte di giustizia nell'*affaire Taricco*<sup>29</sup>. La non adeguata puntualizzazione ed articolazione della dimensione dei diritti fondamentali in gioco – ed *in primis* la legalità penale – a fronte di un'argomentazione pressoché esclusivamente improntata all'affermazione di una esigenza onnivora di efficacia del diritto eurounitario parrebbero infatti preludere ad una complessiva regressione garantistica<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Com'è noto, è in particolare a partire dalla sentenza pronunciata dalla Grande Camera nel caso *Vinter* (Corte EDU, *Vinter e altri c. Regno Unito* [GC], 66069, 130/10 e 3896/10, 9 luglio 2003) che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, fin lì piuttosto cauta e in verità scarsamente significativa, ha segnato un deciso cambio di passo. Si veda anche Corte EDU, *Murray c. Paesi Bassi* [GC], 10511/10, 26 aprile 2016.

<sup>28</sup> VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Jovene, 2011, 2645 ss.; ID., *Les obligations de protection pénale des droits fondamentaux*, in « *Devoir de punir?* », *Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, a cura di Giudicelli-Delage, Manacorda, Tricot, Société de Législation Comparée, 2013, 59 ss.; PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.

<sup>29</sup> CGUE (Grande Camera) 8-9-2015, *Procedimento penale c. Ivo Taricco e a.*, C- 105/14, EU:C:2015:555.

<sup>30</sup> Com'è noto analoghe critiche erano state sollevate, un paio di anni prima, nei confronti della sentenza pronunciata dalla Corte di Lussemburgo nel caso *Melloni*, CGUE (Grande Camera) 26-2-2013, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscale*, C- 399/11, EU:C:2013:107. Tuttavia, pur deludendo le aspettative di quanti ritenevano che la Corte di Giustizia avrebbe potuto cogliere l'occasione per assicurare una svolta in senso garantista del cantiere europeo orientata al *maximum standard*, non può non essere rilevata la decisiva differenza del caso *Taricco* rispetto al precedente caso *Melloni*. Sebbene anche la soluzione dettata dalla Corte nel caso *Melloni* parrebbe poggiare esclusivamente sulla primazia del diritto dell'Unione e l'efficacia dello stesso come valori prevalenti rispetto alla salvaguardia delle garanzie di fonte interna – peraltro di rango costituzionale, qual era il divieto del processo penale in contumacia nell'ordinamento giuridico spagnolo –, tuttavia, nel caso di specie l'esclusione della flessibilità 'verso l'alto' della tutela, sancita all'art. 53 Carta UE, trova in effetti la sua giustificazione nell'esistenza di un'articolata disciplina comune (quella relativa al mandato d'arresto europeo), recante disposizioni specifiche relative alla tutela dei diritti (pienamente conformi alla Carta e su cui tutti gli Stati hanno espresso il loro consenso). Per più estese considerazioni sul punto sia consentito rinviare a SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta*

Lo sciame sismico delle pronunce costituzionali - a partire dall'ordinanza n. 24/2017, seguita dalla sentenza n. 269/2017 - che ha rilanciato il ruolo della nostra Corte costituzionale quale 'revisore critico' della dimensione europea dei diritti fondamentali e altresì del controllo diffuso dei diritti da parte dei giudici ordinari - non si è peraltro arrestato neanche in seguito alla sentenza pronunciata dalla Corte di Lussemburgo nel caso *M.A.S. & M.B.*<sup>31</sup>, nella quale la posizione della giurisprudenza costituzionale italiana in materia di prescrizione ha ricevuto l'esplicito riconoscimento di compatibilità con il diritto dell'Unione (seppur a tempo determinato), avendo voluto la Corte costituzionale ribadire il punto nella sentenza n. 115/2018.

