



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato in Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti  
Dipartimento di Scienze giuridiche, della società e dello sport  
Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

Il diritto penale dell'Unione europea tra sicurezza e diritti fondamentali

IL DOTTORE  
**Silvio Civello Conigliaro**

IL COORDINATORE  
**Aldo Schiavello**

IL TUTOR  
**Giovanni Fiandaca**

*A mia madre,  
a Daisaku Ikeda,  
a tutti quelli che mi hanno sempre sostenuto*

*"Se vi preoccupate anche solo un po' della vostra sicurezza personale,  
dovreste prima di tutto pregare per l'ordine e la tranquillità  
in tutti e quattro i quadranti del paese."*

*Adottare l'insegnamento corretto per la pace nel paese,  
Raccolta degli scritti di Nichiren Daishonin, vol. I, pag. 25*

## Indice sommario

Premessa .....	p. 3
<b>I. Presupposti teorici e normativi della recente evoluzione del diritto penale dell'Unione alla luce della «<i>questione sicurezza</i>»</b>	
<b>1. Presupposti teorici</b>	
<b>a. Sicurezza e diritto penale</b>	
1. L'espansione del diritto penale .....	p. 5
2. Sicurezza e diritti .....	p. 18
3. Il diritto alla sicurezza nello "Stato di insicurezza" .....	p. 29
4. Sicurezza e diritto penale .....	p. 38
5. La vittima nel discorso penale contemporaneo .....	p. 61
<b>b. Unione europea e diritto penale</b>	
1. Premessa.....	p. 65
2. Breve descrizione del diritto penale dell'Unione .....	p. 69
3. L'Unione europea come "luogo di scambio" .....	p. 80
4. L'armonizzazione del diritto penale .....	p. 87
5. Il ruolo della giurisprudenza .....	p. 96
6. La dimensione costituzionale del diritto penale dell'Unione .....	p. 100
7. La costituzione securitaria dell'Unione europea .....	p. 114
<b>2. Presupposti normativi</b>	
1. La competenza dell'Unione in materia penale.....	p. 118
1.1 L'articolo 83 § 1 TFUE .....	p. 122
1.2 L'articolo 83 §2 TFUE .....	p. 130
2. La politica criminale dell'Unione europea .....	p. 142
3. Lo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia .....	p. 148
4. I documenti programmatici delle Istituzioni europee .....	p. 160

<b>II.</b>	<b>Il diritto penale dell'Unione europea</b>	
<b>a.</b>	<b>La parte generale del diritto penale dell'Unione</b>	
1.	I principi del diritto penale dell'Unione europea .....	p.169
1.1	Il principio della <i>lex certa</i> .....	p. 179
1.2	Il principio di sussidiarietà .....	p. 182
1.3	I diversi principi di proporzionalità .....	p.189
1.4	Il principio di <i>extrema ratio</i> .....	p. 198
1.5	Il principio di effettività .....	p. 204
1.6	Il principio di precauzione .....	p. 207
2.	Una codificazione generale europea?.....	p. 215
2.1	La colpevolezza .....	p. 227
2.2	L'antigiuridicità .....	p. 230
2.3	Forme di manifestazioni del reato .....	p. 232
2.4	Le sanzioni .....	p. 234
<b>b.</b>	<b>La parte speciale del diritto penale dell'Unione</b>	
1.	Gli interventi normativi dell'Unione in materia penale .....	p. 237
2.	Gli eurodelitti .....	p. 238
2.1	Terrorismo .....	p. 238
2.2	Crimini contro soggetti particolarmente vulnerabili .....	p. 241
2.3	Crimine organizzato, traffici illeciti e <i>white collars crimes</i> .....	p. 248
2.4	Criminalità informatica .....	p. 254
3.	La competenza penale accessoria dell'Unione.....	p. 257
	<b>Cosiderazioni conclusive</b> .....	p. 259
	<b>Bibliografia</b> .....	p. 262

## Premessa

Il presente lavoro intende analizzare lo sviluppo delle politiche criminali e del diritto penale sostanziale dell'Unione europea per mostrare come il perseguimento di scopi securitari e di tutela dei diritti fondamentali abbia finora rappresentato la sua principale forza motrice. A tal fine, si cercherà di analizzare il “bene sicurezza” e la sua complessa interazione con lo scopo di tutela dei diritti fondamentali in materia penale.

La ricerca mira a valutare la recente evoluzione e il condizionamento della materia penalistica ad opera, da una parte, dell'accresciuto interesse per la “questione sicurezza” e, dall'altra, dell'europeizzazione del diritto<sup>1</sup>, così da verificare la stretta correlazione tra questi due fenomeni.

Ci si soffermerà, anzitutto, sull'attuale tendenza espansiva del diritto penale, che risulta in buona parte dovuta proprio alla discesa in campo di soggetti sovranazionali, essenzialmente dell'Unione europea; e si mostrerà come la ritenuta esistenza di un diritto alla sicurezza, che si riconnette in qualche modo all'indebolimento dello Stato nazionale e alla correlativa crescita delle competenze e dei poteri dei soggetti sovranazionali, rappresenti la giustificazione di diverse iniziative di criminalizzazione. Tali considerazioni preliminari potrebbero, infatti, permettere di contestualizzare e comprendere meglio le sfide che sono chiamati ad affrontare i tradizionali assunti della teoria liberale dello *jus puniendi*, sottoposti all'azione congiunta dell'armonizzazione e delle esigenze securitarie e di tutela dei diritti fondamentali che la caratterizzano.

La ricerca è stata sviluppata, principalmente, a partire dal confronto con studi precedenti sul tema e dall'analisi delle disposizioni dei Trattati e delle secondarie rilevanti, oltre che delle più significative pronunce della Corte di Giustizia, della Corte di Strasburgo e (più raramente) delle giurisdizioni nazionali; infine, sono stati presi in considerazione anche diversi documenti programmatici ed dichiarazioni

---

<sup>1</sup> Definito come un «processo di costruzione, diffusione ed istituzionalizzazione di regole formali ed informali, di procedure, paradigmi di politiche pubbliche, stili, “modi di fare cose”, convinzioni condivise e norme che sono prima definite e consolidate nel processo decisionale europeo e quindi incorporate nella logica del discorso interno, identità, strutture politiche e politiche pubbliche» da RADAELLI, “Whither Europeanization? Concept stretching and substantive change”, *European integration online*, papers, 2004, vol. 4, n. 8.

politiche delle Istituzioni europee, che talvolta rivelano, ancor più chiaramente che le direttive o le decisioni quadro, la visione che le stesse hanno del diritto penale e della sicurezza.

Nella prima Parte, si illustreranno i presupposti teorici e normativi dell'evoluzione del diritto penale europeo nel segno della sicurezza.

Da un lato, si analizzerà il rapporto tra sicurezza e diritto penale, per far luce su cause e conseguenze dell'attuale tendenza espansiva del diritto penale e della progressiva penetrazione della cultura dei diritti umani nella materia penale. Dall'altro, si descriveranno l'incontro tra l'Unione europea e il diritto penale e lo sviluppo dello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, per rilevare alcune peculiarità di tale sistema - un "luogo di scambio" caratterizzato da una certa evoluzione costituzionale, e attualmente polarizzato sulla sicurezza.

Le considerazioni teoriche su tale processo saranno confortate, poi, dall'analisi dei suoi presupposti normativi, ovvero delle norme dei Trattati che stabiliscono la competenza dell'Unione in materia penale e dei diversi documenti programmatici delle Istituzioni, da cui può evincersi il modo in cui tale competenza è stata finora intesa dalle Istituzioni chiamate a esercitarla.

Nella seconda Parte si procederà all'osservazione del volto attuale del diritto penale europeo, analizzando tanto la sua "parte generale" (i diversi principi fondamentali e i vari istituti che regolano i presupposti della punibilità) quanto la sua "parte speciale" (l'insieme dei singoli interventi che hanno introdotto o modificato fattispecie incriminatrici nella legislazione penale dei Paesi membri).

# Parte I. Presupposti teorici e normativi della recente evoluzione del diritto penale dell'Unione alla luce della «*questione sicurezza*»

## 1. Presupposti teorici

### a. Sicurezza e diritto penale

#### 1. L'espansione del diritto penale

Viene spesso rilevato come, negli ultimi anni, vi sia stato un consistente movimento della giustizia penale verso un paradigma del controllo, e come le politiche punitive abbiano tendenzialmente alzato il livello di repressione penale<sup>2</sup>.

Questa recente tendenza dei paesi occidentali a trattare ogni fonte di danno come un crimine sembra radicarsi nell'ossessione dell'incertezza della cultura politica neoliberista, che conduce a porre i problemi di *sicurezza* nazionale (terrorismo), *sicurezza* sociale (l'integrità del sistema previdenziale), *sicurezza* dei mercati (responsabilità da illecito degli enti) e *sicurezza* interna (ordine pubblico) in cima all'agenda politica.

L'intensificazione delle misure volte a garantire la sicurezza avviene attraverso trasformazioni del sistema giuridico e, in particolare, mediante un'espansione e trasformazione del diritto penale, che si rivelano, però, erosive dei principi di garanzia. Il diritto penale contemporaneo sembra, quindi, essere caratterizzato da una marcata tendenza espansiva, che si concretizzerebbe sostanzialmente nell'introduzione di "nuovi tipi penali", nell'inasprimento delle leggi esistenti e in una reinterpretazione delle garanzie. In proposito, la dottrina più attenta non ha mancato di rilevare come, se anche l'introduzione di nuove fattispecie appare un'esigenza ineludibile, a fronte dell'emersione di nuove forme di criminalità o

---

<sup>2</sup> Cfr. NUOTIO, *Security and Criminal Law: The Difficult Relationship*, in SHEININ, *Law and security. Facing the dilemmas*, Firenze, 2009, *passim*.



nuove forme di manifestazione di reati già noti<sup>3</sup>, meno giustificabili sembrano essere, invece, l'affievolimento delle garanzie, il restringimento delle maglie del penale con le quali inibire un sempre maggior numero di condotte – spesso di dubbia offensività - e l'inasprimento del trattamento sanzionatorio, in mancanza di evidenze empiriche che suffraghino tali scelte<sup>4</sup>.

