

# CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

---

**VALENTINA MASARONE**

## **Il “diritto penale europeo” al vaglio dell’offensività: fondamento ed esiti**

Il lavoro si propone di vagliare la rispondenza del “diritto penale europeo” al principio di offensività. A tal fine, vengono preliminarmente considerate le ragioni, giuridicamente fondate, a livello sovranazionale e nell’ordinamento interno, che rendono possibile, se non doverosa, una simile verifica. Individuato il fondamento della vincolatività del principio anche in rapporto alle norme penali europee, si procede ad esaminare queste ultime, dal punto di vista del canone di offensività, vale a dire con riferimento ai beni giuridici protetti e alle soglie di tutela per essi predisposte. Sotto tali profili, la normativa europea rivela significative carenze, inammissibili non solo con riguardo alle norme interne attuative degli atti europei, ma già con riferimento a questi ultimi. In chiusura, si tratteggiano, quindi, i rimedi attualmente attivabili, per rendere effettiva l’affermata vincolatività del principio.

The "European criminal law" under the scrutiny of offensiveness: Foundation and Outcomes

*This paper aims to examine the accordance of the “European criminal law” with the principle of harmfulness. To this end, it first considers the legal reasons, at the supranational level and in the internal legal system, which make such verification possible, if not obligatory. Then it assesses the “European criminal law”, from the standpoint of harmfulness, with reference to the protected interests and the protection thresholds. In these respects, the European legislation reveals significant inadequacies. This is unacceptable not only with regard to internal rules implementing European acts, but already with reference to the European rules. In closing, the essay mentions the remedies that can be currently activated to make the principle effective.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa: gli interrogativi di fondo e i postulati di partenza. - 2. Il fondamento di un vaglio di offensività avente ad oggetto il “diritto penale europeo”: perché parlarne? - 3. Gli esiti: i rapporti tra “diritto penale europeo” ed offensività. Il caso paradigmatico della normativa di contrasto al terrorismo internazionale. - 4. Una conclusione “aperta”: spunti per l’individuazione di rimedi praticabili.

### **1. Premessa: i postulati di partenza e gli interrogativi di fondo.**

Un’indagine che si proponga di vagliare la rispondenza del “diritto penale europeo” al principio di offensività non può prescindere dalla ricerca delle ragioni, giuridicamente fondate, a livello sovranazionale e nell’ordinamento interno, che la rendono possibile, se non doverosa. Individuato il fondamento, si potrà, dunque, procedere alla verifica in questione, per accertarne gli esiti e le possibili conseguenze, anche dal punto di vista dei “rimedi” utilizzabili a fronte delle carenze eventualmente riscontrate.

In via preliminare, risulta opportuno definire i termini della questione, e, cioè, chiarire a quale significato, tra quelli attribuibili alle espressioni “diritto penale europeo” ed “offensività”, s’intende fare riferimento, in questa sede.

Riguardo alla prima locuzione, è comunemente nota e può ritenersi condivisibile la tesi secondo cui non esiste attualmente un vero e proprio “diritto penale europeo”, inteso come un sistema coerente di norme complete di precepto e sanzione<sup>1</sup>, provenienti da fonti sovranazionali – in particolare, dall’ambito regionale europeo – e direttamente applicabili nell’ordinamento nazionale: tali non possono ritenersi le norme di diritto internazionale pattizio, contenute nei classici strumenti della cooperazione interstatale, quali accordi, patti e convenzioni – ivi comprese la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e le altre convenzioni adottate in seno al Consiglio d’Europa –, né quelle di diritto primario o degli atti di derivato dell’Unione europea. Queste ultime, per ragioni che qui non è possibile richiamare, ma che, almeno per cenni, emergeranno più avanti, anche dopo il Trattato di Lisbona, continuano ad essere espressione di una competenza penale *solo* indiretta dell’ente sovranazionale. Esistono, però, forme di influenza, più o meno “invasive” e vincolanti, del diritto europeo sul diritto penale interno; esistono, cioè, norme europee riguardanti la “materia penale”, in grado di incidere sulle scelte del legislatore nazionale e, come tali, qualificabili, sia pure impropriamente o in senso lato, come “diritto penale europeo”. Il discorso riguarda, soprattutto, il sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali – Convenzione e giurisprudenza di Strasburgo – e quello dell’Unione europea – diritto dei Trattati e degli atti secondari, nonché giurisprudenza della Corte di giustizia –. Ma, per ragioni di sintesi, le osservazioni che seguiranno saranno limitate al secondo dei contesti indicati, il diritto “penale”, nel senso anzidetto, dell’Unione europea o, come pure viene definito, “eurounitario”.

L’altro termine della questione è l’offensività. In proposito, appare ragionevole, oltre che necessario all’economia della trattazione, dare per acquisito lo “stato dell’arte”, evitando ogni sforzo ricostruttivo, che, nella migliore delle ipotesi, risulterebbe comunque incompleto.

La concezione dell’offensività qui assunta a presupposto, non per inerte coerenza con la tradizione<sup>2</sup> che l’ha espressa, ma per convinta condivisione delle

---

<sup>1</sup> Cfr. BERNARDI, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione europea*, a cura di Picotti, Milano, 1999, 41 ss.

<sup>2</sup> Il riferimento è alle origini della concezione realistica del reato: v. C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, *passim*; ID., *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 275 ss.; nonché ai successivi orientamenti della dottrina napoletana in materia di offensività: v., in particolare, MOCCIA, *Dalla tutela di*

argomentazioni che ne stanno alla base, è quella dell'offensività intesa come principio<sup>3</sup> che, nel nostro ordinamento – oltre ad essere riconosciuto dalla legge ordinaria, per il tramite dell'art. 49, co. 2, c.p. – riveste carattere sovraordinato e vincolante, fungendo da criterio di legittimazione e di delimitazione dell'intervento penale<sup>4</sup>. Esso è espressione dell'esigenza, avvertita come fondamentale sin dalla nascita del diritto penale moderno, «che la legge penale, in mancanza di altri interventi meno incidenti su libertà e personalità individuale, si preoccupi di punire *solo* quei comportamenti che *realmente* turbino le condizioni di una pacifica coesistenza in libertà e vengano generalmente avvertiti come tali: risultino, cioè, contrassegnati da dannosità sociale, che si esprime [...] nell'offesa di beni giuridici *particolarmente significativi*»<sup>5</sup>. Il riferimento è ad un modello “forte”<sup>6</sup> di offensività, che non sia ridotta a principio di mero indirizzo politico, suscettibile di essere disatteso dal legislatore, salvo tornare, nella sede applicativa, come canone ermeneutico rimesso alla “buona volontà” del giudice<sup>7</sup>, ma che sia riconosciuta, piuttosto, come «un principio vincolante in tutto il sistema penale»<sup>8</sup>, perché di rango costituzionale e, dunque, tale da imporsi, innanzitutto, al legislatore, che non può incriminare fatti inoffensivi, tanto per effetto di norme di parte generale, quanto nella redazione delle fattispecie di parte speciale; e, in seconda battuta, al giudice, che non può punire un fatto che non determini almeno un pericolo concreto. La mancata applicazione “diretta” del principio in questione come parametro di legittimità delle norme di legge penale non può valere ad “appannarne” la vincolatività<sup>9</sup>, in ragione dei motivati rilievi<sup>10</sup> per cui ciò corrisponderebbe ad

---

*beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in GIOSTRA, INSOLERA, *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte Costituzionale*, Milano, 1998, 133 ss.

<sup>3</sup> Sull'offensività come categoria e come principio v., per tutti, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 1.

<sup>4</sup> V. PULITANÒ, *Offensività del reato*, in *Enc. dir.*, Milano, 2015, 666, che distingue «tre volti del principio di offensività, di cui parla la dottrina»: come principio dimostrativo, come principio argomentativo e come criterio di interpretazione e di applicazione della norma.

<sup>5</sup> MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., 343 [corsivo nostro].

<sup>6</sup> V., fra gli altri, spec., PULITANÒ, *op. loc. ult. cit.*; FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1518.

<sup>7</sup> In favore di un'utilizzazione del principio come canone ermeneutico v. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 2017, 66-67.

<sup>8</sup> CAVALIERE, *L'offensività nella Relazione e nel Progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, in *La riforma continua. Il riformismo giuridico nell'era progressista. Tentativo di bilancio*, a cura di Moccia, Napoli, 2002, 237.