La criticabile approssimazione mostrata dalla Corte di Lussemburgo nella saga *Taricco* circa la dimensione dei diritti fondamentali inevitabilmente coinvolti dalla riconosciuta efficacia diretta dell'art. 325 TFUE conferma in verità una certa sottovalutazione da parte della Corte UE della stringente necessità, a fronte di competenze dell'Unione in materia penale sempre più incisive e penetranti il territorio d'elezione del legislatore interno, di un più maturo e meditato approccio a questioni inevitabilmente conflittuali ma ormai ineludibili a fronte dell'elevato livello di integrazione raggiunto - *in primis* la considerazione della dimensione (sostanzialmente se non anche formalmente) costituzionale che i principi generali in materia penale hanno negli ordinamenti interni - , a partire da una più puntuale ed evoluta declinazione dei diritti fondamentali sulla base di una interpretazione concretizzante delle disposizioni della Carta di cui mettere adeguatamente in evidenza il fondamentale ruolo garantistico<sup>32</sup>. Ad un tale discorso fondativo la Corte di Giustizia si è sottratta anche nella sentenza *M.A.S e M. B.*, e financo nella più recente sentenza pronunciata nel 2019 nel caso *Dzivev*<sup>33</sup> - che vede anch'esso al centro il medesimo confronto efficacia/garanzie con riguardo alla natura dell'art. 325 TFUE e alla questione cruciale della effettiva tutela delle risorse finanziarie dell'Unione -, in cui le premesse di un discorso ricostruttivo e sistematico che vede il richiamo al principio di legalità saldato con il rispetto dello stato di

---

*nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli, in Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale, a cura di Bernardi, Cupelli, Napoli, 2017, p. 405 ss.*

<sup>31</sup> CGUE (Grande Camera) 5-12-2017, *Procedimento penale a carico di M.A.S. & M. B.*, C- 42/17, EU:C:2017:936.

<sup>32</sup> FICHERA, POLLICINO, *The Dialectics between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language For Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 2019, 1097 ss.

<sup>33</sup> CGUE 17-1-2019, *Dzivev*, C-310/16, EU:C:2019:30.

diritto e la disposizione dell'art. 2 TUE risulta in ultimo piegato dalla Corte all'obiettivo ultimo 'rassicurante' dell'individuazione del perimetro entro il quale dare attuazione all'art. 325 TFUE, e l'affermazione che in ragione dei principi (europei, o comunque nella loro declinazione europea) prima menzionati "il potere repressivo non può essere esercitato, in linea di principio, al di fuori dei limiti legali entro cui un'autorità è autorizzata ad agire secondo il diritto dello Stato membro cui essa è soggetta"<sup>34</sup>.

La summenzionata giurisprudenza, tuttavia, se da un lato rivela una indubbia inadeguatezza rispetto alle prospettive dischiuse dal Trattato di Lisbona, non ne vanifica le potenzialità. Aver attratto l'azione in materia penale nel cuore del processo di integrazione europea ha modificato il cuore stesso di questo processo, e necessita per tale ragione un ripensamento della ragionevolezza dell'intervento dell'Unione allorchè essa intervenga in tale settore. Più precisamente essa necessita la composizione e pertanto il superamento della naturale tensione tra una razionalità improntata all'obiettivo di efficacia del diritto europeo e una razionalità di contro messa in relazione con un sistema di valori. Lo sviluppo dell'Unione quale spazio comune di giustizia attraverso in particolare l'attuazione e l'approfondimento del meccanismo del mutuo riconoscimento, seppur con molte difficoltà e criticità non ancora definitivamente risolte, ha senza dubbio innescato una dinamica virtuosa di approfondimento della consapevolezza di valori realmente comuni, o per lo meno di consolidati *standards* europei. Senza entrare nel merito dell'efficacia delle iniziative intraprese a livello europeo, le attuali tensioni a seguito di decisioni assunte da uno Stato membro (la Polonia) in grado di inficiare l'indipendenza e l'imparzialità della magistratura, e pertanto lesive dei canoni dello stato di diritto, rappresentano un esempio eloquente dell'avvenuto consolidamento di uno *standard* europeo con riguardo a tale delicato profilo del quadro garantistico che deve improntare i rapporti tra autorità e cittadino<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Punto 35.