Il concetto di *espansione* - che insieme al concetto di *rischio* sembra essere il tratto caratteristico di una presuntamodernizzazione del diritto penale, fondamentalmente consistente nel passaggio da un modello liberale ad un modello di diritto penale della sicurezza – se, inizialmente, è stato impiegato in un senso ben circoscritto, ovvero per trattare nuove forme di criminalità proprie della società del rischio, è progressivamente divenuto l'indicatore di un più generale processo evolutivo - qualitativo e quantitativo -del sistema penale:l'espansione avrebbe, in sintesi, cessato di essere solo estensiva – a copertura di nuove forme di criminalità - per divenire anche intensiva<sup>5</sup>, ovvero una mera intensificazione del trattamento sanzionatorio<sup>6</sup>.Tale evoluzione, peraltro, è stata spesso giustificata dalla c.d nuova penologia, una corrente di pensiero che, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, ha posto al centro del suo discorso il problema del controllo dei rischi, secondo una prospettiva *collettivocentricaovittimocentrica*, in contrapposizione alla “vecchia” penologia, risalente al XIX secolo, tipicamente incentrata sul reo.

La tendenza sarebbe, quindi, quella di fare del diritto penale uno strumento di *governance* non di vero e proprio *management* del rischio. Ciò avverrebbe incentrando il giudizio sulla pericolosità più che sulla colpevolezza e ritornando su

---

<sup>3</sup> Critico, tuttavia, anche rispetto alla continua riproposizione dello slogan delle “nuove” forme di criminalità HUGES, *Understanding crime prevention. Social control, risk and late modernity*, Open University press, 1998.

<sup>4</sup> Cfr.SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, Giuffrè 2004, *passim*.

<sup>5</sup>Occorre peraltro notare, come sottolineato da VORNBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2015, 54, che mentre fino alla metà del XX secolo il diritto penale era meno esteso ma più omogeneo quanto all'applicazione delle pene, oggi, ad una significativa estensione dell'ambito del penalmente rilevante si accompagna una – fisiologica - minore efficacia esecutiva.

<sup>6</sup> Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, in BACIGALUPO, CANCIO MELIA (a cura di), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, 256-259.

prospettive etico-retributive che perdono di vista le esigenze di proporzione tra fatto e pena, sospingendo il discorso penale al centro di un acceso dibattito pubblico incentrato sulla vulnerabilità delle vittime che, aspirando ad un pragmatismo efficientista, si appiattisce, di fatto, su di un piano meramente simbolico. Questo può leggersi come un fenomeno nuovo dei tempi attuali, come un'evoluzione del paradigma "moderno" o, ancora, come un movimento ciclico della giustizia penale. L'abusato concetto di postmodernità è, d'altronde, molto controverso. Se alcuni lo difendono, pur rilevandone il carattere irrazionale, altri non ne rinvergono, invece, alcuna evidenza empirica. Chi lo nega recisamente, sostiene che il managerialismo di un diritto penale funzionalizzato ed efficientista non sia una novità, ma che fosse ben presente anche nell'ottocento "positivista"; che le categorie della postmodernità siano talmente fluide e astratte da non riuscire a fornire una lettura analitica dei fenomeni giuridico-sociali reali; che la permanenza delle medesime istituzioni penali (la prigione, in primo luogo) sia segno di continuità e non di rottura<sup>7</sup>.

La postmodernità, che inizialmente era una categoria impiegata per qualificare l'architettura e le arti visive, è una qualità che alla fine degli anni settanta del secolo scorso è stata estesa alla cultura in generale a indicare un periodo in cui si prende a guardare alla verità in maniera diversa da quella dell'epoca moderna propriamente detta<sup>8</sup>. Nella prospettiva di BAUMAN, la postmodernità è una "modernità senza illusioni", in particolare per quanto riguarda la moralità, in cui non a caso spariscono le grandi professioni ideologiche - e le norme di comportamento sociale coerenti con esse - che hanno caratterizzato l'otto-novecento. L'Uomo postmoderno sarebbe, in qualche modo, abbandonato a se stesso, senza poter più disporre di reti sociali grazie alle quali svilupparsi come individuo. Oggi la sfera individuale sarebbe caratterizzata da una maggiore libertà rispetto alla comunità che in passato - nonostante a ciò si opponga, talvolta, un certo

---

<sup>7</sup> Così HALLSWORTH, *The case for a postmodern penalty*, in *TbCrim*, 2002, 146-147.

<sup>8</sup> Ciò si deve al filosofo francese LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Feltrinelli, 1981; alcuni autori, come, GIDDENS, *The consequences of modernity*, Cambridge, Polity, 1990, preferiscono invece parlare di tarda modernità, rinvenendo comunque una continuità tra l'epoca attuale e l'età dei lumi.

*revival*comunitarista, e una tale morale dell'indeterminatezza sarebbe sì liberatrice e vitale, ma al contempo portatrice di rischi e generatrice di diffidenza diffusa<sup>9</sup>.

Forse c'è ancora qualche difficoltà a cogliere quale alternativa si stia delineando a un modello di ordine sociale ben noto ma altrettanto irrimediabilmente appartenente al passato. A ben vedere, però, sia le visioni utopiche sia quelle distopiche del futuro della prevenzione del crimine presentano alcune fallacie. Ciò che viene, invece, generalmente accettato e condiviso è solo chela tecnologia, la conoscenza e l'informazione sono i motori del progresso, che la globalizzazione intensifica a circolazione di persone, merci e capitali, che la frammentazione dei legami familiari e sociali esaspera l'individualismo e che, in conclusione le strutture sociali e istituzionali tradizionali stiano subendo radicali trasformazioni<sup>10</sup>.

Se si accetta che le condizioni della modernità siano diverse da quelle di epoche precedenti, è gioco forza ritenere che una ritenuta criminalità moderna richieda necessariamente un diritto penale parimenti moderno e l'accettazione di beni giuridici di nuova formazione. Il diritto penale contemporaneo sarebbe quindi l'adattamento del diritto penale alle attuali condizioni della vita sociale che richiedono nuove forme e nuovi strumenti di protezione; non già un capriccio o un fatto meramente simbolico, ma il prodotto di una concreta necessità materiale e giuridica, di cui gli studiosi del diritto penale devono farsi carico, costruendolo in modo critico<sup>11</sup>.

In tale contesto, l'ossessiva tendenza a politicizzare e drammatizzare mediaticamente i temi della criminalità e della sicurezza collettiva finisce con l'alimentare la proliferazione di risposte coercitive contingenti di tipo populistico e spesso di impatto prevalentemente simbolico<sup>12</sup>.Ma, nonostante un ruolo

---

<sup>9</sup> Cfr. BOUTELLIER, *L'utopie de la sécurité. Ambivalences contemporaines sur le crime et la peine*, Larcier, 2008, 38-41.

<sup>10</sup>HUGES, MCLAUGHLIN, MUNCIE, *Teetering on the edge. The futures of crime control and community safety*, in HUGES, MCLAUGHLIN, MUNCIE, *Crime prevention and community safety. New directions*, Sage, 2002, 319-324.

<sup>11</sup> Così ARROYO ZAPATERO, *Politica criminale e stato di diritto nelle società contemporanee*, in PALIERO, VIGANÒ, *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013, 19.

<sup>12</sup>Cfr. FIANDACA, *Diritto penale europeo: spunti problematici di riflessione intorno a possibili modelli di disciplina*, in GRASSO, ILLUMINATI, SICURELLA, ALLEGREZZA, *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, 135-148.

significativo nella percezione della crescente gravità del fenomeno criminale sia da attribuire all'opera dei *media*, va riconosciuto che un mondo di grande complessità e di rischi non calcolabili è realmente vissuto come pericoloso nello spazio pubblico come in quello privato<sup>13</sup>. Invero, dagli anni ottanta del novecento, l'interesse per la prevenzione del crimine, che prima era solo di qualche intellettuale, è diventato una delle principali preoccupazioni dei Governi e dell'opinione pubblica.

Coloro i quali si sono occupati di spiegare le ragioni che hanno indotto a una crescente enfaticizzazione delle esigenze di sicurezza nella società occidentale hanno ritenuto che tra le cause reali dell'espansione vi sia, anzitutto, una serie di nuovi rischi. Il rischio sarebbe un elemento talmente caratteristico di quest'epoca, al punto da aver indotto a qualificare la nostra come una vera e propria società del rischio<sup>14</sup>, in cui il rischio che più di tutti sembra preoccupare cittadini e legislatori è quello di provenienza umana, soprattutto quando, come nel caso del crimine, si presenta come un fenomeno sociale strutturale. E, tuttavia, sulle cause della centralità della "questione sicurezza" nel discorso penale non si riscontra unanimità di vedute: alcuni le rinvergono in profonde trasformazioni della sovrastruttura politico-giuridica del sistema penale, altri in una domanda sociale reale di pena, altri ancora nella canalizzazione irrazionale di quest'ultima da parte dei media<sup>15</sup> e di alcuni movimenti politici.

Comunque sia, osservando l'irrigidimento delle politiche penali che caratterizza l'azione dei governi occidentali contemporanei notiamo come non vi sia mai stato tanto consenso sull'approccio al crimine<sup>16</sup>, in particolare rispetto all'orientamento tecnicista e amministrativo di prevenzione del crimine che ha sviluppato quello

---

<sup>13</sup> Secondo BOUTELLIER, *cit.*, 72, l'esistenza di rischi reali e il correlativo bisogno di sicurezza – come dato altrettanto *reale* – non possono essere disconosciuti o trascurati.

<sup>14</sup> BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a. Main, 1986*, trad. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

<sup>15</sup> Va precisato che i *media* non generano insicurezza nel riferire di fatti violenti, bensì quando trasmettono che per porre freno a questi occorre riformare la legislazione penale, così contribuendo a renderla un coacervo di enunciati simbolici: così TAVARES, *Globalización, derecho penal y seguridad pública*, in BACIGALUPO, CANCIO MELIA, *Derecho penal y política transnacional*, *cit.*, 311.

<sup>16</sup> HUGES, *Understanding crime prevention. Social control, risk and late modernity*, Open University press, 1998.

che potremmo chiamare una *knowledge-power practice*<sup>17</sup>. Tale consenso conduce alla formalizzazione di tutte quelle soluzioni pratiche, solo apparentemente apolitiche<sup>18</sup>, che caratterizzano il diritto penale della tarda modernità<sup>19</sup> e il significativo legame tra prevenzione del crimine e società del rischio<sup>20</sup>.

Il passaggio da un diritto penale materiale, empirico e costruito sul fatto criminoso e sulle sue conseguenze dannose, a un diritto penale “regolamentare”, testimoniato dalla perdita di contenuto del bene giuridico che finisce per diventare mero riferimento formale della norma, è forse la conseguenza del fallimento dello Stato sociale, che comporta l’abbandono di ogni prospettiva di raggiungimento di obiettivi concreti e materiali, e il ripiegamento su una politica di controllo. Questa, che crea naturalmente un ordine giuridico fortemente regolamentatore, conduce all’eliminazione delle basi materiali dell’incriminazione. È così che il diritto penale finisce per occuparsi, almeno simbolicamente, di tutti i settori della vita sociale, taluni finora affidati ad altre branche dell’ordinamento, ed altri ancora non sufficientemente definiti. Come conseguenza, la formalizzazione del concetto di bene giuridico come mero oggetto referenziale finisce con l’alterare in modo sostanziale la giustificazione stessa del diritto penale<sup>21</sup>.