<sup>9</sup> Sulla ridotta vincolatività del principio, quale conseguenza della sua carente “giustiziabilità”, v., in par-

una “remissiva” sovrapposizione dell’essere al dover essere, oltre ad incidere negativamente sull’attuazione di altri principi fondamentali, con cui quello di offensività è – come ricorderemo più avanti – in sostanziale collegamento. Senza contare che pure quella parte della dottrina orientata a classificare la necessaria lesività tra i principi di mero indirizzo politico, di recente, si è mostrata propensa ad ammetterne un (almeno iniziale) carattere “dimostrativo”, anche sulla scorta di alcuni segnali ricavabili dagli sviluppi della giurisprudenza costituzionale sul punto<sup>11</sup>.

Dunque, un principio di offensività, costituzionalmente fondato, destinato ad incidere sulla selezione degli oggetti e sulle tecniche di tutela penale. In proposito, risulta condivisibile l’opinione di chi, non rinvenendo valide alternative<sup>12</sup>, ritiene che, sul piano dell’individuazione degli oggetti della tutela, l’offensività vada tuttora rapportata al concetto, nient’affatto obsoleto, di bene giuridico, valorizzandone, in particolare, la funzione critica e orientandola alla prospettiva costituzionale. Al riguardo, s’impone il richiamo, inevitabile, dell’interpretazione sistematica – a tutti nota – della Legge fondamentale, che, dal valore preminente attribuito in Costituzione alla libertà personale (art. 13 Cost.), deduce il carattere di *extrema ratio* della sanzione penale, in grado di comportare la massima restrizione di quella libertà, e l’esigenza che tale sanzione sia «adottata soltanto in presenza della violazione di un bene, il quale, se pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale. Ossia: l’illecito penale può concretarsi esclusivamente in una *significativa* lesione di un valore costituzionalmente rilevante»<sup>13</sup>. Un ragionamento che non perde significato a fronte di un preteso indebolimento del c.d. *argomentum libertatis*<sup>14</sup>, ove si rifletta sulla reale afflit-

---

tiolare, DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 25 ss.

<sup>10</sup> Per i quali v. CAVALIERE, *L’offensività nella Relazione e nel Progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, cit., 239-240; FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, cit., 1519.

<sup>11</sup> V. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 15 ss., 37 ss.

<sup>12</sup> Sull’alternativa dell’*Harm principle*, in senso critico, v., da ultimo, FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, cit., 1520 ss. V, inoltre, COCCO, *Il fondamento*, in *La legge penale*, a cura di Cocco, Ambrosetti, in *Trattato breve di diritto penale* diretto da Cocco e Ambrosetti, *Parte generale*, I,1, Padova, 2016, 9 ss., che sviluppa «l’idea di fondo secondo cui la teoria del b.g., la quale certo presenta molti problemi a partire dalla stessa individuazione dei beni, può trovare un sostegno nel principio del danno accolto nei paesi anglosassoni [...]» (*ivi*, 15-16).

<sup>13</sup> BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nuov. Dig. Ita.*, XIX, Torino, 1973, 15-16 [corsivo dell’Autore].

<sup>14</sup> V., per tutti, MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., cit., 33 ss., che, oltre al limite richiamato nel testo, ravvisa, nella teoria costituzionale del bene giuridico, altri inconvenienti, quali l’incapacità a funzionare in ordine alla tutela di beni, che non erano prevedibili all’epoca dei costituenti,

tività (anche) delle sanzioni patrimoniali, assumendo a presupposto un concetto di patrimonio – pur’esso costituzionalmente coerente – che ne evidenzi la strumentalità rispetto allo sviluppo della persona in ambito economico<sup>15</sup>. Dunque, la pena incide sempre sui diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost.), con la conseguenza che sanzioni sproporzionate rispetto alla rilevanza del bene offeso e all’entità della lesione ad esso inferta sarebbero in contrasto con l’art. 3 Cost. e con la funzione costituzionale della pena intesa come integrazione sociale (art. 27, co. 3, Cost., in combinazione con gli artt. 2, 3, 13 25, co. 1 e 2, 27, co. 1, Cost.)<sup>16</sup>.

Questo non significa che il collegamento tra la necessaria offensività dei fatti incriminati e la teoria costituzionale del bene giuridico possa essere sostituito da un giudizio di mera ragionevolezza della risposta punitiva: non è questa la sede per affrontare in modo appropriato un argomento così complesso, ma è possibile farvi un brevissimo cenno.

La constatazione dell’esistente rivela la tendenza della Corte costituzionale a non censurare in via diretta ed autonoma la carenza di offensività di una norma penale, ma ad utilizzare, piuttosto, il corrispondente principio come argomento funzionale al controllo contenutistico delle fattispecie incriminatrici fondato sul parametro della ragionevolezza.

Questo dato può, senz’altro, essere valutato positivamente, se si tiene conto del rischio di una vera e propria “crisi di rigetto”<sup>17</sup> del canone dell’offensività, da parte del Giudice delle leggi: l’esigenza di rispettare la discrezionalità legislativa e di evitare indebiti sconfinamenti nelle competenze dell’organo democraticamente eletto, a cui è rimessa in via esclusiva, nel nostro ordinamento, la potestà normativa nella materia che ci occupa, rende particolarmente problematico il sindacato riguardante il contenuto delle norme penali. E tale

---

privi di un aggancio, sia pure implicito, alla Carta costituzionale – invece tutelabili tramite il ricorso alla tesi della c.d. intesa normativo-sociale proposta da Hassemer –; e la mancata implementazione di tale teoria da parte della stessa Corte costituzionale. Ciononostante essa avrebbe il merito di aver indicato la «possibilità di individuare nella Costituzione non solo un limite [...] al diritto penale, [...] bensì anche una vera e propria “stella polare” da un punto di vista politico-criminale, capace di orientare la discrezionalità del legislatore nelle proprie scelte di criminalizzazione» (ivi, 39-40). V. anche MANNA, *Diritto penale e Costituzione*, in *Trattato di diritto penale* diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Parte generale*, I, *Il diritto penale e la legge penale*, Torino, 2012, 61 ss.

<sup>15</sup> V. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 62 ss. V., inoltre, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 175 ss., che, contro la critica alla teoria costituzionale del bene giuridico, volta ad affermare l’immobilismo della Costituzione come catalogo chiuso di beni tutelabili, concepisce il bene giuridico in dimensione funzionale e richiama l’art. 2 Cost., quale clausola aperta che consente l’adeguamento di quel catalogo all’evoluzione dei rapporti sociali.

<sup>16</sup> V. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 109 ss.

<sup>17</sup> Espressione utilizzata da MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 5.

difficoltà si manifesta tanto sul piano formale – la giurisprudenza costituzionale concernente il rispetto del principio di legalità *sub specie* determinatezza-tassatività ne rende ben conto –, quanto e a maggior ragione sul piano sostanziale, dove finiscono per essere sottoposte a valutazione le scelte incriminatrici e, dunque, le opzioni politico-criminali formulate dal legislatore.

A fronte del rischio di una totale chiusura della giurisprudenza costituzionale rispetto ad un tale controllo, è, indubbiamente, importante che «l'efficacia argomentativa del canone di necessaria lesività si sia comunque vascolarizzata nel tessuto connettivo del sistema, affermandosi [...] attraverso la forza dimostrativa di altri principi più consueti e collaudati negli schemi concettuali della Consulta»<sup>18</sup>, ma, pur inteso in questi termini, il ricorso alla ragionevolezza non riesce a soddisfare pienamente le esigenze di garanzia sottese all'offensività<sup>19</sup>. Esse non possono ritenersi sufficientemente presidiate tramite un giudizio, nell'ambito del quale la significatività del bene leso e l'entità dell'offesa arrecatagli vengono assunti tra i termini di un bilanciamento che, oltre ad ammettere deroghe “ragionevoli”, attribuisce al canone della necessaria lesività un valore tendenzialmente argomentativo e, dunque, una funzione ermeneutica, tale da rivelarsi realmente vincolante soltanto nei confronti del giudice e non del legislatore.

Da questo punto di vista, il principio di ragionevolezza dice di meno di un principio “forte” di offensività; per altro verso, esso dice di più rispetto a quest'ultimo, ma ciò non significa che il primo possa assorbire o sostituire il secondo, per effetto di una totale reciproca identificazione.

E, infatti, per verificare l'offensività del fatto incriminato si rende necessario porre a confronto due termini: la libertà personale, intaccata dalla sanzione criminale; ed il bene giuridico, tutelato dalla norma incriminatrice<sup>20</sup>. Invece, nel giudizio di ragionevolezza, viene in considerazione la coerenza dell'opzione punitiva, valutata all'interno della stessa norma incriminatrice e all'esterno di essa: il primo profilo concerne l'accertamento della corrispondenza tra mezzi e scopi, della proporzione tra disvalore del fatto ed entità del-

---

<sup>18</sup> MANES, *op. loc. ult. cit.*, che, però, non si “accontenta” di questo stato di cose, ma si interroga su come consentire lo sviluppo “dimostrativo” del canone di offensività, a partire dalla reattività del suo “principio attivo”, dimostrata proprio dalla sua penetrazione negli schemi interpretativi per il tramite di altri principi (più) giustiziabili.