<sup>35</sup> Merita di essere rilevato in proposito il contributo essenziale che può essere assolto dalla dottrina nello stimolare e guidare un dibattito all'interno di ciascuno Stato membro e anche a livello europeo teso a sollecitare e rafforzare la consapevolezza di una "eredità" europea di principi, di un complesso di acquisizioni comuni alle tradizioni penali nazionali in grado di facilitare il raggiungimento di una reale "fiducia" dei cittadini europei rispetto alle autorità repressive dei vari Stati membri - che in ragione degli strumenti di mutuo riconoscimento potrebbero assumere iniziative repressive nei confronti di qualunque cittadino europeo a prescindere dalla sua nazionalità - nonché la progressiva definizione di un primo nucleo di una "teoria" europea della responsabilità penale; per più estese riflessioni sul punto, sia consentito rinviare a SICURELLA, *Fostering a European Criminal Law Culture: in trust we trust*, in *European Journal of Criminal Law*, 2018, 308 ss.

Un discorso sulla maturazione garantistica dell'Unione, tuttavia, non può se non prendere le mosse dalla considerazione della specificità della costruzione europea anche rispetto al sistema convenzionale CEDU. In effetti, diversamente da quest'ultimo, in cui la giurisdizione di Strasburgo è deputata a presidiare il rispetto da parte degli Stati della soglia minima di tutela dei diritti iscritti nella Convenzione, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, l'assetto della tutela dei diritti fondamentali deve consentire, ben oltre l'individuazione del valore-soglia di tutela, di perimetrale compiutamente (quindi anche nella sua massima espansione) la tutela apprestata nell'ordinamento euro-unitario ad un diritto dato. Un elemento, questo, che attribuisce alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo laddove chiamata a pronunciarsi in particolare nell'ambito di un giudizio di rinvio pregiudiziale, e pertanto in costanza del procedimento penale nazionale, il potere/dovere di individuare l'esatto punto di equilibrio che definisce l'ambito di tutela del diritto in questione, con le evidenti immediate ripercussioni sugli ordinamenti degli Stati membri (laddove questi agiscano "nell'attuazione del diritto dell'Unione")<sup>36</sup>. Una tale constatazione indica come ineludibile in seno all'Unione un approfondimento della dimensione garantistica che vada oltre gli *standards* convenzionali, quale logica conseguenza, peraltro, della previsione all'art. 6 TUE della concorrenza delle tradizioni costituzionali comuni quale fonte dei diritti fondamentali dell'Unione<sup>37</sup> - e, in certa misura, quale criterio ermeneutico delle disposizio-

<sup>36</sup> Per tale ragione una eventuale divergenza di ambito o di intensità di tutela tra dimensione costituzionale e euro-unitario di un certo diritto è destinata ad innescare uno "scontro di paradigmi" (espressione mutuata da VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *penalecontemporaneo.it* 2-11-2016), laddove la questione della tutela dei diritti metta di fronte dimensione costituzionale e dimensione europea di un ordinamento fondato sul principio di primazia sugli ordinamenti interni; emblematico l'intenso dibattito scaturito dalle sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia nel caso *Melloni e Taricco*.

<sup>37</sup> La conferma all'art. 6 TUE delle tradizioni costituzionali comuni quale "fonte" dei diritti fondamentali dell'ordinamento dell'Unione, oltre a corroborare la circolarità del processo di affermazione e consolidamento dei diritti fondamentali in Europa, che dalla dimensione costituzionale interna muove a quella sovranazionale per poi ritornare alla dimensione nazionale arricchendola e vivificandola (sul punto, tra i vari lavori dell'autore al riguardo, cfr. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla "teoria" della separazione alla "prassi" dell'integrazione intersistemica*, in *Giur. cost.*, 1991, 1583 ss.) iscrive nell'assetto di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione un meccanismo che consente un continuo arricchimento ed aggiornamento del quadro costituzionale europeo. Il riferimento alla rilevanza delle tradizioni costituzionali comuni è d'altronde ricorrente nella produzione di Sandro Bernardi. Cfr., *ex multis*, BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni. cost.*, 2009, 1, 37 ss., in cui l'autore risponde alle riserve espresse con riguardo al più ristretto spettro garantistico che si riconosce alla legalità europea (che non coprirebbe il versante "storico-politico" della riserva di legge), con le ben note conseguenze scardinanti gli equilibri interni dei sistemi di diritto continentale che la legalità sostanziale tutelata a livello europeo produce,