Si può certo sospettare che spesso non vi sia adeguata ponderazione - o addirittura nessuna giustificazione razionale - della spasmodica ricerca di sicurezza ad ogni costo che influenza la recente legislazione penale dei paesi occidentali, e ritenerla così un’operazione meramente strumentale, una miope reazione politica all’ansia diffusa in fatto di criminalità. Tale visione, pur non essendo interamente falsa, non sembra però prendere seriamente in considerazione il fatto che tale sviluppo trova la sua giustificazione normativa in un’influente componente del

---

<sup>17</sup> Secondo il lessico di FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1976.

<sup>18</sup> Sottolinea la pericolosità dell’ esagerare l’ascendenza puramente tecnicista e amorale nel discorso sulla prevenzione del crimine anche HUGES, MCLAUGHLIN, MUNCIE, *Teetering on the edge. The futures of crime control and community safety*, in HUGES, MCLAUGHLIN, MUNCIE, *Crime prevention and community safety. New directions*, Sage, 2002, 334.

<sup>19</sup> Cfr. GIDDENS, *The consequences of modernity*, Cambridge, Polity, 1990 e ID., *Modernity and self-identity*, Polity, 1991.

<sup>20</sup> Per cui v. BECK, *op. ult. cit.*, *passim*.

<sup>21</sup> TAVARES, *Globalización, derecho penal y seguridad pública*, in BACIGALUPO, CANCIO MELIA, *op. cit.*, 30-39.

pensiero politico<sup>22</sup>. Ancora, a fronte del continuo sforzo di Stati ed organizzazioni internazionali nella criminalizzazione di condotte che minano il sentimento di sicurezza senza necessariamente compromettere o porre in pericolo altri interessi primari, tale visione non sembra capace di spiegare su cosa poggi l'ampia legittimazione politica su cui tali misure possono contare, come sia possibile che iniziative talvolta poco liberali trovino spazio nel contesto europeo, e quale sia l'impatto che questo processo sta avendo sulla struttura e sulla teoria generale del diritto penale moderno.

Se alcuni vedono in tutto questo una riproposizione della soluzione hobbesiana<sup>23</sup>, altri un Leviatano *neoliberal*<sup>24</sup>, altri affrontano la questione della sicurezza postulando l'esistenza di un *diritto alla sicurezza* come interesse legalmente protetto, che rappresenterebbe il presupposto di un vero e proprio obbligo di protezione penale. Più in generale potrebbe dirsi che l'espansione del diritto penale va ricondotta ad una complessa trasformazione politico-giuridica e socio-culturale in cui, non soltanto a livello nazionale, ma anche, e forse in maggior misura, sovranazionale, l'esigenza di sicurezza appare preminente. È proprio della discussione di tale fenomeno, della ricognizione delle sue cause e dell'individuazione dei suoi effetti nella materia penale nel contesto europeo che questa analisi si fa carico.

L'espansione del penalmente rilevante potrebbe essere dovuta, in parte, alla personalizzazione del bene giuridico non solo verso beni istituzionali, ma anche in direzione di quelli appartenenti alla collettività indifferenziata, come ad esempio l'ambiente. In questo modo il bene giuridico perde in concretezza e precisione, e da criterio negativo diventa criterio positivo di criminalizzazione. Tuttavia a chi, sposando una concezione personalistica del bene giuridico, si mostra particolarmente critico verso questa tendenza, può replicarsi che questi i beni più ampi costituiscono nella maggior parte dei casi premesse indispensabili per il benessere e lo svolgimento della personalità di ciascuno dei consociati.

---

<sup>22</sup> Così RAMSAY, *The insecurity State, Vulnerable autonomy and the right to security in the criminal law*, Oxford University press, 2012, p.1 ss.

<sup>23</sup> GARLAND, *La cultura del controllo*, Milano, 2007.

<sup>24</sup> WACQUANT, *Punire i poveri; il nuovo governo dell'insicurezza sociale*, Roma, 2006.

Accanto alle nuovetipologie di beni, un altro fattore che pare particolarmente incisivo sul principio di *ultimaratio* è il ruolo della prevenzione quale paradigma penale dominante, incentrato sul concetto di rischio. Ciò conduce a unacrescente smaterializzazione del disvalore penale delle condotte illecite proprio perché si fonda, piuttosto che sulla realizzazione di un'offesa, sul criterio soggettivo dell'atteggiamento personale nei confronti del rischio<sup>25</sup>.

Il concetto di rischio risulta centrale anche nel percorso di affermazione del principio di precauzione in ambito europeo. In esso, la precauzione si sostanzia in un criterio metodologico che, in contesti di incertezza scientifica seria sulla reale pericolosità di sostanze e comportamenti pone esigenze di valutazione, confronto e scelta tra possibili opzioni, mentre in virtù dell'*extrema ratio* l'opzione penalistica dovrebbe esercitarsi solo in casi in cui si ponga seriamente il problema di un eventuale nocumento per interessi importanti, dovendosi altrimenti preferire l'illecito amministrativo<sup>26</sup>.

Vi è indubbiamente uno stretto rapporto tra l'incremento di disposizioni penali e la complessità sociale nel nostro tempo, come l'analisi del diritto penale della sicurezza ci permette di verificare. Da un lato, infatti, notiamo come la legislazione relativa ai più gravi delitti contro l'ordine pubblico e la sicurezza collettiva - spesso prodotta con dinamiche emergenziali - si sia rinnovata correlativamente alla crescente capacità di circolazione del crimine e all'aumento delle occasioni di commissione di reati dovuti alla globalizzazione in genere e, in particolare, all'eliminazione delle frontiere nello spazio europeo<sup>27</sup>. Invero, un mondo fatto di reti e flussi, piuttosto che di confini e punti fissi ha certamente decise conseguenze

---

<sup>25</sup> Così PALIERO, *L'autunno del patriarca*, 1228 ss.

<sup>26</sup> DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2013, 16735-1682.

<sup>27</sup> Secondo il Consiglio dell'Unione europea, «*La crescita economica e le opportunità offerte da una società libera e democratica basata sullo stato di diritto generano prosperità fra i cittadini europei ma sono anche fonte di rischio, in quanto terroristi e altri criminali tentano di sfruttare illegalmente queste libertà per perseguire scopi distruttivi e disonesti. Inoltre, la maggiore mobilità delle persone accresce a sua volta la responsabilità comune di tutelare le libertà tanto apprezzate da tutti i cittadini dell'Unione*»: cfr. Consiglio dell'Unione europea, Bruxelles, 8 marzo 2010 (11.03) (OR. en) 7120/10 CO EUR-PREP 8 JAI 182, Progetto di strategia di sicurezza interna per l'Unione europea: "Verso un modello di sicurezza europea".

criminogene ed erode la capacità degli Stati sovrani di garantire una delle loro funzioni costituenti, la produzione dell'ordine e della sicurezza interna<sup>28</sup>.

È diffusa la convinzione che tale fallimento dello Stato nazionale nella sua fondamentale funzione di garantire la sicurezza dei cittadini sia collegato a trasformazioni più globali, a loro volta legate alla più generale crisi dello Stato liberale e socialdemocratico del secondo dopoguerra, e alla conseguente adozione di nuove politiche prudenziali di gestione del rischio di tolleranza zero nei confronti della criminalità<sup>29</sup>. Così, accanto a quello preoccupato di combattere la dimensione transnazionale e tecnologica del crimine tradizionale, scopriamo un'altra, non meno importante, "corrente" penalistico-securitaria, che si radica nelle caratteristiche dell'attuale sistema socioeconomico, in cui le sfere individuali di organizzazione appaiono sempre meno autonome, le funzioni di garanzia subiscono un continuo trasferimento, e si ridimensionano le frontiere dell'illecito colposo, del reato commesso con dolo eventuale e del reato commissivo mediante omissione. Tali condizioni ci presentano una sorta di società di soggetti passivi, in cui le frontiere del rischio consentito - concetto emerso, non a caso, in un'epoca di grande industrializzazione - si riducono progressivamente, e si manifestano una sopravvalutazione delle esigenze di sicurezza a discapito della libertà di agire e una vera e propria resistenza psicologica al caso fortuito, che trasforma l'incidente in illecito.

È evidente che le conseguenze dello sviluppo scientifico e industriale rappresentano *rischi*, ovvero probabilità di danno, ed è sotto gli occhi di tutti che la globalizzazione dei rischi starebbe monopolizzando il dibattito pubblico, sostituendo la comunione delle ansie a quella dei bisogni<sup>30</sup>. Ma il bisogno di sicurezza nella società del rischio non rappresenterebbe solo una conseguenza di rischi reali, essendo causato altresì da una sorta di incertezza identitaria propria della cultura postmoderna. Per questo si potrebbe parlare della sicurezza come di

---

<sup>28</sup>LOADER, *Policing, securitisation and democratisation in Europe*, in NEWBURN, SPARKS, *Criminal justice and political cultures. National and International dimensions of crime control*, Willan, 2004, 49.

<sup>29</sup>HUGUES, *The shifting sands of crime prevention and community safety*, in HUGUES, MCLAUGHLIN, MUNCIE, *Crime prevention and community safety. New directions*, Sage, 2002, 2-3.

<sup>30</sup> Cfr. BECK, *op. cit.*, *passim*.



un'utopia che origina dal malcontento della situazione presente<sup>31</sup>. Per essere più precisi, però, non si tratterebbe di un desiderio utopico, di una mera riflessione su ciò che non esiste e che sarebbe auspicabile, ma di una “sistematica utopica”, il cui obiettivo è una descrizione dettagliata di un dato sistema e, nei limiti del possibile, la sua realizzazione. La differenza con le utopie moderne, come il fascismo o il comunismo, sarebbe che se prima si aspirava all'eguaglianza ora si aspira alla sicurezza, se prima si aspirava a una certa idea di bene ora si aspira ad evitare il male<sup>32</sup>. Questa sensazione sociale di insicurezza che finisce per costituire, tra i tanti, uno dei più rilevanti fattori di espansione del penale, non solo nei settori ora individuati, ma anche rispetto alla criminalità comune. Senza contare che la stessa preoccupazione per crimini comuni cresce ugualmente spinta da tensioni presenti tanto nella dimensione collettiva -si pensi all'incidenza nella soglia di delinquenza dei problemi di immigrazione e mancata integrazione sociale e culturale - che nella sferaprivata -si pensi alle continue novelle in materia di violenza domestica e di genere o di reati sessuali.