<sup>19</sup> In senso contrario, v. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1576, che riconosce un potenziamento dei principi sostanziali, compreso quello di offensività, per il tramite della ragionevolezza; PULITANÒ, *Offensività del reato*, cit., 682.

<sup>20</sup> Sottolinea questo profilo CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., 145, 165.

la sanzione comminata o dell'adeguatezza delle modalità di aggressione selezionate; il secondo implica l'adozione di una prospettiva sistematica, nella quale la scelta sanzionatoria viene rapportata alle altre incriminazioni, essenzialmente in termini di eguaglianza. Si tratta di un meccanismo valutativo di sicuro rilievo per la tenuta del sistema, utile per verificare l'attuazione, nelle norme penali, non solo del principio di offensività, ma anche di altri principi - come la determinatezza, la personalità della responsabilità penale, la funzione rieducativa della pena -, di cui presuppone il significato, la portata, il contenuto, senza, però, identificarsi con ognuno di essi.

## **2. Il fondamento di un vaglio di offensività avente ad oggetto il “diritto penale europeo”: perché parlarne?**

Precisati i postulati di partenza, si può considerare il primo aspetto della questione posta in apertura. Qual è il fondamento di un vaglio di offensività - da qui in avanti intesa nel senso anzidetto - riferito al “diritto penale dell'Unione europea”? In altri termini, il principio di offensività - che da più parti è stato definito un prodotto tipicamente italiano<sup>21</sup> difficilmente esportabile, già sul piano linguistico ed ancor più su quello dei contenuti - può ritenersi, in qualche modo, vincolante anche in rapporto alle norme penali europee, sì che eventuali carenze in esse riscontrabili possano essere censurate, non in termini di mera disapprovazione, ma di motivata illegittimità?

Se è vero che il fondamento di legittimazione delle norme penali di un dato ordinamento non può essere ricavato da astratte concezioni dottrinali, ma dipende dai principi di fondo di quell'ordinamento<sup>22</sup> - a prescindere dalla possibilità di ravvisare nel diritto europeo un ordinamento positivo, in senso proprio - si tratta di stabilire se l'offensività rientri tra tali principi, nel contesto giuridico dell'Unione europea.

Al riguardo, il primo dato che emerge con palese evidenza è l'impossibilità di individuare un espresso profilo costituzionale del principio di offensività nella dimensione europea, ove per “profilo costituzionale” del principio deve intendersi quello che «dipende dall'esistenza di una Costituzione scritta o interpretata anche secondo prospettive penalistiche»<sup>23</sup>. L'assenza di una Costitu-

---

<sup>21</sup>V., per tutti, PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, 74.

<sup>22</sup>V. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 28; PULITANÒ, *Offensività del reato*, cit., 670.

<sup>23</sup>DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, in *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, a cura di Cadoppi, Padova, 2002, 110. Il profilo costituzionale del principio di offensività, legato alla legittimazione del diritto penale vigente e concernente, nell'aspetto assiologico, la meritevolezza di pena, e in quello prasseologico, il bisogno di pena, viene qui distinto dal

zione europea di questo tipo, non identificabile nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) e neppure nella CEDU<sup>24</sup>, deve ritenersi confermata anche dopo le modifiche apportate ai Trattati vigenti dal Trattato di Lisbona. Fatta eccezione per il principio di legalità e per il divieto di trattamenti inumani e degradanti, né la CDFUE - che, per effetto dell'ultima riforma, riveste lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, par. 1, TUE) -, né la CEDU - che, in attesa della prevista dell'adesione dell'Unione europea (art. 6, par. 2, TUE), è attualmente collegata alla CDFUE in termini di "allineamento testuale" (art. 52, par. 3, CDFUE) - contengono l'enunciazione di principi generali del diritto penale (sostanziale) in grado di orientare la formulazione delle scelte sovranazionali - sia pure ancora "indirette" - di penalizzazione.

Del resto, i dubbi concernenti la legittimità di una competenza penale dell'Unione europea - in vista dell'elaborazione di un vero e proprio "diritto penale europeo"<sup>25</sup>, come pure dell'esercizio di forme indirette<sup>26</sup> d'incidenza sugli ordinamenti penali interni - trovano ragione proprio nella mancanza di un «contesto costituzionale forte»<sup>27</sup>, che esprima una condivisione ed un adeguato riconoscimento di principi siffatti<sup>28</sup>, oltre che nella carenza di una base giuridica idonea ad assicurare un sufficiente livello di democraticità nella formulazione e nell'approvazione degli atti normativi<sup>29</sup>.

È chiaro, però, che la mancanza di una previsione espressa del principio in questione, nelle Carte europee, non può bastare a farne escludere la vigenza, nell'ambito di riferimento, così come non ha impedito che, nell'ordinamento

---

profilo ermeneutico, attinente all'applicazione critica del diritto penale positivo - e, dunque, «alle stagioni e agli stili della giurisprudenza» -, nel senso di favorire «una interpretazione orientata a espungere dalla tipicità legale [...] i fatti inoffensivi» (ivi 110-111).

<sup>24</sup> Ancora DONINI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>25</sup> V. *supra* nota 1.

<sup>26</sup> Tali sono quelle attualmente previste dall'art. 83, par. 1 e 2, TFUE. V., per tutti, SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 333 ss.

<sup>27</sup> Cfr. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici d'interesse comune*, Milano, 2005, 458.

<sup>28</sup> Dubita dell'opportunità di un'armonizzazione per via legislativa delle principali regole e principi della parte generale del diritto penale VIGANÒ, *Verso una 'parte generale europea'?*, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di Grasso, Illuminati, Sicurella, Allegrezza, Milano, 2013, 123 ss. Di opinione contraria SATZGER, *Prospettive di un diritto penale europeo basato su una politica criminale europea*, in *Crit. dir.*, 2012, 184-185. Sul tema, v. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 466 ss.

<sup>29</sup> Per tale aspetto, che non intendiamo affrontare in questa sede, e per i relativi riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare al nostro *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, 152 (nota 123) e 161 ss.



italiano, ad esso venisse riconosciuto rango costituzionale, sia pure implicito. Ciò è stato possibile, perché, «se il diritto penale guarda alla tutela di beni o interessi o valori ritenuti rilevanti in una società data, una carta costituzionale che riconosca e tuteli determinati diritti, o interessi, o valori, dà indicazioni che per il diritto penale appaiono di sicura rilevanza»<sup>30</sup>. E, dunque, oltre alla difficoltà di ricavarne chiare direttive d'interesse penalistico, a venire in rilievo, in questa sede, è soprattutto la circostanza che non sia riconoscibile nelle Carte europee - e, allo stato, in particolare, nella CDFUE<sup>31</sup> - una natura propriamente costituzionale, in senso "rigido", quella di una fonte sovraordinata e vincolante rispetto alle altre dello stesso ordinamento. Non sussiste tale rapporto tra la CDFUE ed i Trattati, a cui la prima è equiparata, con la conseguenza che, con riguardo ai beni, agli interessi e ai valori ritenuti rilevanti nel contesto eurounitario, quelli risultanti dalla Carta avranno il medesimo rilievo di quelli risultanti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dal Trattato sull'Unione europea (TFUE), ivi compresi quegli interessi economico-finanziari, che ancora rappresentano il "cuore pulsante" del processo di integrazione europea, sia pure nel quadro di una sopravvenuta diversificazione dei settori di intervento dell'ente sovranazionale.

Invero, non sono mancati tentativi di affermare la vigenza del principio di offensività a livello europeo, proprio valorizzando una prospettiva, per così dire, endo-ordinamentale e, cioè, riconducendolo al significato di altri principi sanciti nei Trattati europei: in particolare, quello di proporzionalità e quello di sussidiarietà.

Entrambi i principi sarebbero rispondenti all'esigenza di limitare l'esercizio del potere punitivo, in funzione garantista, e, dunque, di consentire un controllo contenutistico delle scelte di valore, poste a fondamento delle norme penali; nell'ambito di tale controllo, troverebbe spazio la necessaria lesività del reato<sup>32</sup>.

In particolare, il principio di proporzionalità limita «il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione [...] a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati» (art. 5, par. 4, TUE) e ciò corrisponderebbe all'esigenza che l'esercizio di competenze europee in materia penale sia rivolto ad un legittimo scopo di tutela, identificabile nella protezione di interessi fundamenta-

<sup>30</sup> PULITANÒ, *Offensività del reato*, cit., 670.