ni della Carta -, nonché in ossequio al generale principio di proporzione che, con particolare riguardo alle scelte di penalizzazione, relativamente alle quali poggia sull'espresso richiamo contenuto all'art. 49, §3 della Carta, dovrebbe essere definitivamente declinato in termini di *extrema ratio*. Più precisamente, l'affermazione di un diritto fondamentale alla proporzione tra pena e reato iscrive nel catalogo dei diritti fondamentali dell'Unione una dimensione del giudizio di proporzione - la proporzione intrinseca tra violazione e sanzione - che apre scenari inediti non solo in ragione del possibile controllo da parte della Corte di Giustizia circa l'intrinseca ragionevolezza e proporzione della sanzione prevista dalla legislazione nazionale (allorquando questa rientri nel campo di applicazione del diritto dell'Unione)<sup>38</sup>, ma altresì quale ancoraggio normativo di un giudizio di stretta necessità della sanzione penale che riguardi soprattutto le scelte di penalizzazione operate dall'Unione, e che pertanto confermerebbe, se necessario, l'adesione ai tradizionali canoni della politica criminale di stampo liberale.

4. *Il cammino, tuttora inesplorato, prefigurato dal trattato.* Pur non sottovalutando la dimostrata inadeguatezza dell'Unione ad agire quale attore mondiale nell'arginare o comunque affrontare fenomeni che generano preoccupazione per i cittadini europei (dalla crisi economica alla degenerazione democratica attestata dall'indebolimento dell'autorità giudiziaria), contribuendo così ad alimentare una crescente sfiducia nel progetto europeo, non può tuttavia addebitarsi ai fondamenti dell'ordinamento euro-unitario la tendenza riduttiva o comunque di precarizzazione dei diritti e delle garanzie che percorre in varie forme ed intensità tutti i paesi europei.

Sebbene la Corte di Giustizia parrebbe finora non aver voluto cogliere le potenzialità costituzionalizzanti dell'assetto definito all'art. 6 TUE<sup>39</sup>, è tuttavia indubbio che questo offra il necessario aggancio normativo (di diritto primario) per una complessiva (ri)fondazione del diritto penale europeo che, a partire dalla tutela dei diritti, e in particolare dalle scelte di valore a questi orien-

---

richiamando il complesso del quadro costituzionale in materia di diritti fondamentali quale delineato all'art. 6 TUE che per l'appunto, attraverso il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, consente di 'recuperare', quale "diritto fondamentale non scritto", anche la componente della riserva di legge; sebbene un tale argomento non sia stato finora mai impiegato dalla Corte di Giustizia.

<sup>38</sup> Una lettura "ampia" di questa nozione è stata seguita dalla Corte di Giustizia nella sentenza pronunciata nel caso *Fransson*, CGUE (Grande Camera) 26-2-2013, C-617/10, EU:C:2013:105.

<sup>39</sup> Nel senso che un tale approccio possa essere letto (anche) quale scelta strategica 'della Corte di Lussemburgo tesa a rassicurare i giudici costituzionali nazionali, a fronte di un rinnovato (e rinvigorito) uso della più 'tranquillizzante' categorie delle tradizioni costituzionali comuni, cfr. FICHERA, POLLICINO, *The Dialectics*, cit., in particolare 1108.

tate, definisca le iniziative di penalizzazione e il necessario bilanciamento degli interessi a queste sotteso, segnando per tale via il definitivo superamento dell'ottica funzionalista che traspare ancora nella formula normativa dell'articolo 83 TFUE, e che soprattutto parrebbe tutt'ora prevalere nel discorso della Corte di Lussemburgo anche in materia penale, dove rimane prioritario l'argomento della primazia ed effettività del diritto dell'Unione anche rispetto a scelte che dovrebbero piuttosto poggiare su considerazioni di valore.