Sul punto si è discusso davvero molto, cercando di dare conto delle conseguenze della crisi del *welfare state*, dei flussi migratori, dello scontro fra culture, e di tutti quegli aspetti che caratterizzano la c.d. società postindustriale. Quasi sempre al fine di dimostrare come in tale contesto l'alta percezione soggettiva del rischio – spesso ben superiore alla sua oggettiva consistenza- sia dovuta alla continua accelerazione della società, alle conseguenti difficoltà di orientamento culturale, e ad una disperata ricerca di elementi normativi di compensazione che rendono la sicurezza una pretesa sociale per la cui soddisfazione il c.d. diritto di polizia non sarebbe più sufficiente: la massa, identificandosi con la vittima del reato, chiede infatti, a gran voce, più diritto penale. Così il diritto penale perde sempre più il suo ruolo di *corpus* posto a garanzia dei cittadini contro la spada dello Stato, acquisendo centralità come *magna charta* dei diritti della vittima, facendo rimettere in discussione i limiti dell'interpretazione estensiva, la riduzione teleologica delle fattispecie e l'applicazione analogica delle esimenti. E ciò appare inevitabile nella

---

<sup>31</sup> Secondo BOUTELLIER, *cit.*, 73, tale malessere riposa su due, opposte ma complementari, ragioni: il rischio e la protezione, la libertà e la assicurazione, la vitalità e la sicurezza. Da qui l'idea dell'utopia della sicurezza, un'aspirazione a trovare un'unione ottimale tra libertà e sicurezza.

<sup>32</sup> Così BOUTELLIER, *op. cit.*, 63-65.

misura in cui, in fin dei conti, un diritto penale minimo va bene per uno Stato minimo, e non basta più nel momento in cui lo Stato, sovraccarico di pretese che non riesce più a soddisfare, tanto che si appoggia alla dimensione sovranazionale, a sua volta in cerca di continua espansione e legittimazione.

Insomma, la crisi del modello liberale e dello stato sociale ci consegna una società che non sembra più funzionare come istanza autonoma di moralizzazione, incapace di creare, tanto più in un contesto globalizzato, un'etica che sfoci nella individuazione e protezione di beni giuridici, che vede nel diritto penale delle potenzialità di pedagogia politico-sociale e dimentica il principio dell'*extrema ratio*: nell'attuale realtà politica e normativa sembra che l'affermazione di un valore debba necessariamente passare per la criminalizzazione della sua offesa.

L'euforia della penalizzazione ha, tra le sue conseguenze, anche un certo disprezzo per le forme, che si rileva in modo particolarmente preoccupante nella rozzezza della formulazione delle nuove fattispecie, sia di origine nazionale che, in misura anche maggiore, sovranazionale. Ma poiché buona parte dell'efficacia preventiva del diritto penale risiede nel suo significato comunicativo la solennità di una tale comunicazione pubblica dovrebbe essere convincere senza che sia necessario un'inutile appesantimento del trattamento sanzionatorio del reo. La deformalizzazione, però, diminuisce questo tipo di efficacia preventiva e ciò chiede in cambio un bilanciamento con un incremento della sanzione nel suo significato di fatto, consolidando la tendenza a compensare la minore certezza delle pene con una maggiore severità delle stesse e accentuando il loro aspetto simbolico: quest'ultimo, se anche non può giustificare di per sé l'evoluzione del diritto penale, non va nondimeno sottovalutato. Tra le possibili spiegazioni di questo fenomeno vi è, infatti, quella che la qualifica come esigenza di una coscienza collettiva espressiva di una forma di "solidarietà sociale". In questo senso, la penalizzazione rappresenterebbe un meccanismo primordiale di autodifesa di questa coscienza dalle minacce esterne, e si contrapporrebbe a forme di manifestazione di solidarietà più evolute, come quelle tipiche della divisione del lavoro – che si appoggia, piuttosto, al diritto civile. Se ne dovrebbe ricavare che un tale processo vada quasi in direzione opposta alla civilizzazione. Meriterebbe approfondimento saggiare se, in tale caso, la "coscienza collettiva" sia forte o, al contrario, molto debole – e quest'ultima dovrebbe essere la conclusione, se

consideriamo che la domanda di pena rappresenta una cerimonia di *ricostituzione* del legame sociale.

Da questo punto di vista è anche molto dubbio che una rivalorizzazione delle forme giuridiche possa rappresentare un freno adeguato per contenere quello che si presenta come un profondo mutamento di ordine sociologico.

In tale contesto, l'integrazione sovranazionale sembra agire come una sorta di moltiplicatore dell'espansione penale, imponendo sempre nuove soluzioni di contrasto alla criminalità che non solo non risultano sempre adeguate agli scopi perseguiti, ma che pure rischiano di porre ulteriori problemi, sia sul piano dogmatico e tecnico-giuridico che sul piano dei valori. Evidentemente quest'opera di edificazione penale richiede un doppio sforzo di valutazione, sul fronte dogmatico e su quello della politica criminale. Occorrerà, in particolare, porre attenzione alle costruzioni teorico-dogmatiche del diritto penale, tenendo presente tanto la sua vocazione a essere (più o meno) autorestrittivo - proteggendo solo aspettative essenziali e non ostacolando il funzionamento della società per come la stessa si autoconsidera - quanto le sue attuali tendenze all'amministrativizzazione e all'abbandono delle prospettive di risocializzazione in favore della prevenzione speciale negativa in un'ottica di difesa sociale.

Ulteriori questioni vanno affrontate per quanto concerne i principi del sistema, *in primis*, quello di proporzionalità, che, pur dovendo essere uno dei capisaldi della legislazione penale, anche di matrice europea, appare compromesso dalle istanze di pena per condotte imprudenti verso beni collettivi e per la proliferazione di fattispecie di pericolosità in forma commissiva che omissiva impropria<sup>33</sup>. In tal senso, va considerata anche l'accresciuta attenzione a nuovi oggetti di tutela e l'anticipazione della stessa, che confermano la transizione da un modello di illecito

---

<sup>33</sup>La centralità del concetto di rischio nel discorso penalistico contemporaneo fa sì che la criminalizzazione riguardi non solo coloro che siano ritenuti responsabili di un danno, ma anche quelli che si ritiene avrebbero dovuto prevederlo. Allo stesso modo, le fattispecie colpose di evento appaiono inadeguate a garantire la sensazione di sicurezza soggettiva - in quanto fanno dipendere la punizione dalla verifica dell'evento, sul versante materiale, e dalla fiducia dell'agente nella non verifica dello stesso sul fronte soggettivo - e si determina un incremento nella tipizzazione dei reati di pericolo.

incentrato sulla lesione di beni individuali ad uno costruito intorno alla messa in pericolo di beni sovra individuali<sup>34</sup>.

Infine, pone problemi la ricognizione di credibili principi di politica criminale sovranazionale, spesso troppo condizionata ora dall'approccio funzionalista "dei piccoli passi", ora da un *modus procedendi* emergenzialista, che non permettono, per ragioni diverse, di valutare le condizioni per una stabilizzazione strutturale dei principi di criminalizzazione.

D'altra parte, l'evoluzione del diritto internazionale e costituzionale nel secondo dopoguerra ha posto i diritti umani e le libertà fondamentali quali nuove basi su cui ricostruire il formalismo garantista, nonché nuovi limiti rispetto ai quali delimitare l'uso del diritto penale come strumento per la riforma degli individui e la protezione della società dai soggetti pericolosi. Il diritto penale del dopoguerra rappresenta quindi un miscuglio complesso, in cui formalismo e pragmatismo, in qualche modo radicati entrambi nella riabilitazione e nel pensiero securitario, appaiono in competizione.

In particolare, sotto la spinta dell'emergere di nuove forme di criminalità, si accentua l'indebolimento dei paradigmi dell'illecito penale: i legislatori tendono sempre più a criminalizzare atti e comportamenti che non sembrerebbero avere le caratteristiche di un'offesa compiuta ai beni giuridici che ci si propone di tutelare, specie in materia di criminalità organizzata e terrorismo, perseguendo spesso alcuni "reati sonda" che agevolino le investigazioni o giustifichino varie misure preventive restrittive, e che poggiano comunque sull'idea che certi soggetti rappresentino un rischio per la sicurezza della società; mentre tradizionalmente l'attenzione del diritto penale è stata concentrata sull'atto criminale, sempre più il pensiero securitario ha spostato l'attenzione sulla mente criminale e sulle radici della criminalità, nonché sulla pericolosità dei rei<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup>Un caso esemplificativo è quello della protezione penale dell'ambiente, ovvero del "contesto", della condizione di esistenza di diversi beni giuridici che, però, pone il diritto penale in rapporto con fenomeni sistemici dove l'apporto individuale è di bassa intensità, e lo trasforma in un diritto di gestione punitiva (che in sé sarebbe una caratteristica dell' *a posteriori*) di rischi generali e, in questo senso, lo "amministrativizza".

<sup>35</sup>NUOTIO, *op. ult. cit.*

Appare certamente molto difficile tirare conclusioni, e ancor di più supportare e giustificare opzioni e tendenze che, solo dopo un'analisi particolareggiata dei materiali normativi e giurisprudenziali - e una ricognizione delle volontà politiche - ci si potrebbe, auspicabilmente, permettere di valutare. Dovendo, dunque, andare oltre, prima di dare conto della recente evoluzione del diritto penale nel contesto dell'Unione europea alla luce dei problemi posti dall'enfatizzazione delle esigenze di sicurezza, appare necessario analizzare preliminarmente i termini della relazione, ovvero il ruolo che la sicurezza ha assunto tradizionalmente rispetto alla materia penale e come esso si sia evoluto più di recente da una parte, e il rapporto tra diritto penale e unione europea dall'altra, onde meglio evidenziare l'inestricabile connessione tra tali aspetti.

## 2. Sicurezza e diritti.

Non si può, a questo punto, non cercare di definire i contorni del concetto di sicurezza. Questo è, certo, ricco di significati, che possono variare in dipendenza del contesto e assumere una valenza più o meno forte e una connotazione più o meno ampia. Tale indefinitezza poggia non solo sulle accennate prospettive politico-culturali contingenti, che verranno ulteriormente approfondite, ma anche sulle caratteristiche, per così dire, strutturali della sicurezza, che non è certo un fenomeno che possa essere immediatamente osservato, essendo piuttosto una condizione, uno stato segnato dal controllo o dall'assenza di certe minacce.