<sup>31</sup> Fino all'adesione dell'Unione europea alla CEDU, quest'ultima non potrà ritenersi vincolante per l'Unione europea, né costituire parametro di legittimità del diritto dell'Unione, se non per il tramite dell'allineamento testuale alla CDFUE.

<sup>32</sup> Cfr. MOLINAROLLI, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività. Un'analisi integrata dei principi*, in *Dir. pen. cont. - Riv. online*, 12 ottobre 2016, 9 ss.

li, la cui lesione risulti socialmente dannosa: «solo se serve alla tutela di un simile interesse, di particolare importanza, può un precetto penale perseguire un obiettivo legittimo ed essere quindi proporzionato»<sup>33</sup>.

La reale efficacia limitativa del principio dipende, però, dal termine di riferimento del meccanismo di relazione insito nella proporzione. E quand'anche ci si richiamasse al concetto di bene giuridico<sup>34</sup>, mancando un catalogo – più o meno aperto, ma almeno tendenzialmente vincolante – di beni legittimamente tutelabili, nulla vieta, in realtà, che, se in linea con la necessità di conseguire gli obiettivi dei Trattati, risulti “proporzionato” anche un uso meramente sanzionatorio o addirittura simbolico del diritto penale, o la repressione della mera disobbedienza alle norme. Del resto, sono note le critiche formulabili rispetto alla “politica dei beni giuridici” dell’Unione europea. Oggi esse trovano nuova linfa nella previsione dell’art. 83, par. 2, TFUE, che consente (eventualmente anche tramite procedura legislativa speciale) l’adozione di direttive contenenti «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni», quando ciò si riveli «indispensabile per garantire l’attuazione efficace di una politica dell’Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione». Il riferimento all’indispensabilità del ricorso allo strumento penale, rimanendo un criterio valutativo, incapace di esprimere un parametro oggettivo, non esclude il rischio di una possibile “pan penalizzazione”, ovvero di una “copertura penale” tendenzialmente indiscriminata delle politiche europee<sup>35</sup>.

Se, poi, a conferma delle «potenzialità deontologiche del principio stesso sotto il profilo del vaglio critico delle scelte sanzionatorie»<sup>36</sup>, si richiama l’orientamento della Corte di giustizia ad esigere «che le sanzioni per le violazioni del diritto comunitario siano proporzionate, oltre che effettive e dissuasive»<sup>37</sup>, si trascura probabilmente di considerare che, nell’ambito della giurisprudenza sul principio di fedeltà comunitaria, originariamente sancito dall’art. 10 TCE – oggi principio di leale cooperazione, previsto dall’art. 4, par. 3, TUE –, proprio la scomposizione di quest’ultimo nei due sottoprincipi

<sup>33</sup> European criminal policy initiatives. *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1263.

<sup>34</sup> Così MOLINAROLLI, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività*, cit., 12.

<sup>35</sup> V. COCCO, *Le fonti*, in *La legge penale*, a cura di Cocco, Ambrosetti, cit., 125, che lucidamente osserva come «gli obblighi europei di penalizzazione siano uno strumento per perseguire obiettivi eminentemente politici dell’UE ed essenzialmente quello di incrementare la collaborazione degli stati membri», con il risultato della creazione di beni strumentali all’identità dell’UE, destinati a svolgere una funzione criminalizzatrice e non una funzione limitatrice e critica.

<sup>36</sup> MOLINAROLLI, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività*, cit., 9.

<sup>37</sup> MOLINAROLLI, *op. loc. ult. cit.*

di proporzionalità ed assimilazione ha consentito alla Corte di giustizia di mutare indirizzo rispetto alla possibilità che da quel principio derivasse per gli Stati membri l'obbligo di introdurre, a tutela degli interessi comunitari, sanzioni non solo - genericamente - adeguate, ma di carattere specificamente penale<sup>38</sup>. Un simile obbligo sorgerebbe, infatti, quando le violazioni del diritto comunitario da censurare siano connotate da particolare gravità, tali, cioè, da richiedere, proporzionalmente, l'intervento del diritto penale. Ma ancora una volta, il problema è stabilire che cosa renda "grave" la violazione; e non è detto che si tratti del suo contenuto lesivo rispetto a beni di rilievo paragonabile a quello intaccato dalla sanzione criminale<sup>39</sup>, con un potenziale risultato espansivo, anziché limitativo della penalità.

In base al principio europeo di sussidiarietà, sancito dal vigente art. 5, par. 3, TUE, «nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione». La sussidiarietà, così intesa, circoscrive sì l'intervento dell'Unione, nei settori in cui sussiste la competenza concorrente degli Stati membri - tra i quali rientra la materia penale, compresa nello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» -, ma, rispetto a quest'ultima, non esprime necessariamente quell'esigenza di una limitazione dell'esercizio del potere punitivo<sup>40</sup>, che ne farebbe - secondo la prospettiva in esame - un "veicolo" delle garanzie sottese al principio di offensività.

E, infatti, oltre a tornare in rilievo, anche sotto questo aspetto, il relativismo di fondo che connota la selezione, non vincolata sul piano valoriale, degli obiettivi perseguiti, il principio di sussidiarietà "comunitaria" - com'è stato giustamente notato<sup>41</sup> - potrebbe condurre ad un'espansione del diritto penale nazionale, legittimando la formazione di un diritto penale europeo, che andrebbe ad aggiungersi, non a sostituirsi, alle norme penali nazionali, sul pre-

---

<sup>38</sup> A partire dalla nota sentenza CGCE, sent. 21 settembre 1989, causa 68/88 (*Commissione contro Repubblica greca*), in *Racc.*, 1989, 2695 ss. V. GRASSO, *La formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, a cura di Grasso, Milano, 1998, 9 ss.; e inoltre, anche per gli appropriati riferimenti giurisprudenziali, BERNARDI, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, cit., 79 ss.; ID., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 26-27.

<sup>39</sup> Riconosce una connotazione assiologica debole del principio di proporzione DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., 115.

<sup>40</sup> Come, invece, sostenuto da MOLINAROLLI, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività*, cit., 6.

<sup>41</sup> V. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., 117 ss.

supposto di una loro insufficienza. Ciò potrebbe determinare una vera e propria collisione tra il principio di sussidiarietà, inteso come principio europeo, e quello di sussidiarietà penale o di *extrema ratio* – questo realmente complementare al principio di offensività –, perché l’insufficienza delle norme nazionali potrebbe essere considerata tale proprio per il carattere frammentario del diritto penale nazionale – a sua volta collegato alla sussidiarietà penale – eventualmente in contrasto con gli obiettivi di armonizzazione delle risposte punitive tra gli Stati membri, perseguiti a livello europeo.

In attuazione del principio europeo di sussidiarietà, il diritto penale europeo potrebbe integrare il diritto penale nazionale, nel senso di colmarne le lacune, ancorché “provvidenziali”, secondo un processo, per di più, irreversibile. Il legislatore nazionale, una volta accolti gli *input* di penalizzazione provenienti dalla sede europea, non sarebbe, infatti, libero di tornare sui propri passi, operando una successiva depenalizzazione, senza far sorgere un contrasto tra la normativa interna e quella europea<sup>42</sup>.

È anche per questo che da più parti si invoca un effettivo ed attento esercizio del controllo rimesso ai Parlamenti nazionali sul rispetto del principio di sussidiarietà, in occasione dell’emanazione di atti europei. Pur senza approfondire il discorso, va segnalato, al riguardo, che tale controllo, regolato da un apposito Protocollo ai Trattati, presenta delle carenze che lo rendono, comunque, inadeguato allo scopo.

Costatare l’esclusione di una dimensione costituzionale europea – e, con essa, di un espresso profilo costituzionale europeo – del principio di offensività ed evidenziare i limiti delle soluzioni che ne ricavano la vigenza, nell’ambito del diritto eurounitario, dall’operatività di altri principi sovranazionali, non esaurisce, però, il primo livello d’indagine, volto a stabilire se – e, in rapporto agli esiti, in che termini – abbia un senso, giuridicamente pregnante, parlare di offensività con riferimento al “diritto penale europeo”.

In proposito, vengono in considerazione altri due elementi, non privi, tra loro, di un collegamento di fondo. Il primo consiste nel valore attribuito dall’art. 6, par. 3, TUE ai diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che «fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali». E il secondo concerne proprio quell’incidenza del diritto penale europeo nell’ordinamento penale nazionale, in cui s’identifica

---

<sup>42</sup> Sul tema, ricco di implicazioni, v., per tutti, MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 112 ss.; SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, 168 ss.; GULLO, *Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte Ue*, in *Dir. pen. cont. – Riv. online*, 10 febbraio 2016, 19 ss.

la cifra dell'(ancora) attuale natura indiretta delle competenze penali dell'Unione.