Un tale radicale cambio di paradigma parrebbe d'altronde favorito anche dalla naturale circolarità dei diritti - e della giurisprudenza sui diritti, con ciò riferendosi non solo alle pronunce delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, ma altresì dei giudici costituzionali interni - che pur senza poter sempre poggiare su un effettivo e costruttivo dialogo tra le Corti, tuttavia alimenta una continua valutazione critica delle scelte di penalizzazione a qualunque livello effettuate, oltre ad innescare una proficua dinamica competitiva tesa ad un complessivo innalzamento del livello di protezione degli stessi (sebbene non scevro di profili problematici di non facile soluzione)<sup>40</sup>, ed alla diffusione di un comune *humus* valoriale. La crescente diffusione del ricorso in via pregiudiziale esperito dalle Corti costituzionali nazionali può senza dubbio favorire un tale processo, offrendo alla Corte dell'Unione essenziali occasioni di confronto e di riflessione su questioni topiche del diritto penale in termini di rispetto di fondamentali principi di natura costituzionale che, in quanto per lo più ascrivibili ai principi dello stato di diritto, essi stessi parte dell'impalcatura costituzionale dell'Unione, non possono essere ignorati o sminuiti<sup>41</sup>.

In particolare, la criticabile pavidità mostrata finora dalla Corte di Giustizia non cancella comunque la potenzialità (ri)fondativa della Carta, la sua intrinseca valenza 'trasformativa' (e non meramente confermativa di principi e regole preesistenti), diretta espressione dell'anelito costituzionale che ha caratterizzato i lavori della Convenzione che ha elaborato il primo catalogo dei diritti fondamentali dell'ordinamento dell'Unione<sup>42</sup>, e l'apporto essenziale che la

<sup>40</sup> Tra i molti contributi dell'autore sul punto, cfr. RUGGERI, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *Consultaonline*, 5 febbraio 2015; ID., *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consultaonline*, 25 marzo 2019.

<sup>41</sup> Senza entrare nel merito delle soluzioni adottate e degli argomenti impiegati dalle due Corti, è significativo al riguardo quanto emerso dal confronto tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale italiana, e la presa di coscienza da parte della prima della sensibilità e centralità dei principi generali del diritto penale che impongono l'individuazione di specifici criteri di raccordo e 'armonizzazione' con i tradizionali principi della prevalenza ed efficacia del diritto dell'Unione.

<sup>42</sup> Così FICHERA, POLLICINO, *The Dialectics between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language For Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law*

stessa è deputata a fornire, proprio in ragione della sua fisiologica valenza assiologica, radicata nel metapprincipio di dignità umana espressamente richiamato nel Preambolo e nel Titolo I della Carta, allo sviluppo di quell'*humus* valoriale che costituisce condizione imprescindibile per la definizione di un diritto penale propriamente europeo<sup>43</sup>, posto a tutela di valori propriamente europei frutto di una ragionevole e condivisa composizione di interessi confliggenti<sup>44</sup>.

Più precisamente, la lettura (logicamente) integrata delle disposizioni della Carta (e più in generale dell'assetto delle fonti interagenti dei diritti fondamentali dell'Unione individuato dall'art. 6 TUE) con i valori comuni dell'Unione espressamente indicati all'art. 2 TUE, cui farebbe da naturale collante il generale e multiforme principio di proporzione quale riconosciuto dall'ordinamento euro-unitario, è in grado di rappresentare la necessaria tela normativa per la progressiva definizione, *in primis* da parte della Corte di Giustizia, di un discorso fondativo (e di conseguente legittimazione) dell'intervento dell'Unione in materia penale che, al di là di una mera funzione di deterrenza, possa assolvere anche ad una funzione di c.d. orientamento culturale rispetto alle crescenti istanze di tutela che nascono dall'ordinamento e dall'azione dell'Unione, nonché dal processo di integrazione degli ordina-

---

*Journal*, 2019, in particolare p. 1107. La natura sostanzialmente costituzionale della Carta UE è stata affermata anche dalla Corte cost. 269/2017.