Nel suo significato comune, la sicurezza costituisce l'insieme dei mezzi destinati ad evitare pericoli, sia che essi risultino da attività umane, come le aggressioni fisiche (per cui la tradizione anglosassone tende a usare il termine *security*), sia che provengano da cause naturali (per cui si usa generalmente *safety*): la sicurezza, come funzione generalmente attribuita alla cura dello Stato, è, dunque, l'organizzazione delle condizioni materiali di una politica pubblica volte a creare uno stato di assenza di pericolo;<sup>36</sup> in particolare, la sicurezza interna costituisce l'insieme delle

---

<sup>36</sup>CHALUMEAU, *La politique de lutte contre l'insécurité, Regards sur l'actualité*, novembre 2001, 27.

azioni condotte al fine di assicurare la sicurezza di un territorio dalle minacce criminali<sup>37</sup>.

Come anticipato, il concetto di sicurezza richiama, anzitutto, quelli di rischio e pericolo, che pure fanno riferimento a fenomeni diversi<sup>38</sup>. Identificare qualcosa come un *pericolo*, infatti, significa limitarsi ad intravedere una minaccia *esterna*, portatrice di un possibile sviluppo negativo nei termini di un danno o di una perdita, mentre identificare qualcosa come *rischio* significa ricollegarlo ad un processo decisionale. Poiché, però, non è scontato i processi decisionali siano sempre condotti avendo riguardo al danno potenzialmente inflitto a terzi, la società ha bisogno del diritto – e delle sanzioni - per guidare gli agenti che siano in condizione di scegliere di tenere comportamenti rischiosi. Da questo punto di vista, la sicurezza può anche considerarsi come il prodotto della regolazione di comportamenti rischiosi.

Il linguaggio del rischio, scientifico solo all'apparenza, è un modo di collegare fatti a valori usando un termine apparentemente neutro; invece, il rischio non è assolutamente un elemento neutro, in quanto si connette ad un complesso processo di valutazione e selezione politica di ciò cui si debba prestare attenzione, e di ciò che debba considerarsi una minaccia da controllare o al limite, da reprimere<sup>39</sup>. Tutto questo, quindi, funziona come parte di una rete di pratiche normative in cui la gestione del rischio viene concepita come una tecnologia morale per l'attribuzione di responsabilità. D'altro canto, lo stesso diritto è un'istituzione e una tecnologia attraverso la quale agiamo come se potessimo governare il futuro, proprio mediante gli stessi strumenti utilizzati dalla logica del rischio, che punta ad identificare *standard* di danno accettabili. E, tuttavia, il diritto non è un discorso scientifico. Legislatori e giudici, infatti, devono valutare il rischio in relazione alla percezione pubblica del danno e al contesto socio-politico: un mondo di incertezza è comunque un mondo di decisioni da prendere, e in

---

<sup>37</sup>BERTHELET, *Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne*, Bruxelles, 2003, 21.

<sup>38</sup> Tale diversificazione concettuale rappresenta il punto di partenza della sociologia del rischio: per approfondimenti v. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, De Gruyter, Berlin, 1991, 30 ss.

<sup>39</sup> Da questo punto di vista si potrebbe considerare la società del rischio come una società dove si perde sempre più libertà, sia in senso empirico che morale, proprio tramite l'incremento continuo di vincoli regolamentari, invocati per far fronte ai rischi più temuti, come sottolineato anche da TAVARES, *op. ult. cit.*

questo il diritto ha il pregio di rendere pubbliche e visibili le controversie sul rischio, o quantomeno il loro esito<sup>40</sup>. Per questo possiamo ritenere che il sistema giuridico e le pratiche stabilite per assicurare il rispetto della legge siano una componente importante della *governance* di una società. Allo stesso tempo, però, la sicurezza è un concetto sociale ancor prima che politico, in quanto essa non può essere prodotta direttamente dalle istituzioni, ma ha bisogno della mediazione, a vari livelli, operata dalle pratiche sociali.

Quella di sicurezza, quindi, non può considerarsi di tutto principio una nozione giuridica, quanto una logica dell'azione che attiene al campo della razionalità pratica, la cui preoccupazione principale e costante è far fronte all'imprevisto, e attraverso la quale prendono forma i rapporti di potere. Può anche considerarsi un concetto politico che descrive una condizione favorita relativamente a situazioni che ricadono nel raggio d'azione delle autorità che garantiscono la stabilità di una data società. L'essenza stessa del governare risiede, infatti, nel garantire sicurezza nel senso più ampio, motivo per cui questa compare, pur declinandosi diversamente, in tutti gli aspetti dell'organizzazione sociale, giocando un ruolo integratore e suscitando una riflessione ed un'analisi che vanno ben oltre la prospettiva puramente istituzionale<sup>41</sup>.

Non è certo un caso che si sia soliti ricollegare la sicurezza principalmente allo Stato, tanto nella sua variante esterna, come organizzazione delle forze contro il nemico, quanto nella sua variante interna, come stabilità e ordine nei rapporti tra cittadini e tra questi e le istituzioni governanti. Tradizionalmente la garanzia della sicurezza è, infatti, una funzione e un obiettivo politico tipico dello Stato, il cui perseguimento giustifica il suo legittimo monopolio della forza, come riconosciuto dalle teorie giusnaturaliste sullo stato di natura e sul contratto sociale, per cui la legittimità dell'ordinamento poggia sulla capacità dello Stato di assicurare i presupposti fondamentali della vita umana.

Il problema, però, sta nell'inevitabile tensione tra sicurezza (ovvero l'esigenza di controllare, inibire e al limite sanzionare determinati comportamenti) e libertà (di tenere gli stessi). E se anche il rapporto tra diritti e sicurezza si iscrive pienamente

---

<sup>40</sup>ERICSON, *Crime in an insecure world*, Polity, 2006, 6-17.

<sup>41</sup> V. *amplius*. SCANDAMIS, *Le paradigme de la gouvernance européenne. Entre souveraineté et marché*, Bruylant, 2009, 168 ss.

nella tradizione liberale, in cui tale tensione tra sicurezza e diritti non è certo una novità, colpisce come oggi la prima istanza tenda generalmente a prevalere.

Tutti riconoscono la seduzione della sicurezza, la sua capacità di far leva sulle ansie e aspettative degli individui, la forza della sua capacità di combinare paura e benessere. Ancora, le richieste di sicurezza possiedono una connessione affettiva all'appartenenza collettiva e alla soggettività politica e culturale, essendo evidentemente implicate nella produzione e riproduzione di un "noi" i cui valori e territori siano (anche solo percepiti come) minacciati. E tali caratteri sono, invero, difficili da coniugare con un approccio basato sui diritti che, in tempi di insicurezza possono finire con l'essere considerati dei veri e propri ostacoli alla garanzia della sicurezza da parte dei pubblici poteri<sup>42</sup>.

Tuttavia, talvolta i diritti vengono utilizzati quale categoria "di rinforzo" delle istanze di sicurezza, sebbene spesso, nel discorso su sicurezza e diritti fondamentali, non sia chiaro se si parli di *diritti di sicurezza* o di *sicurezza dei diritti*: mentre quest'ultima prospettiva viene generalmente condivisa, la prima è oggetto di valutazioni miste: positive da chi assimila i due concetti, negative da chi la intende come intrusione progressiva dello Stato a discapito dei diritti di libertà - senza contare come sia problematico lo stesso uso del pur suggestivo linguaggio dei diritti, in ragione della sua perentorietà morale. Ciononostante, la sicurezza non può essere solamente sicurezza dei diritti, né questi sono l'unico interesse meritevole di tutela. Sebbene infatti, sulla base del senso comune, la sicurezza possa in parte essere ricondotta all'effettività della protezione dei diritti, rimane però un'eccedenza di contenuto, non automaticamente inquadrabile come diritto in sé, quanto, piuttosto, come interesse generale o bene collettivo<sup>43</sup>.

Se la sicurezza fosse concepibile come diritto, individuabile o collettivo, ulteriore ed inclusivo di tutti gli altri potenzialmente violati, il naturale soggetto passivo sarebbe lo Stato. Ma poiché si sta parlando di garantire diritti preesistenti, la sicurezza sarebbe semplicemente sicurezza dei diritti. Attività come, ad esempio, la circolazione stradale, non costituiscono semplicemente una forma di esercizio di diritti, e pertanto la sicurezza sembrerebbe essere qualcosa di più, assimilabile al

---

<sup>42</sup>PIRJATANNIEMI, *Missing Promises – No War Against Intimate Terror*, in SHEININ, *op. cit.*, 39-54.

<sup>43</sup> Per approfondimenti v. PINTORE, *Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore*, in FERRARI (a cura di), *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, Franco Angeli, 2008, 279-310.



concetto di libertà dalla paura, uno sfondo imprescindibile dell'autonomia personale, su cui si basa l'idea stessa dei diritti individuali. Per questa ragione appaiono accettabili i limiti che derivano dalla sicurezza così concepita, salvo operare le opportune valutazioni sulla adeguatezza e proporzionalità delle singole misure scelte. Non si deve, però, pensare che ci si trovi davanti a nuovi diritti, e in questo senso appare criticabile la tendenza alla moltiplicazione dei diritti e all'assolutizzazione del loro linguaggio, per sua natura categorico e incrementale. Un diritto, infatti, si ha o non si ha, mentre la sicurezza è qualcosa di relativo, è questione di grado, assenza più che presenza<sup>44</sup>.

La sicurezza, in quanto, prestazione strumentale non solo al singolo ma al sistema nella sua interezza, richiede però di essere posta in equilibrio con la libertà secondo le linee di sviluppo del disegno istituzionale, ricordando che tale legame non è né di semplice identità né di mera presupposizione, ma molto più sfaccettato. Essa, inoltre, è un interesse fondamentale non riducibile alla dimensione dei diritti individuali, e non potrebbe, quindi, rientrare *tout court* in un calcolo utilitaristico di *trade off* di compressione dei diritti senza finire col considerare gli individui come mezzi, con conseguenze kantianamente immorali e quindi inaccettabili nel nostro contesto culturale. Per converso, non si può essere assoluti come pretende una certa vulgata *liberal*, che gioca spesso sull'equivocità della locuzione *diritto*. La realtà è che i diritti non sono mai assoluti né illimitati. Neanche i diritti umani hanno natura assoluta e infatti, storicamente, gli strumenti normativi che li hanno riconosciuti hanno sempre dovuto ammettere che l'esercizio e la tutela degli stessi debbano essere adattati ai ragionevoli bisogni dello Stato di osservare i propri doveri per il bene comune<sup>45</sup>.