Il rinvio operato dall'art. 6, par. 3, TUE alle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», come fonte di principi generali del diritto dell'Unione, offre un argomento apparentemente e potenzialmente risolutivo, se interpretato nel senso di attribuire alle garanzie derivanti da quelle tradizioni la funzione di vincolare lo stesso diritto (penale) dell'Unione alla loro osservanza<sup>43</sup>. A ben vedere, però, e con specifico riferimento alle garanzie sottese al principio di offensività, il rischio che un simile rinvio non basti ad imporre l'attuazione a livello europeo – tanto da renderne sindacabili, sotto tale profilo, le scelte nel settore penalistico – trova un duplice fondamento. Da una parte, va considerata la possibilità di intendere quel rinvio come riferito solo a ciò che rappresenta il “minimo comun denominatore” delle tradizioni costituzionali che ne formano oggetto, con il risultato di tagliar fuori quei diritti o quei principi fondamentali che appartengano all'una e non all'altra tradizione, come avviene per lo stesso principio di offensività<sup>44</sup>; dall'altra, viene in rilievo l'eventuale preferenza accordata a standards di tutela più bassi di quelli operanti negli ordinamenti nazionali, attraverso il ricorso ai criteri dell'orientamento prevalente o della *better law*, anziché a quello del *maximum standard*, e questo vale in generale per il contenuto del richiamo alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri<sup>45</sup>. Senza contare che, a soffrire maggiormente dell'incidenza negativa di tali possibilità – che, invero, trovano palese riscontro nella produzione normativa europea e negli orientamenti della Corte di giustizia – sono proprio quei principi che, a livello nazionale, registrano un riconoscimento costituzionale “soltanto” implicito, tra i quali, pure, rientra, con riferimento all'ordinamento italiano, il principio di offensività<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> V. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 929.

<sup>44</sup> V. CAVALIERE, *L'influenza sull'ordinamento italiano del diritto penale europeo delle organizzazioni criminali*, in *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, a cura di Mir Puig, Corcoy Bidasolo, Gómez Martín, Madrid - Barcellona - Buenos Aires - São Paolo, 2012, 251: «il pericolo è proprio che si salvino solo quelle comuni, quindi non quelle previste solo da alcune Costituzioni europee: in rapporto all'ordinamento italiano, ad esempio, non si salverebbero la determinatezza legale né la riserva di legge, non l'offensività, non il finalismo rieducativo – per il diritto penale europeo, infatti, com'è noto le pene devono essere effettive, proporzionate e «dissuasive» – e neppure il principio di *extrema ratio*».

<sup>45</sup> In proposito, sia consentito rinviare al nostro *Controlimiti e tutela dei diritti fondamentali*, in *Ind. pen.*, 2017, 607 ss.

<sup>46</sup> V. CAVALIERE, *Un tentativo di visione d'insieme degli orientamenti politico-criminali emergenti dalla normativa europea in materia penale*, in *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, a cura di Cavaliere, Masarone, Napoli, 2018, 393.

Dunque, la vigenza nel contesto giuridico europeo di quest'ultimo principio può ritenersi "veicolata" per il tramite dell'art. 6, par. 3, TUE, solo a condizione che il richiamo ivi contenuto venga inteso in termini di effettiva salvaguardia dei principi identitari degli ordinamenti degli Stati membri e, dunque, in una prospettiva non "eurocentrica", dal momento che non essendovi parità negli standards di riconoscimento e tutela delle garanzie sottese ai quei principi, non può dirsi compiuta la c.d. europeizzazione dei controlimiti<sup>47</sup>.

La problematica riassunta in quest'ultima espressione riguarda anche il principio di offensività?<sup>9</sup>

La risposta non può che essere affermativa, ove si riconosca il profilo costituzionale nazionale, sia pure implicito, del principio, che abbiamo assunto in premessa, e, comunque, quando si consideri la relazione inscindibile che ne lega l'attuazione a quella di altri principi fondamentali<sup>48</sup>, della cui valenza identitaria non si dubita, anche sulla scorta della giurisprudenza costituzionale<sup>49</sup>. Il riferimento è, chiaramente, ai principi di proporzione, di determinatezza delle norme penali, di personalità della responsabilità penale e di funzione della pena come integrazione sociale.

E, invero, innanzitutto, appare, incompatibile con le esigenze di proporzione e di uguaglianza (art. 3 Cost.) l'eventuale punizione di fatti che non determinino un danno o un pericolo concreto per beni di rilievo comparabile a quelli della persona, sacrificati dalla sanzione criminale. Inoltre, nei casi in cui il canone della necessaria lesività non sia rispettato in sede di redazione delle norme penali - con particolare riguardo a quelle di parte speciale -, il rispetto del principio di legalità *sub specie* determinatezza (art. 25, co. 2, Cost.) risulta compromesso, perché «viene affidato all'interprete l'inserimento e, dunque, la stessa identificazione dell'evento dannoso o pericoloso: cioè di un elemento fondamentale della fattispecie, la cui descrizione la Costituzione impone al legislatore»<sup>50</sup>. A ben vedere, dalla precisione di tale elemento dipende la determinatezza dell'intera fattispecie di reato<sup>51</sup>, ivi compresa la componente soggettiva, presidiata dal principio di personalità della responsabilità penale (art.

<sup>47</sup> V., ancora, il nostro *Controlimiti e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 614-615 e *passim*.

<sup>48</sup> V. FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, cit., 1520: «L'edificio dei principi penalistici di garanzia non è composto da entità tra loro isolate». E, inoltre, DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., 17-18.

<sup>49</sup> V., da ultime, le pronunce della Corte costituzionale relative al "caso Taricco": Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24 e Corte cost., sent. 10 aprile 2018 (dep. 31 maggio 2018) n. 115.

<sup>50</sup> CAVALIERE, *L'offensività nella Relazione e nel Progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, cit., 249-250.

<sup>51</sup> Sulla necessaria determinatezza dell'evento, v. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 58 ss.

27, co. 1, Cost.). Quest'ultimo, del resto, appare violato, contestualmente a quello della finalità rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.), qualora si prevedano sanzioni penali per fatti inoffensivi, in ragione di scopi di prevenzione generale negativa, il cui perseguimento comporta inevitabilmente l'illegittima strumentalizzazione del singolo individuo assoggettato a quelle sanzioni.

Se così stanno le cose, è evidente che eventuali deroghe al principio di offensività, contenute nel "diritto penale europeo", sono, di per sé, illegittime, perché tale diritto non può essere valutato soltanto in base ai principi enunciati nei Trattati e nelle Carte europee: tra di essi, come si è dimostrato, non rientra quello di necessaria lesività, né in via autonoma e nemmeno attraverso il richiamo alla proporzionalità o alla sussidiarietà (europea). Il diritto europeo, inerente al settore penale, deve essere vagliato anche alla luce dei principi identitari accolti nelle Costituzioni degli Stati ed intesi nella misura del *maximum standard*, che devono rappresentarne fondamenti e garanzie irrinunciabili.

L'illegittimità di tali deroghe - di cui, più avanti, saranno verificate sussistenza e conformazione - viene, poi, ulteriormente in rilievo, quando si consideri l'incidenza del diritto penale europeo negli ordinamenti statuali e, in particolare, nel nostro.

È noto il dibattito concernente la riconoscibilità ed il grado di vincolatività dei c.d. obblighi di tutela penale<sup>52</sup>, provenienti al legislatore nazionale dalla normativa (dell'Unione) europea. Senza entrare nel merito della questione, appare evidentemente innegabile che, soprattutto in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>53</sup>, le scelte politico-criminali operate nell'ordinamento interno rischiano di essere - ma, a ben vedere, lo sono già da tempo - fortemente condizionate dalle «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni», che Parlamento europeo e Consiglio possono stabilire mediante l'adozione di direttive (art. 83 TFUE) e, cioè, di atti, il cui mancato re-

---

<sup>52</sup> V., per tutti, DE VERO, *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di Paliero, Moccia, G. De Francesco, Insolera, Pelissero, Rampioni, Riscato, Napoli, 2016, 93 ss.; MANACORDA, *'Dovere di punire'? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e sovranazionali*, a cura di Stile, Manacorda, Mongillo, Napoli, 2015, 151 ss.; VIGANO, *Obblighi convenzionali di tutela penale?* In *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, 243 ss.