<sup>43</sup> Sulla centralità politico-criminale della Carta, e più in generale sulla necessaria centralità della puntuale definizione del 'sistema' di tutela dei diritti fondamentali dell'ordinamento Unione nell'ottica di una piena legittimazione del diritto penale europeo, cfr. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, a cura di Palazzo, Milano, 1992; MILITELLO, *I diritti fondamentali tra limite e legittimazione di una tutela penale europea*, in *Ragione pratica* 2004, 139 ss.; PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. Proc.*, 2011, 6 659 ss.; PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze alla luce del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di Grasso, Picotti, Sicurella, Milano, 2011, 207 ss.; VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni cost.*, 2019, 481 ss.

<sup>44</sup> Al par di ogni testo costituzionale, la Carta costituisce la "bussola" delle politiche dell'Unione (e quindi anche dell'intervento in materia penale). Così la Comunicazione della Commissione *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto pena*, cit. Dal testo della comunicazione complessivamente considerato emerge la consapevolezza della inevitabile afflittività dell'intervento penale e la conseguente necessità di prevedere quest'ultimo esclusivamente laddove si affermi quale *last resort*; affermazione di principio ma tutt'altro che meramente teorica, essendo questa l'esito di un duplice test quanto alla insufficienza di risposte di natura diversa (e meno intrusive), nonché quanto alla stretta necessità e proporzionalità dell'intervento repressivo (p. 8 ss.).

menti europei, scongiurando altresì, per tale via, il rischio di un uso simbolico della minaccia della sanzione penale<sup>45</sup>.

A tale riguardo, peraltro, rimangono senza dubbio attuali le ricostruzioni tese a rintracciare un implicito (ma non per questo trascurabile) ancoraggio dell'intervento dell'Unione in materia penale ai tradizionali canoni della politica criminale improntati alla considerazione della sanzione penale come *extrema ratio* che può ritenersi un logico sviluppo di quel principio di proporzione da lungo tempo consolidato nell'ordinamento dell'Unione, e ampiamente scandagliato dalla Corte di Lussemburgo, anche se come criterio di valutazione della risposta sanzionatoria nazionale in settori di competenza dell'Unione in cui la stessa avrebbe potuto rappresentare, laddove non strettamente proporzionata alla violazione, un ostacolo al raggiungimento degli obiettivi della Comunità (c.d. misura di effetto equivalente ad un'a restrizione delle libertà di circolazione)<sup>46</sup>. Un ulteriore sviluppo, questo, della multiforme articolazione del principio di proporzione dell'ordinamento europeo indubbiamente non scontato né di facile traduzione nell'ordinamento dell'Unione (necessitando un solido contesto teorico-scientifico di riferimento ancora carente in sede europea)<sup>47</sup>,

ma che si impone quale portato di una tradizione giuridica comune ai principali sistemi giuridici europei e un *modus operandi* generalmente riconosciuto come intrinsecamente proprio di ogni intervento penale (laddove inserito in un contesto normativo e garantistico maturo quale quello consolidato nella regione europea); come parrebbe emergere, d'altronde, dalla consolidata giurisprudenza di Strasburgo allorquando confrontata con le valutazioni circa la correttezza del bilanciamento tra diritti fondamentali in gioco manifestato dalle scelte normative o operative dello Stato convenuto,<sup>48</sup>.

Peraltro, il diretto coinvolgimento nel processo legislativo europeo (oltre che dei Governi nazionali, nella formazione del Consiglio dei Ministri

---

<sup>45</sup> La necessità che gli obblighi di penalizzazione di matrice europea poggino su una reale offensività del comportamento considerato, rifuggendo quindi ogni effetto meramente simbolico è sottolineata dal Parlamento europeo nella sua *Risoluzione su un approccio dell'UE in materia di diritto penale* del 22-5-2012 (2010/2310(INI), punto Q3.