L'esistenza di un diritto fondamentale alla sicurezza, pur sostenuta da parte della dottrina, lascia alquanto perplessi, considerato la sicurezza sia stata tradizionalmente concepita, piuttosto, come uno dei compiti dello Stato sovrano. Occorre dunque chiedersi se si possa davvero parlare di un diritto fondamentale o

---

<sup>44</sup>*Ibidem*.

<sup>45</sup> Così VIARENGO, *Finding a balance between liberty and security: some remarks*, in PEDRAZZI, VIARENGO, LANG, *Individual guarantees in the european judicial area in criminal matters*, Bruxelles, 2011, 53- 60, che fa riferimento all'art. 29 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, all'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e all'art. 15 CEDU.

se non si tratti, invece di una semplice figura retorica o formula incantatoria<sup>46</sup>. A tal fine è però necessario precisare che cosa si intenda per “diritto fondamentale” e per “sicurezza”.

Giova premettere che secondo molti ci troviamo in quella che è stata chiamata “età dei diritti”, e più precisamente in una fase che segue a quella giusnaturalistica, in cui i diritti fondamentali sono stati concepiti e categorizzati, e alla fase di positivizzazione degli stessi, a partire dalle rivoluzioni americana e francese. Oggi non si discuterebbe più tanto del fondamento dei diritti, quanto della loro pratica, ma il fatto che questi possano essere tutelati senza discutere del loro fondamento, non toglie che il linguaggio dei diritti sia fin troppo indeterminato, e che la situazione sia complicata dalla proliferazione dei diritti, che comporta un aumento delle antinomie; quest’ultimo conduce a sua volta all’idea del bilanciamento, sebbene il “pesare” i diritti non è operazione neutra, ma dipende dai sistemi di valori in cui si muove l’interprete. Per questa ragione non manca chi riduce i diritti umani a mera lingua franca del dibattito pubblico e giuridico. In questo contesto, valori sistemici come la stessa sicurezza possono trovarsi formulati come eccezione o limite al diritto, presupposto del diritto stesso mera riformulazione di un interesse generale nel linguaggio dei diritti. E in questo senso, non può ignorarsi che il discorso sui diritti venga spesso utilizzato con finalità di legittimazione delle iniziative in materia di sicurezza<sup>47</sup>, sebbene la suggestione di un “diritto alla sicurezza” risulti abbastanza stridente con la visione liberale tradizionale dei diritti come limiti al potere pubblico piuttosto che misure di promozione della sicurezza collettiva. Ripensare la sicurezza come un diritto fondamentale, inoltre, significa assorbirla in una dimensione costituzionale e assegnarle un peso (almeno) equivalente a quello dei tradizionali diritti civili e politici individuali, e ciò

---

<sup>46</sup> Cfr. DANET - GRUNVALD, *Le droit à la sécurité et le risque au coeur d'un nouveau droit pénal*, in *Mélanges offerts à Jean-claude Helin, Perspectives du droit public*, Paris, Litec, 2004, p. 197, e JOURDAN, *Existe-t-il un droit subjectif à la sécurité?*, in *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens?*, Acte du colloque des 19 et 20 oct. 2006, *Mutations des normes juridiques*, n. 7, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2008, 83.

<sup>47</sup> Si considerino, ad es., le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, in cui si affermava, al §6, che “*Le persone hanno il diritto di esigere che l'Unione affronti la minaccia alla loro libertà e ai loro diritti giuridici costituita dalle forme più gravi di criminalità*”; cfr. anche gli artt. 3 TUE e 67 TFUE.

comporta il rischio di un ribaltamento nella relazione tra sicurezza come bene collettivo o interesse pubblico e i diritti individuali di libertà.

Facendo un passo indietro, va precisato che sullo stesso concetto di diritto fondamentale non vi è unanimità di vedute, anche se sembra oramai acquisita la differenza tra questo e le c.d. libertà pubbliche. Mentre queste, protette nell'ordine legale, presuppongono un controllo sull'operato del potere esecutivo, il diritto fondamentale, protetto nello stato di diritto, suppone un controllo di tutti i poteri e, pertanto, dovrebbe beneficiare di una protezione superlegislativa o comunque rinforzata. Ancora, le libertà pubbliche si sviluppano solo nei rapporti verticali, mentre i diritti fondamentali esistono anche in una dimensione orizzontale tra gli individui (la c.d. *drittwirkung*)<sup>48</sup>. Pertanto, un diritto dovrà essere considerato fondamentale quando sia protetto da norme costituzionali o sovranazionali o internazionali e presenti le caratteristiche di un diritto oggettivo.

Ogni rivendicazione di un diritto fondamentale presuppone l'esistenza di una norma fondamentale corrispondente, e dunque una norma giuridica di rango superlegislativo e, tuttavia, l'esistenza di un aggancio costituzionale non è di per sé sufficiente, occorrendo altresì che il legislatore ordinario gli accordi, eventualmente, una certa importanza particolare o addirittura preminenza<sup>49</sup>.

Ma se il diritto alla sicurezza esistesse come diritto fondamentale, e dunque diritto soggettivo, si dovrebbe ammettere che esso crei una pretesa, cui corrispondono obblighi in capo a determinati soggetti e, in questo caso, dovremmo ammettere che vi sia una pretesa di riparazione o di messa in opera di una misura di prevenzione e che chiunque potrebbe, in quanto titolare di tale diritto, pretendere di vivere affrontando il minor numero di rischi possibili<sup>50</sup>.

Sembrerebbe quindi più opportuno individuare il preteso diritto alla sicurezza intorno all'obiettivo, di valore costituzionale, di salvaguardia dell'ordine pubblico. Dietro tale obbligo, per la forza pubblica, di prendere iniziative per garantire la

---

<sup>48</sup> Sul punto, v. LEVINET, *Théorie general des droit et liberté*, Bruylant, 2006, 62.

<sup>49</sup> Così RIBES, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des dorits fondamentaux entre persone privés*, These de doctorat - Université Paul cézanne, Aix-Marseille, 2005,53.

<sup>50</sup> Cfr. TRUCHET, *L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public: la question d'un droit à la sécurité*, in *L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droit fondamentaux, Actes du colloque de Caen de jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000*, Bruylant, 2001, 310.

sicurezza delle persone e dei beni, si realizzerebbe una forma di “soggettivizzazione” del diritto alla sicurezza. E va aggiunto in proposito che anche nel contesto dell’Unione, stando ai Trattati, la sicurezza - che indica, fondamentalmente, l’assenza di vittimizzazione da criminalità - non rientra tra i diritti fondamentali dei cittadini dell’Unione, ma è piuttosto qualcosa che questa offre agli stessi<sup>51</sup>, sebbene venga talvolta, in modo forse puramente retorico, considerata un diritto fondamentale in alcuni documenti ufficiali<sup>52</sup>.

Spesso sembra che ciò che può meglio spiegare la sicurezza è il sentimento di insicurezza, definibile come un’inquietudine cristallizzata su di un oggetto, come il crimine, in senso ampio e, in tal caso, sui suoi autori<sup>53</sup>. Eppure tale, senz’altro progressivamente accresciuta, preoccupazione diffusa non può considerarsi il contenuto di un vero e proprio diritto dei cittadini. E ciò in primo luogo per le difficoltà strutturali che si frappongono all’enucleazione di una siffatta situazione giuridica soggettiva, non potendosi sostenere né che si tratti di un diritto ad esercitare arbitrariamente le proprie ragioni al di là dei limiti consentiti all’autodifesa, né che costituisca un diritto a prestazioni positive degli apparati pubblici a semplice richiesta del cittadino, senza alcun margine di discrezionalità dell’Autorità<sup>54</sup>. Sarebbe, invero, necessario considerare la sicurezza in senso oggettivo come ogni azione volta al mantenimento o al ripristino della pace pubblica, e quindi come sicurezza della persone e dei beni<sup>55</sup>, e sarebbe di

---

<sup>51</sup>UGELVIK, *States of security. How the Lisbon treaty changes area of freedom, security and justice*, HUDSON, UGELVIK, *Justice and security in the 21st century. Risks, rights and the rule of law*, Routledge, 2012, 217.

<sup>52</sup>Secondo il Consiglio dell’Unione europea, «*Le persone in Europa si aspettano di vivere al sicuro e di fruire delle loro libertà*» e pertanto la sicurezza sarebbe «*di per sé un diritto fondamentale*»: Cfr. Consiglio dell’Unione europea, Bruxelles, 8 marzo 2010 (11.03) (OR. en) 7120/10 CO EUR-PREP 8 JAI 182, Progetto di strategia di sicurezza interna per l’Unione europea: "Verso un modello di sicurezza europeo", punto 2.

<sup>53</sup> Così ROCHE, *Le sentiment d’insécurité, Sociologie d’aujourd’hui*, PUF, 1993, 136.

<sup>54</sup> Cfr. Ord. Corte Cost. n. 187 del 2001 nella quale viene contestata la visione secondo la quale tra i diritti inviolabili dell’Uomo (art. 2 Cost. italiana) vi sarebbe anche il diritto «a vedere protetta la propria sicurezza dalla commissione di fatti puniti come reato».

<sup>55</sup> È ben nota la distinzione tra sicurezza in senso oggettivo, quale assenza di pericolo e, in senso soggettivo, quale assenza di timore: sebbene i due aspetti siano legati, in certi casi possono avere anche una divaricazione anche sensibile; in ogni caso, poiché questi sono elementi graduabili, la

conseguenza preferibile parlare di funzione di sicurezza e non di diritti alla sicurezza.

Già le prime concezioni contrattualistiche dello Stato si basavano sulla considerazione che l'individuo ceda diritti naturali in cambio della sicurezza<sup>56</sup>. E però, nella concezione di LOCKE la sicurezza non costituiva un diritto, come la libertà o la proprietà, bensì l'obiettivo fondamentale del contratto sociale di cui lo Stato è "gestore"<sup>57</sup>, e che non avrebbe potuto porsi in contrasto con i diritti primari degli individui, legittimati in tal caso a revocare il potere in nome dell'autoconservazione<sup>58</sup>. La sicurezza sarebbe quindi, al limite, un diritto programmatico, nella misura in cui è lo Stato a stabilire le condizioni e la misura della sua azione e, di conseguenza, la restrizione della libertà. Non potendosi, quindi, determinare un'obbligazione di risultato in capo allo Stato di garantire una sicurezza assoluta, non può sostenersi, giuridicamente, l'esistenza di un diritto soggettivo alla sicurezza<sup>59</sup>. Questa sarebbe infatti posta in dubbio in ragione della discrezionalità dello Stato nella scelta delle misure a protezione dei cittadini, e, per quel che ci interessa, nella discrezionalità del legislatore penale. Questo ci induce a prestare anche una certa attenzione alla questione dei c.d. *obblighi di criminalizzazione*. Tali obblighi vengono generalmente giustificati a partire dalla *Drittwirkung* dei diritti fondamentali e dello *Schutzpflicht* dello Stato, e possono, in questo senso, essere posti in relazione alla tendenza a considerare il bene collettivo sicurezza come un diritto fondamentale<sup>60</sup>.