<sup>53</sup> Sull'evoluzione degli obblighi di tutela penale da fonte UE, anche in considerazione del ruolo decisivo della giurisprudenza comunitaria nella comunitarizzazione del terzo pilastro, v. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 5 ss., 193 ss.

cepimento da parte degli Stati membri può essere censurato dalla Corte di giustizia all'esito di una procedura di infrazione. Senza dimenticare la diretta applicabilità riconosciuta, per il passato, alle direttive comunitarie di primo pilastro, purché sufficientemente “dettagliate”: se un tale orientamento dovesse riproporsi con riferimento alle direttive di armonizzazione in materia penale, si delinerebbe l'introduzione surrettizia di una competenza diretta dell'Unione all'esercizio della potestà punitiva.

Ebbene, simili obblighi di tutela penale, che si identificano in veri e propri obblighi di incriminazione<sup>54</sup> – o di non depenalizzazione in un momento successivo all'attuazione degli stessi<sup>55</sup> –, anticipando, rispetto all'operato del legislatore nazionale, le valutazioni in ordine alla meritevolezza e al bisogno di pena<sup>56</sup>, interferiscono con i criteri di legittimazione dell'intervento penale, vincolanti nell'ordinamento interno: nel nostro caso, i principi di sussidiarietà, di proporzione e di offensività. Può accadere che tali obblighi si discostino da questi ultimi principi, anche in ragione della mancato riconoscimento, ad opera delle fonti primarie dell'ordinamento sovranazionale, di una scala di valori paragonabile a quella di rilievo costituzionale “domestico”<sup>57</sup>. In tali casi, le norme interne, che attuano gli obblighi di derivazione europea, finiscono per esprimere opzioni illegittime nel contesto giuridico di appartenenza. E ciò avviene ogni qual volta la dinamica degli obblighi di tutela penale comprometta la funzione critica del bene giuridico, di delimitazione e di inquadramento dell'intervento punitivo, facendone il fondamento, piuttosto che il limite del ricorso allo strumento penale<sup>58</sup>, sempre che di bene giuridico possa parlarsi con riguardo agli oggetti della tutela penale nella prospettiva europea.

### 3. Gli esiti: i rapporti tra “diritto penale europeo” ed offensività. Il caso paradigmatico della normativa di contrasto al terrorismo internazionale.

<sup>54</sup> V. MANACORDA, *‘Dovere di punire’? Gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto*, cit., 115 ss., per la distinzione tra obblighi di incriminazione, divieti di penalizzazione ed obblighi procedurali, e 120 ss., con particolare riguardo agli obblighi di incriminazione.

<sup>55</sup> V. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 20.

<sup>56</sup> V. PAONESSA, *op. ult. cit.*, 27-28, ma relativamente agli obblighi costituzionali di tutela penale. V., inoltre, MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 39, che aderisce all'idea dell'esistenza di un sistema c.d. di *multilevel constitutionalism*, ricavabile dai vincoli imposti al legislatore dall'art. 117, co.1, Cost., «per cui possiamo affermare che per l'allocazione penalistica di un determinato bene è necessario operare su una pluralità di piani, come quello di carattere empirico-sociologico, quello costituzionale e, infine, quello comunitario ed internazionale».

<sup>57</sup> V. PAONESSA, *op. ult. cit.*, 34-35.

<sup>58</sup> V. MANACORDA, *‘Dovere di punire’? Gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto*, cit., 144 ss.



Una volta chiarito quali argomenti, giuridicamente fondati, rendano non solo opportuna, ma pressoché doverosa una verifica del “diritto penale europeo” in termini di offensività, va detto che l’esame, in tal senso, delle principali norme di diritto primario dell’Unione, riferite alla materia penale, e la considerazione dei relativi atti di diritto secondario non producono risultati confortanti, sotto entrambi gli aspetti che vengono in rilievo nella prospettiva del canone di offensività, vale a dire in rapporto ai beni giuridici protetti e alle soglie di tutela per essi predisposte<sup>59</sup>.

Nel diritto primario dell’Unione, il riferimento è, soprattutto, all’art. 83 TFUE, che, nel delineare gli ambiti di intervento delle direttive di armonizzazione penale, individua due macrosettori: quello delle «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale» - di cui il primo paragrafo offre un’elencazione non tassativa, perché suscettibile di essere ampliata da una decisione del solo Consiglio - e quello dei settori che siano già stati oggetto di misure di armonizzazione, nel contesto di altre politiche dell’Unione (par. 2).

Oltre a quanto già accennato in ordine al rischio di panpenalizzazione riconducibile alla previsione del secondo paragrafo, il criterio di rilevanza penale delle condotte, che risulta dell’insieme dell’art. 83 TFUE - com’è stato giustamente notato<sup>60</sup> - non ha a che vedere con l’offesa di beni giuridici, ma corrisponde all’identificazione di interi campi di materia: soprattutto con riguardo alla competenza penale indiretta definita dal par. 1 della citata disposizione - quella forse più rilevante, come espressione dell’intento dell’ente sovranazionale di esprimere una propria politica criminale -, si tratta, in definitiva, della mera indicazione di fenomeni da contrastare.

In proposito, si potrebbe obiettare che lo sganciamento dello strumento penale dalla considerazione di legittimi beni da tutelare, a livello di diritto primario dell’Unione, sarebbe giustificato dalla funzione stessa dell’art. 83 TFUE, che, in quanto - appunto - norma di “funzionamento”, avrebbe il compito di indicare ambiti di intervento e non di descriverne dettagliatamente il contenuto: una sorta di “licenza di indeterminatezza”.

Senonché, la stessa carenza si riscontra nelle direttive che in quella norma primaria trovano la loro base giuridica, come già accadeva, invero, nelle decisioni quadro, alle quali era rimessa l’armonizzazione in materia penale prima del Trattato di Lisbona.

---

<sup>59</sup> Così CAVALIERE, *Un tentativo di visione d’insieme degli orientamenti politico-criminali emergenti dalla normativa europea in materia penale*, cit., 402 ss.

<sup>60</sup> V. CAVALIERE, *op. ult. cit.*, 403-404.

Negli atti di diritto derivato dell'Unione, concernenti il nostro settore, le condotte, di cui il legislatore nazionale è chiamato ad introdurre l'incriminazione, non corrispondono alla descrizione di modalità di offesa di un determinato ed "afferrabile" bene giuridico, ma di meri comportamenti<sup>61</sup>, ascrivibili ai fenomeni contro cui "lottare". L'abbandono di un adeguato criterio di legittimazione e di delimitazione dell'intervento penale, collegato alla vanificazione della funzione critica del bene giuridico, si riflette, altresì, sul piano ermeneutico, rendendo incerti gli ambiti della punibilità, in grado di ricomprendere tutte le condotte rientranti nell'ambito semantico della fattispecie e non solo quelle concretamente offensive e, dunque, oggettivamente connotate da disvalore. Sul piano dommatico, poi, la struttura della fattispecie prescinde dal momento dell'offesa, rimanendo "libera" di identificare delle soglie di tutela fortemente anticipate rispetto a quest'ultima, fino a prospettare la punizione di mere intenzioni, accordi o atti preparatori.

Quanto appena affermato risulta dalle caratteristiche pressoché invariabilmente riscontrabili nella normativa europea di riferimento. Esse trovano la più compiuta esemplificazione negli atti emanati per il contrasto al terrorismo internazionale ed oggi assorbiti nella direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017 sulla lotta contro il terrorismo, che ha sostituito la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, a sua volta, in precedenza, modificata, dalla decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008<sup>62</sup>.

L'oggetto della tutela, apprestata in tale contesto normativo - o, meglio, di cui la normativa europea richiede l'introduzione negli ordinamenti nazionali -, sembrerebbe consistere in una sorta di "sicurezza pubblica mondiale", che il terrorismo, quale fenomeno criminale rivolto contro le stesse fondamenta

---

<sup>61</sup> Sulle fattispecie incriminatrici "del mero comportamento", v. COCCO, *Il fatto tipico. Questioni della postmodernità. Tra reati di mero comportamento e tutela di beni funzionali*, in *Il reato*, a cura di Cocco, Ambrosetti, in *Trattato breve di diritto penale* diretto da Cocco e Ambrosetti, *Parte generale*, I, 2, Padova, 2017, 59 ss., che ritiene «valide le critiche a siffatte fattispecie, le quali senza una attenta specificazione dei bb. gg. di riferimento e dei limiti di utilizzo costituiscono l'anticamera alla creazione di un diritto di polizia assolutistico» (ivi, 62), pur ammettendo, quanto meno in materie di evidente rilievo, la legittimità dei c.d. beni funzionali, quali autonomi beni tutelabili penalmente, inquadrati nella categoria dei beni collettivi, la cui effettiva lesione sarebbe riconducibile a reati caratterizzati da vittimizzazione di massa e non a reati senza vittima. In proposito, più ampiamente, ID. *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di Dolcini, Paliero, Milano, 2006, 167 ss.