<sup>46</sup> Sul punto, cfr. A. Bernardi, *La competenza accessoria*, cit., p. ; altresì, sia consentito rinviare a R. SICURELLA, *Questioni di metodo*, cit., 1172.

<sup>47</sup> Sul punto è interessante segnalare il dibattito apertosi all'indomani del Trattato di Lisbona circa l'istituzione di una camera della Corte di Giustizia specializzata nel contenzioso che veda coinvolti interventi in materia penale; contenzioso destinato a confrontarsi con l'inizio dell'attività della Procura europea; cfr. CGUE, *Relazione annuale*, 2019.

<sup>48</sup> Inequivocabili in tal senso le affermazioni in CEDU 25-3-1985, §24 (significativamente intitolato "Necessity for criminal law provisions").

dell'Unione, con la partecipazione in particolare del Ministro competente per il settore in cui si legifera, e del Parlamento europeo) anche dei Parlamenti nazionali, è in grado di esplicitare un ruolo cruciale circa il controllo degli atti dell'Unione in termini di sussidiarietà e proporzione della proposta, sollecitando al contempo la necessaria maturazione del legislatore europeo su tali profili. In tale ottica, le (complesse) dinamiche decisionali dell'ordinamento europeo potrebbero risultare proficue offrendo i necessari canali di ponderazione e razionalizzazione dell'intervento dell'Unione in materia penale, consentendo altresì di concludere nel senso che gli atti adottati esprimano delle scelte (di penalizzazione) essenzialmente condivise<sup>49</sup>.

5. *Considerazioni conclusive.* Il bilancio dell'esperienza ormai decennale dell'azione dell'Unione in materia penale non può certamente definirsi soddisfacente.

Le considerazioni fin qui sinteticamente svolte, tuttavia, mostrano come le attuali criticità dell'intervento dell'Unione in materia penale non riflettano necessariamente una inidoneità fisiologica della stessa ad operare scelte di penalizzazione improntate ai tradizionali canoni di una politica criminale di

---

<sup>49</sup> In questa prospettiva, le scelte di penalizzazione a livello europeo, nonché l'indicazione (di massima) del disvalore da ricollegare alle condotte da sottoporre a pena, sono in grado di riflettere quella emersione 'dal basso' del nucleo di disvalore della fattispecie, rispetto al quale la previsione della sanzione penale è destinata a svolgere - legittimamente - non solo una funzione di deterrenza, ma altresì, per l'appunto, una funzione di "orientamento culturale". Nell'attuale realtà dell'Unione europea, in particolare, nella quale la coscienza sociale, pur genericamente consapevole del rango primario di determinate istanze di tutela nel contesto della costruzione europea, potrebbe non aver raggiunto in certi casi una compiuta percezione dell'esatto disvalore delle relative condotte lesive, è tuttavia innegabile che un tale movimento dal basso delle istanze di tutela sia supportato da un certo grado di enfaticizzazione, se non di promozione, delle stesse da parte del legislatore europeo. Le norme penali sono al tempo stesso il "prodotto" e altresì il "sostegno" della cultura di una società secondo BACIGALUPO, *Il Corpus juris e la tradizione della cultura giuridico-penale degli Stati membri dell'Unione europea*, in GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, 52-53. In senso adesivo, BERNARDI, *Corpus juris e formazione di un diritto penale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. Com.*, 2001, 295-296. Nel senso che la convergenza del consenso di individui formati in contesti originariamente culturalmente e politicamente differenziati non possa presentarsi se non quale risultato (anche) istituzionale, muove altresì il paradigma "comunicativo" di Jürgen Habermas: cfr. HABERMAS, *Una Costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di Zagrebelsky, Portinaro, Luther, Torino, 1996, 371 ss. Merita peraltro di essere rilevato come l'obiettivo (ambizioso) del progressivo sviluppo del "senso comune di giustizia" non possa che riguardare il disvalore dei fatti costituenti il nucleo duro dell'intervento penale a livello europeo; il che dovrebbe condurre a ripensare altresì il modello fin qui seguito di armonizzazione sanzionatoria, imperniato sulla rigida indicazione del "minimo del massimo", in favore di un approccio per classi di reato che poggia sulla valutazione della "comparabilità" della severità della sanzione nei diversi sistemi penali nazionali. In questa direzione muove la proposta di SATZGER, *The Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union*, in *European Criminal Law*, 2019, 115.