La sicurezza possiede sia una dimensione individuale che una sociale e, in termini costituzionali, potrebbe essere astrattamente considerata tanto un diritto individuale quanto un bene collettivo, tenendo però a mente che mentre i diritti

---

sicurezza andrebbe ugualmente trattata come un elemento scalare: sulla differenza tra sicurezza oggettiva e soggettiva v. *amplius* ZEDNER, *Security*, Routledge, 2009, 14-19.

<sup>56</sup>HOBBS, *Leviathan*, §§ XIII, XXVII; ID., *De Cive*, § I, 3, 15; V, 3, 6, 9.

<sup>57</sup>LOCKE, *Two treatises of government*, 1689, Londra, 1764, II, §§ 95-96, 123-131.

<sup>58</sup> Cfr. DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in DONINI, PAVARINI, *op. cit.* 13.

<sup>59</sup> Queste, in sintesi, le conclusioni raggiunte da GRANGER, *Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité?*, in RSC n.2 /2009, 273-296.

<sup>60</sup> Cfr. TUORI, "Ultima Ratio as a Constitutional Principle", in *Ultima Ratio, a principle at risk. European Perspectives*, *Onati Socio-Legal Series*, v. 3, n. 1 (2013).

vanno protetti, i beni collettivi vanno prodotti attraverso l'adozione di politiche pubbliche. Così, nel suo aspetto collettivo, la sicurezza ha a che fare con una condizione sociale di fatto, stabilita - o da stabilirsi - attraverso l'adozione di misure politiche. In particolare, la tradizione liberale dello stato di diritto, con la sua tendenza a considerare la costituzione come una cornice che delimita il potere pubblico –regolamentandolo nella sua capacità di comprimere i diritti che la stessa sancisce - pone la sicurezza collettiva – meglio, l'ordine pubblico e la sicurezza – fuori dalla sfera normativa dei diritti fondamentali. Da questo punto di vista, mentre i diritti fondamentali sono da considerare come contro-limiti alle misure di sicurezza per proteggere gli individui da un uso incontrollato della forza pubblica, la sicurezza potrebbe considerarsi come un bene collettivo “extracostituzionale”<sup>61</sup>. Se si parte da questiriferimenti classici della filosofia politica, la dottrina della proporzionalità e del bilanciamento sembrerebbe comportare un passo indietro rispetto alla visione liberale dello stato di diritto. Questa prospettiva illustra in modo chiaro il paradosso di una teoria costituzionale in cui la sicurezza, ovvero un interesse collettivo extracostituzionale, rispetto al quale i diritti fondamentali dovrebbero fungere da controlimite, finisce per rientrare nel quadro costituzionale come fondamento per la limitazione degli stessi. Ciò conduce, da una parte, alla questione della possibilità - o legittimità - del bilanciamento tra diritti individuali e beni collettivi e, dall'altra, a considerare il tentativo, da più parti perseguito, di elevare la sicurezza al rango di diritto fondamentale. Ma se la sicurezza può essere convertita da bene collettivo in diritto fondamentale, con rango uguale alla libertà, il bilanciamento con quest'ultima diventerebbe un normale bilanciamento tra diritti<sup>62</sup>. Inoltre, una tale considerazione della sicurezza giustificerebbe nuove criminalizzazioni in termini di sicurezza collettiva o realizzazione di diritti fondamentali nelle relazioni orizzontali. Quando i poteri delle autorità di sicurezza o le disposizioni penali violano diritti fondamentali, la loro accettabilità costituzionale si basa sul fatto che abbiano un “peso” costituzionale almeno pari in termini di diritti salvaguardati; ma ciò che, secondo la tradizione liberale,

---

<sup>61</sup>TUORI, *op. ult. cit.*

<sup>62</sup>In questo modo, la distinzione dworkiniana tra politiche che puntano a garantire beni collettivi e principi focalizzati sui diritti fondamentali, con la concomitante primazia *prima facie* di questi ultimi, verrebbe annullata: cfr. V. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Ducksworth, 1978.

dovrebbe essere ristretto dai diritti fondamentali, come lo stesso diritto penale, verrebbe invece assorbito come elemento costituente, e in tal modo l'*ultima ratio* troverebbe il suo contrappeso costituzionale nella costituzionalizzazione dell'obbligo di criminalizzazione del legislatore<sup>63</sup>.

Ad ogni modo, qualunque conclusione va suffragata dal dato normativo. Per l'ambito che ci interessa, ovvero il diritto UE, l'art. 52 (2) della Carta rappresenta un necessario punto di partenza per questo discorso, perché opera una distinzione fra diritti e principi di cui non si può non tenere conto. Sarebbe, inoltre, opportuno valutare anche la distinzione tra diritti soggettivi (negativi) e obblighi positivi, tra cui assume una posizione centrale il dovere di protezione (*duty to protect*) anche dalle aggressioni private. Di quest'ultimo sono possibili due ricostruzioni. Mentre per una prima interpretazione lo si considera come un ampliamento dell'interferenza dello Stato, sotto forma di approvazione o tolleranza dell'aggressione da parte dei pubblici poteri<sup>64</sup>, una ricostruzione alternativa lo qualifica come corollario di un diritto fondamentale sostanziale positivo, che include una pretesa all'azione da parte dei poteri pubblici (c.d. diritti di protezione o *Schutzgewahrrechte*)<sup>65</sup>.

Considerando la tradizionale deferenza verso la giurisprudenza CEDU, oggi rafforzata nel quadro del Trattato di Lisbona, è plausibile che la Corte di Giustizia tenderà a seguire questo stesso schema. In tal modo, da un punto di vista della ripartizione orizzontale dei poteri, il legislatore e l'esecutivo potrebbero diventare meri attuatori delle norme supreme sui diritti fondamentali, mentre da un punto di

---

<sup>63</sup> Queste le conclusioni di TUORI, *op. ult. cit.*

<sup>64</sup> In questo senso v. Corte EDU, GC, 10 maggio 2011, *Cipro c. Turchia*, §81, che riprende una posizione già assunta in Corte EDU 26 marzo 1985, X e Y c. Paesi Bassi, §§24-2: secondo la Corte, la violazione dei diritti stabiliti dalla Convenzione commessa dal privato può essere indirettamente attribuita allo Stato quando quest'ultimo l'abbia resa possibile o anche solo probabile, sia che ciò avvenga per semplice negligenza sia che avvenga per "benevola tolleranza"; la Corte afferma quindi che lo Stato, per non incorrere in violazione della Convenzione, deve predisporre la cornice legislativa, amministrativa e giudiziaria capace di garantire i diritti convenzionali anche nelle relazioni tra gli individui.

<sup>65</sup> Le due alternative sono prese in considerazione dalla CtEDU nel caso *Hatton et al c. Regno Unito* (2002), camera §95-96 e GC §98, e sembra esserci un favore per la seconda, sebbene la Corte non la accolga espressamente.

vista verticale, si dovrebbe rilevare la sostanziale differenza intercorrente tra Stati e Unione, escludendo l'esistenza in capo a quest'ultima di un generale obbligo di protezione dei cittadini, in ragione delle sue competenze limitate, ma riconoscendo che, in virtù della sua posizione di sostanziale primazia, essa potrebbe tuttavia obbligare gli Stati alla protezione dei cittadini negli ambiti di sua competenza<sup>66</sup>.

### 3. Il diritto alla sicurezza nello "Stato di insicurezza"

Come si è cercato di spiegare, non sembra che possa correttamente parlarsi di diritto alla sicurezza, per l'eccessiva indeterminatezza della pretesa, che impedisce l'individuazione di un contenuto autonomo, oltre che per i problemi che un tale diritto porrebbe in termini di giustiziabilità. La configurazione di un eventuale diritto alla sicurezza potrebbe, tutt'al più, avvenire solo in relazione ad un diritto di cui si chieda l'effettiva protezione di fronte a determinati pericoli, che diventerebbe, quindi, il contenuto specifico di tale diritto accessorio<sup>67</sup>. Ma, nonostante le riserve sulla pretesa esistenza di un diritto alla sicurezza e sulle sue problematiche ricadute in materia penale, non possono del tutto ignorarsi le diverse voci che ne assumono l'esistenza.

Secondo un'impostazione tradizionale, la protezione della sicurezza soggettiva potrebbe aversi solo in modo indiretto, mediante il tentativo di neutralizzare le minacce rivolte ad altri beni primari come la vita o la proprietà. Tuttavia, si può oggi notare la decisa tendenza di Stati ed organizzazioni internazionali a produrre norme volte a proteggere direttamente il sentimento di sicurezza, mediante la criminalizzazione di condotte che lominano senza necessariamente compromettere altri interessi primari. Si riscontra, cioè, una crescente tendenza alla "individualizzazione della sicurezza", che finisce con l'incidere sensibilmente sulla relazione tra gli individui e lo Stato (liberale). Se tradizionalmente, nelle costituzioni nazionali quanto in documenti internazionali come la CEDU, la

---

<sup>66</sup>Così KUHNING, *Fundamental rights*, in VON BOGDANDY, BAST (a cura di), *Principles of european constitutional law*, 2<sup>nd</sup> ed., Hart, 2011, 492-494.

<sup>67</sup> Cfr. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in DONINI, PAVARINI, *op. cit.*, 120-121.



sicurezza viene inquadrata come un'eccezione, l'individualizzazione modifica l'equilibrio e riconfigura gli attori nel gioco della sicurezza: piuttosto che la sicurezza pubblica o collettiva si punta a salvaguardare la sicurezza degli individui, o meglio rispondere al senso di insicurezza che questi percepiscono<sup>68</sup>.