<sup>62</sup> Più ampiamente, sulla normativa europea di contrasto al terrorismo internazionale, sia consentito rinviare al nostro *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit., 117 ss. e, con particolare riferimento alla direttiva (UE) 2017/541, al nostro *La «lotta» al terrorismo*, in *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, a cura di Cavaliere, Masarone, cit., 33 ss.

delle democrazie occidentali, così come delineato nel preambolo degli atti europei<sup>63</sup>, sarebbe in grado di ledere e, prima ancora, di porre in pericolo. Sennonché il concetto di “ordine pubblico mondiale”, non diversamente da quello “classico” di ordine pubblico, non può rappresentare un legittimo bene giuridico, posto che il richiamo ad una sorta di ordine promanante dal potere costituito, per la sua tendenziale onnicomprensività, finisce per risultare estremamente generico e, dunque, privo dell'afferrabilità necessaria ad individuare l'oggetto giuridico del reato; esso rappresenta, piuttosto, una mera *ratio* di tutela<sup>64</sup>. Un'alternativa praticabile, in proposito, potrebbe essere rappresentata dalla considerazione, quali beni giuridici tutelati dalle norme in materia di terrorismo, dei beni di natura essenzialmente individuale, a carattere personale, quali la vita, l'integrità fisica, la libertà personale ed anche il patrimonio, (potenzialmente) lesi dagli atti connotati, sul piano oggettivo, dal metodo terroristico e, su quello soggettivo, dalla correlativa finalità.

Che la dimensione offensiva del fenomeno terroristico sia inquadrata secondo l'uno o l'altro orientamento, le scelte politico-criminali di livello europeo risultano, comunque, dirette a realizzare un drastico arretramento della tutela penale, invero più evidente ove si faccia riferimento ai beni individuali<sup>65</sup>.

La forte anticipazione della soglia della punibilità è perseguita, nella normativa antiterrorismo dell'Unione europea, attraverso l'attribuzione di rilevanza penale a condotte gravemente carenti sotto i profili della materialità e dell'offensività, all'interno di fattispecie marcatamente “soggettivizzate”, con il risultato di pervenire, di fatto, all'incriminazione di mere intenzioni, tali da rendere punibili, come reati consumati, atti meramente preparatori, o da at-

---

<sup>63</sup> V., ad esempio, il secondo “considerando” della direttiva (UE) 2017/5417, che riproduce quello del primo “considerando” della decisione quadro 2008/919/GAI. V. anche il secondo “considerando” della decisione quadro 2002/475/GAI, nonché il preambolo della convenzione del Consiglio d'Europa del 2005 e quello del relativo protocollo addizionale del 2015.

<sup>64</sup> V. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 1 ss.; DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, 7 ss.; CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, 61 ss.; INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Diritto Penale. Lineamenti di parte speciale*, IV, a cura di Canestrari, Gamberini, Insolera, Mazzacava, Sgubbi, Stortoni, Tagliarini, Bologna, 2006, 247.

<sup>65</sup> Riconosce che i beni giuridici tutelati dalle previsioni che si riferiscono alla “sicurezza” siano i beni personali, rispetto ai quali i c.d. beni intermedi esprimono soltanto le condizioni di fatto che ne assicurano la protezione, COCCO, *Il fatto tipico. Questioni della postmodernità. Tra reati di mero comportamento e tutela di beni funzionali*, cit., 68, che, però, ritiene “opportuna” l'anticipazione della tutela dei beni sostanziali, insita nella tecnica del ricorso ai beni strumentali, «quando ad essere posti in pericolo sono i beni non di una o più persone individuate, ma di una pluralità indeterminata (cioè non individuata) o comunque ampia di persone».

tribuire rilevanza penale a condotte oggettivamente neutre sul piano del disvalore.

Tipici esempi della prima ipotesi sono il reclutamento e l'addestramento a fini terroristici, già inseriti nell'art. 3 della decisione quadro 2002/475/GAI, come «reati connessi ad attività terroristiche» - si badi, punibili indipendentemente dall'effettiva realizzazione di queste ultime -, dalla decisione quadro 2008/919/GAI ed oggi trasfusi negli artt. 6 e 7 della direttiva (UE) 2017/541.

Esempi della seconda ipotesi sono, poi, riscontrabili in alcune "norme minime" in tema di incriminazioni introdotte *ex novo* da quest'ultima direttiva. Il riferimento è, in particolare, alla «Ricezione di addestramento a fini terroristici», di cui all'art. 8, che, secondo quanto esplicitamente affermato nella relazione che accompagnava la relativa proposta del 2015, potrebbe risultare integrata anche da attività che, in assenza della finalità terroristica, sarebbero perfettamente lecite, come la navigazione in internet, su siti dai quali poter ricavare informazioni o ricevere comunicazioni, oppure come quelle consistenti nel seguire un corso di chimica all'università, prendere lezioni di volo o ricevere un addestramento militare da uno Stato. Analogamente può dirsi per l'atto di recarsi in un altro Paese, in rapporto alla previsione dell'incriminazione dei «viaggi a fini terroristici» (art. 9 direttiva (UE) 2017/541) o dell'«organizzazione o agevolazione» degli stessi (art. 10 direttiva (UE) 2017/541). In proposito, bisogna, inoltre, considerare che la difficoltà di fornire una prova empirica delle componenti soggettive di una condotta rende generalmente necessario dedurre il contenuto da una serie di elementi di fatto<sup>66</sup>, che, nel caso di specie, potrebbero tradursi in altrettanti fattori di discriminazione, legati, ad esempio, all'appartenenza del viaggiatore ad una certa etnia o confessione religiosa, ai comportamenti anticonvenzionali - ma penalmente irrilevanti - da questi eventualmente tenuti, alla frequentazione di luoghi o persone "sospette". Si profilano, così, i caratteri di un diritto penale dell'autore e della pericolosità, del tutto contrapposti a quelli di un diritto del penale del fatto e della dannosità, conforme al principio di nostro interesse.

Per di più, le mere intenzioni, intorno alle quali finiscono per ruotare le incriminazioni "imposte" ai legislatori nazionali, corrispondono a quella finalità di terrorismo che, nella sua formulazione, contribuisce a rendere gravemente indeterminata la definizione di "reati terroristici", originariamente contenuta

---

<sup>66</sup> Sulle note difficoltà nell'accertamento del dolo, v., per tutti, M. GALLO, *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 801 ss. Per la verifica giudiziale dell'elemento psichico quale «sublimazione del magistero penale», v. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960, 12 ss.

nell'art. 1 della decisione quadro 2002/475/GAI ed oggi sostanzialmente trasferita nell'art. 3 della direttiva (UE) 2017/541.

Per quello che più direttamente rileva in questa sede, oltre al triplice dolo specifico alternativo, ciò che rende “terroristici” gli atti costituenti reato, elencati nella disposizione da ultimo citata, è, dal punto di vista oggettivo, la possibilità che essi, per loro natura o per il contesto in cui s’inseriscono, arrechino grave danno ad un Paese o ad un’organizzazione internazionale. Al riguardo, non solo si può notare che l’espressione «possono arrecare» non è in grado di rappresentare un chiaro indice di idoneità, ma appare evidente come il requisito in questione soffra di un discutibile “gigantismo”<sup>67</sup> e di una certa vaghezza semantica, che rendono gravemente indeterminato il profilo offensivo degli atti in questione e, quindi, problematico il relativo accertamento<sup>68</sup>; non è chiaro, ad esempio, se il «grave danno ad un Paese» possa consistere finanche in un danno “d’immagine”, come quello eventualmente riconducibile a manifestazioni *no-global* svolte nelle “zone rosse”, in occasione di importanti eventi internazionali, qualora esse si estrinsechino in qualunque fatto di reato e siano pur sempre volte a «costringere i poteri pubblici [...] a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto».

Come avviene costantemente nel “diritto penale europeo”, ulteriori arretramenti dell’intervento penale derivano, poi, dalle disposizioni volte a prevedere la criminalizzazione dell’istigazione e del tentativo di quegli stessi atti preparatori, in cui si sostanziano le fattispecie prospettate, e, cioè, del “pericolo del pericolo” di un evento lesivo.