stampo liberale, e che poggino su una consolidata scala comune di valori, quale deve di contro ritenersi già oggi esistente a livello dell'ordinamento dell'Unione. Di contro, esse indicano la possibilità - e anzi la necessità - logica e giuridica di ricondurre il vaglio critico della competenza dell'Unione in materia penale innanzitutto al quadro dei principi generali dello stesso ordinamento sovranazionale, dove peraltro trovano una loro dimensione anche molti principi generali del diritto penale<sup>50</sup>, rifuggendo al contempo un'indagine esclusivamente condotta con le lenti del penalista nazionale, impiegando costruzioni e metodi elaborati a partire dal diritto penale interno e tarati su di esso, e ricercando invece la declinazione europea delle garanzie penalistiche nel quadro costituzionale europeo. Una possibilità, quella prefigurata da una lettura sistematica e teleologicamente orientata del trattato, in definitiva non valorizzata dal legislatore europeo, o più in generale dai *décideurs* a livello europeo, dovendo ricomprendere tra questi tutti i soggetti coinvolti nel processo di definizione ed attuazione dell'intervento dell'Unione in materia penale (ivi compresi i Parlamenti nazionali).

Non solo il legislatore europeo, ma anche (e soprattutto) la Corte di Lussemburgo ha deluso le attese di una pronta capacità dell'ordinamento sovranazionale a mettere in campo quella complessiva ricomposizione delle dinamiche e delle razionalità della costruzione europea resa necessaria dalla previsione di un'azione diretta in materia penale ormai al cuore dell'integrazione europea, e logicamente tesa a definire il diritto penale europeo come un diritto realmente e sostanzialmente europeo, espressione di valori condivisi e fondato su logiche e costruzioni teoriche che sono il riflesso di una eredità comune che affonda le sue radici nelle grandi conquiste garantistiche dell'Illuminismo; una ricomposizione, in ultima analisi, tesa a 'portare a sistema' quelle stesse dinamiche evolutive che hanno condotto alla definizione delle più innovative disposizioni del trattato, assicurandone una completa compenetrazione, e dare vita, per tale via, ad una più razionale ed articolata politica criminale a livello europeo.

Il mancato superamento di un tale banco di prova non inficia tuttavia le potenzialità fondative del trattato, e più in generale del contesto giuridico dell'ordinamento dell'Unione, e da lì la perdurante attualità della sfida alla costruzione di una teoria dell'intervento penale a livello europeo che, mutuando le efficaci parole impiegate da Sandro Bernardi in conclusione di un

---

<sup>50</sup> Come d'altronde puntualmente rilevato da BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., 64 ss.; ID., BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 15 ss.

suo lavoro sulla costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico europeo, costituisce l'irrinunciabile obiettivo di "una scienza giuridica al passo coi tempi [...] capace di sintonizzarsi con le trasformazioni in atto onde delineare modelli concettuali per l'oggi; capace di porre le basi per la soluzione dei problemi che l'immediato futuro porterà con sé"<sup>51</sup>. Una sfida ardua e ambiziosa che il Nostro ha coraggiosamente raccolto, offrendo con i suoi lavori intensi e razionalmente visionari un contributo fondamentale allo studio di un diritto penale europeo ancora "in divenire".

---

<sup>51</sup> BERNARDI, *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, cit., 2013, 602.