Data la corrispondenza tra principi politico-criminali, concetti dommatici e tecniche legislative<sup>69</sup>, quanto appena riferito a proposito degli atti europei concernenti il terrorismo – in via meramente esemplificativa di *trend* ricorrenti nel “diritto penale europeo” – esprime precise scelte, dal punto di vista politico-criminale. Sul presupposto della “centralità teleologica” della funzione della pena all’interno del sistema penale<sup>70</sup>, tali scelte si compendiano

<sup>67</sup> V. FIANDACA, A. TESAURO, *Le disposizioni sostanziali: linee*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di Di Chiara, Torino, 2003, 121.

<sup>68</sup> V., sia pure in riferimento all’art. 270-*sexies* c.p., PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 671-672.

<sup>69</sup> Sui rapporti tra dommatica e politica criminale, per la costruzione di un sistema penale teleologicamente orientato, v., per tutti, ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970, 2<sup>a</sup> ed. 1973), in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di Moccia, Napoli, 1998, 37 ss.

<sup>70</sup> V. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006 ss. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 37-38.

nell'assegnazione alla pena medesima di finalità di accentuata deterrenza<sup>71</sup>, tanto sotto il profilo specialpreventivo, in termini di neutralizzazione del soggetto (ritenuto, talvolta su base presuntiva) socialmente pericoloso, quanto sotto quello generalpreventivo, corredato da un malcelato intento simbolico. Finalità, del resto, coerenti con quella “dissuasività” che costituisce, da sempre, requisito imprescindibile delle sanzioni – in origine, non necessariamente penali –, la cui predisposizione è imposta ai legislatori degli Stati membri<sup>72</sup> dall'ente sovranazionale, oltre ad essere in linea con il lessico di tenore conflittuale, rinvenibile nell'intitolazione e talora nel contenuto degli atti europei, dichiaratamente diretti alla lotta, al contrasto ecc. dei fenomeni indicati.

In altre parole, prima ancora delle singole scelte normative, sono le opzioni politico-criminali di fondo del “diritto penale europeo”, che in quelle scelte prendono corpo, a rivelarsi incompatibili con i principi di una politica criminale da stato sociale di diritto e, dunque, con la Costituzione italiana. E, se è vero che, come si è già accennato, l'attuazione di ciascuno di tali principi finisce per essere condizionata da quella degli altri, il principio di offensività – inteso nel senso anticipato in premessa – svolge, nell'ambito di tali rapporti, un ruolo chiave, rappresentando, idealmente, uno snodo obbligato nella rete delle reciproche intersezioni. Di conseguenza, le violazioni di questo principio riscontrabili a livello sovranazionale risultano di particolare gravità. Ancor più quando si consideri che, riprendendo l'esempio della normativa antiterrorismo, gli obblighi di incriminazione derivanti dalle disposizioni citate sono stati adempiuti dal nostro legislatore con l'inserimento nel codice penale di fattispecie incriminatrici, pressoché coincidenti, nel contenuto, con le previsioni europee: il riferimento è agli artt. 270-*quater* («Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale»), 270-*quater*.1 («Organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo»), 270-*quinqüies* («Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale»), 270-*sexies* («Condotte con finalità di terrorismo»)<sup>73</sup>.

#### **4. Una conclusione “aperta”: spunti per l'individuazione di rimedi praticabili.** In definitiva, parlare di offensività in rapporto al “diritto penale europeo” ha

<sup>71</sup> V. CAVALIERE, *Un tentativo di visione d'insieme degli orientamenti politico-criminali emergenti dalla normativa europea in materia penale*, cit., 410 ss.

<sup>72</sup> Così MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., 923.

<sup>73</sup> Non è stata introdotta, finora, una fattispecie che attribuisca rilevanza penale ai viaggi a fini terroristici e non solo – come avviene oggi – all'organizzazione o agevolazione degli stessi, a meno di inquadrare le relative condotte nell'ipotesi di arruolamento di cui all'art. 270-*quater*, co. 2, c.p.

un senso giuridicamente fondato e le vistose carenze della normativa europea, riscontrabili sotto tale profilo, risultano inammissibili non solo con riguardo alle norme interne attuative degli atti europei, ma già con riferimento a questi ultimi. Resta da domandarsi se esistano, in proposito, dei rimedi attualmente attivabili, tali da rendere effettiva l'affermata vincolatività del principio. Si tratta di una questione complessa, che potrebbe porsi con riferimento a qualsivoglia principio del diritto penale, con caratteristiche analoghe a quello considerato in quest'occasione. Essa meriterebbe adeguato approfondimento in un'apposita indagine. Tratteggiarne una soluzione, per quanto sintetica, può, quindi, valere da spunto per una riflessione futura.

A livello interno, non possono operare, in "difesa" dei principi fondamentali, meccanismi che blocchino automaticamente l'attività del legislatore, ma solo un controllo successivo, ad opera della Corte costituzionale<sup>74</sup>, da esercitarsi nei limiti delle rispettive competenze. L'art. 32, lett d) della legge-quadro 24 dicembre 2012, n. 234, recante «Principi e criteri direttivi generali per l'attuazione del diritto dell'Unione europea», al fine di assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, circoscrive la posizione di sanzioni penali - in alternativa a quelle amministrative -, ai soli «casi in cui le infrazioni ledano o esponano a pericolo interessi costituzionalmente protetti». In particolare, tale previsione fa riferimento alle pene dell'arresto e dell'ammenda e, dunque, collega i limiti indicati all'introduzione di mere contravvenzioni. Essa, pertanto, non appare compatibile con l'attuazione degli obblighi di incriminazione derivanti dalle direttive di cui al primo paragrafo dell'art. 83 TFUE, concernenti fenomeni criminali di particolare gravità<sup>75</sup>, e neppure con quelli fondati sul secondo paragrafo, se recanti, come solitamente accade, l'indicazione di un elevato minimo del massimo di sanzione da predisporre. Un controllo di legittimità costituzionale, orientato in senso fortemente garantista dei principi identitari e al rifiuto della loro "europeizzazione", rappresenta, dunque, l'unico rimedio praticabile - anche se successivo alla loro entrata in vigore - rispetto alle norme interne, che, in sede di recepimento di quelle europee, abbiano mutuato da queste ultime le suddette deroghe.

Quanto, direttamente, alla normativa sovranazionale, se - come si è cercato di dimostrare - il principio di offensività non è riconducibile a quelli di proporzionalità e di sussidiarietà, intesi alla maniera europea, il controllo dei Parlamenti nazionali, relativo al rispetto di tali principi, nella c.d. fase ascendente

<sup>74</sup> V. FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, cit., 1537.

<sup>75</sup> DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., 28.

del diritto dell'Unione, non può valere ad evitare l'elaborazione di fattispecie penale "armonizzate" del tutto prive o almeno parzialmente carenti di contenuto offensivo. Nella c.d. fase centralizzata, viene, però, in rilievo la possibilità, per i membri del Consiglio, di attivare un c.d. freno d'emergenza (art. 83, par. 3, TFUE), al fine di opporsi - nelle forme ivi indicate e salvo la possibilità per gli altri Stati di procedere in cooperazione rafforzata - all'adozione di una direttiva di armonizzazione in materia penale, che appaia in contrasto con «aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale», tra i quali rientra, senz'altro, la necessaria lesività delle condotte costituenti reato. Va da sé che una valorizzazione di tale strumento, al fine di contenere la produzione di norme penali europee in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento interno - e segnatamente del principio di offensività -, presupporrebbe un orientamento "forte" al rispetto di tali principi, già a livello di politica nazionale, perché politica è la rappresentanza che siede nel Consiglio dell'Unione europea. E, purtroppo, i segnali che si ricavano dalla realtà odierna vanno in tutt'altra direzione.

Allo stesso modo, per ragioni di "prudenza politica", appare improbabile che venga sfruttata, dalle autorità competenti, la possibilità di effettuare, dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione, il ricorso per annullamento degli atti europei (art. 263 TFUE), rispetto al quale i Paesi membri figurano come "ricorrenti privilegiati", perché ammessi ad adire la Corte senza necessità di un dimostrato interesse ad agire<sup>76</sup>, diversamente dai ricorrenti privati.

È, dunque, senz'altro condivisibile l'opinione di chi fa del richiamo al rispetto dei principi e di quello di offensività in particolare, una «questione di battaglia culturale»<sup>77</sup>, nell'ambito della quale riveste particolare importanza la funzione critica della dottrina<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Segnala questa possibilità BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi, Napoli, 2017, LXV.

<sup>77</sup> FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, cit., 1537.

<sup>78</sup> V. CAVALIERE, *Un tentativo di visione d'insieme degli orientamenti politico-criminali emergenti dalla normativa europea in materia penale*, cit., 405: ad esempio, «attraverso il richiamo al bene giuridico, in funzione di criterio di (de)legittimazione della normativa europea».