I pubblici poteri si presenterebbero, quindi, non più come una minaccia per la libertà, ma piuttosto come il migliore alleato di una società caratterizzata dalla paura del rischio e dal timore del crimine, alla ricerca di un affidabile garante della sicurezza, e il rapporto di tensione tra libertà e sicurezza muta a favore della sicurezza, connotando lo Stato con la produzione di sicurezza civile più che con la messa in pericolo della libertà civile<sup>69</sup>. In questo caso, però, lo Stato risulterebbe non in una posizione di forza, bensì talmente debole da doversi preoccupare di riconoscere e tutelare un vero e proprio diritto alla sicurezza, consistente nella libertà dalla paura, la cui giustificazione normativa poggierebbe sull'idea della c.d. autonomia vulnerabile (*vulnerable autonomy*). Tale ultimo concetto, di fondamentale importanza in alcune tra le più seguite teorie politiche contemporanee<sup>70</sup>, risulterebbe particolarmente utile per elevare la sicurezza al

---

<sup>68</sup> Così MITSILEGAS, *The individualisation of security and the erosion of citizenship and fundamental rights*, HUDSON, UGELVIK, *Justice and security in the 21st century. Risks, rights and the rule of law*, Routledge, 2012, 199 ss., per cui il collegamento tra l'obbligo positivo di protezione e la prevenzione delle (percepite) minacce alla sicurezza sarebbe stato centrale nello sviluppo delle misure di sicurezza a livello europeo, come emergerebbe anche dal Programma di Stoccolma e dal documento sulla strategia per la sicurezza interna dell'Unione, che prestano particolare attenzione alla protezione delle vittime del crimine e del terrorismo. L'A. conclude, non a torto, che i bisogni degli individui sarebbero serviti unicamente alle Istituzioni ad accrescere il loro potere, a seguito della riconfigurazione della relazione dei cittadini tra loro (come potenziali vittime e potenziali delinquenti) e tra questi e le stesse Istituzioni.

<sup>69</sup> HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in DONINI, PAVARINI, *op. cit.*, 72.

<sup>70</sup> I fondamenti dell'ideologia dell'autonomia vulnerabile sono rinvenibili in ANDERSON, HONNETH, *Autonomy vulnerability, recognition and justice*, in CHRISTMAS, ANDERSON, *Autonomy and the challenges to liberalism: new essays*, Cambridge, 2005. Secondo questi autori, il rispetto per se stessi, l'autostima e la fiducia in sé sono precondizioni dell'autonomia, e il possesso di queste qualità proviene dal processo intersoggettivo di mutuo riconoscimento del valore altrui; sul punto v. *amplius*, RAMSAY, *The insecurity State, Vulnerable autonomy and the right to security in the criminal law*, Oxford University Press, 2012, 84 ss. Nonostante le differenze, le teorie indicate condividono l'idea che il mercato sia l'unico ordine disponibile, e criticano la distribuzione universale dei diritti civili e sociali operata a partire dal secondo dopoguerra, offrendo in alternativa una prospettiva in

rango di diritto fondamentale, così estendendo, però, l'impegno liberale di proteggere gli individui vulnerabili ad un punto in cui entra in contraddizione con le precondizioni sottostanti all'ordine liberale stesso: dichiarando la normale vulnerabilità dei cittadini, infatti, lo Stato finisce col porre in discussione la propria autorità. In tale contesto, il comportamento conforme del cittadino non tiene più a distanza il controllo pubblico, perché ogni individuo finisce col rappresentare un potenziale rischio da tenere sotto controllo: si assottiglia la distanza tra morale e diritto, richiedendosi la verifica dell'atteggiamento interiore di eventuale "inimicizia" dei soggetti<sup>71</sup>; il principio di eguaglianza viene compromesso dall'esigenza di selezionare i rischi, che si concentrano soprattutto su alcune categorie di persone; l'indeterminatezza dei rischi (e delle vittime) porta al bilanciamento tra sicurezza e diritti, impedendo però, date anche le forti spinte emotive che la questione suscita, un serio giudizio di proporzione.

La condizione storica che ha posto le basi per questa contraddizione andrebbe cercata, principalmente, nell'esaurimento della politica rappresentativa, il cui risultato sarebbe il decadimento dell'impianto normativo liberale in una cultura dell'emergenza permanente. Così stando le cose, il problema della sicurezza non avrebbe come sfondo l'autoritarismo bensì una carenza di autorità dei poteri pubblici. Al contrario, un liberalismo autentico richiederebbe una dimensione positiva della libertà come possibilità di agire, anche in condizioni di incertezza.

La spinta securitaria, quindi, che restringe la libertà per evitare i rischi, non appare poi tanto liberale, risultando controproduttiva per lo stesso paradigma della

---

cui l'individuo non dispone, in linea di principio, delle risorse morali necessarie ad ottenere o mantenere un autocontrollo autonomo a fronte della posizione ostile o indifferente degli altri. La vulnerabilità dell'autonomia fornisce una base normativa da accostare all'aspetto strumentale della sicurezza, e rappresenta un assunto di teoria politica che offre un fondamento alternativo ai doveri di cittadinanza. La politica della sicurezza può dunque essere considerata come un mezzo per rivendicare l'auto-percezione come esseri morali, distinguendo però le persone rispettabili da quelle poco raccomandabili (così anche SQUIRES, STEPHEN, *Rougher justice : antisocial behaviour and young people*, Willan, 2005; per una critica sociologica alla costruzione del "cittadino vulnerabile" v. però FUREDI, *Culture of fear*, Continuum, 2005; per un approfondimento di queste problematiche si rimanda ancora a RAMSAY, *op. cit.*, 110-112.

<sup>71</sup>DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in DONINI, PAVARINI, *op. cit.*, 15-16.

prosperità<sup>72</sup>. E si potrebbe inoltre ipotizzare che un tale assetto stia anche a fondamento della sempre maggiore legittimazione di organizzazioni come l'Unione europea a produrre diritto penale, presentandosi così come importanti partner, se non addirittura sostituti, di Stati nazionali in evidente crisi di credibilità. Il diritto penale è tradizionalmente concepito come una potestà pubblica più che come uno strumento di protezione dei diritti degli individui contro la vittimizzazione, dal momento che il potere di individuare le condotte soggette a pena, sia astrattamente che nei casi concreti, compete allo Stato, e non alla vittima o ad altri soggetti. Di recente, però, l'ideale che i diritti siano interessi giuridicamente protetti indipendentemente dal fatto che il beneficiario sia in condizione di fare rispettare gli obblighi corrispondenti, si è mostrata sempre più influente nella teoria generale del diritto<sup>73</sup>.

Alcune misure penali, in particolare, pur non proteggendo da specifici timori, garantirebbero una libertà dal timore soggettivo verso il crimine in sé. Proteggendo, in questo modo, un ampio e generico diritto alla sicurezza, queste si distinguerebbero dalle classiche disposizioni penali concernenti condotte dannose o oggettivamente pericolose poste a tutela di quelli che potremmo chiamare "interessi di sicurezza oggettiva", ovvero che proteggono il diritto ad essere liberi da danni o pericoli rispetto a determinati beni o interessi, che non risulterebbero, invero, sufficienti a sancire un diritto alla sicurezza, perché, concettualmente, la sicurezza non può essere ridotta ad una questione di rischio oggettivo di danno, dal momento che la rilevanza del rischio per una persona non è del tutto indipendente dalla percezione che la stessa ne abbia<sup>74</sup>. Sebbene la sicurezza

---

<sup>72</sup>ERICSON, *op. cit.*, 217-218.

<sup>73</sup> L'impiego in questa sede del "linguaggio" dei diritti, riprendendo l'approccio di RAMSAY, *op. cit.*, 64-66, riflette, indipendentemente da una convinta adesione ad esso, l'atteggiamento della maggior parte dei teorici e dei pratici della tutela dei diritti.

<sup>74</sup>*Ibidem*. A dirla tutta, potrebbe addirittura avvenire che l'adozione di misure per evitare la concretizzazione di un rischio ne determinino una percezione più acuta, alterando così il rischio oggettivo, e viceversa. La relazione tra sicurezza oggettiva e soggettiva è paraltro ulteriormente complicata da ciò che LEE chiama "paura del crimine a retroazione continua" (*fear of crime feedback loop*), per cui la paura del crimine si costruisce sullo sforzo di identificare e attenzionare il problema, rendendo la popolazione ancora più timorosa (cfr. LEE, *Inventing fear of crime*, Willan, 2007, 76. In tal modo, è la stessa paura del crimine che finisce per costruire il suo oggetto.

oggettiva e la sicurezza soggettiva siano analiticamente separabili, non possono considerarsi indipendenti l'una dall'altra, e se fosse la sicurezza in sé a godere della protezione giuridica, questa comporterebbe, fondamentalmente, la protezione della sicurezza soggettiva<sup>75</sup>. Occorre dunque chiedersi se la protezione giuridica dell'interesse alla sicurezza soggettiva come fondamento della società civile possa risultare legittimo anche in relazione al linguaggio dei diritti e se, nel momento in cui possa entrare in conflitto con altri diritti garantiti, quali quello di associazione, o alla vita privata o con la libertà di espressione, si debba operare un bilanciamento con conseguente compressione di uno (o più) dei diritti che vengano in rilievo.

Se si guarda al regime CEDU da una prospettiva di sociologia politica degli obblighi penali, anziché dalla prospettiva della filosofia morale, si può concludere che esso consente un ampio margine per la protezione giuridica del diritto alla sicurezza come libertà dalla molestia e dall'angoscia, rafforzando una visione comunitarista in accordo con l'ideologia dell'autonomia vulnerabile, che pone in secondo piano i diritti fondamentali di chi minaccia il diritto alla sicurezza. Infatti, sebbene la Convenzione non contempli espressamente un tale diritto alla sicurezza, non sembra però opporre grandi ostacoli alla sua protezione da parte del diritto interno, sia mediante poteri preventivi<sup>76</sup>, sia lasciando «gli Stati liberi di considerare reati, commissivi o omissivi, quelle condotte che non costituiscono normale esercizio dei diritti che essa protegge»<sup>77</sup>. E ciò sembrerebbe implicare, per l'appunto, un'adesione alla teoria dell'autonomia vulnerabile e la promozione di un regime di protezione comunitarista dei diritti in Europa<sup>78</sup>.

Uno Stato democratico non può non prendere in considerazione anche il diritto alla sicurezza di coloro i quali violano gli altrui diritti e che spesso, come gruppo, risultano anche più vulnerabili delle loro vittime, e tuttavia, in contesti che fanno dipendere il riconoscimento dei diritti al preventivo adempimento dei propri doveri, il diritto alla sicurezza del cittadino medio sembra essere

---

<sup>75</sup> Così ancora RAMSAY, *ult. op. cit.*, 64 ss.

<sup>76</sup> Cfr. ASHWORTH, ZEDNER, *Defending the criminal law: reflections on the changing character of crime, procedure and sanctions*, 2008, 2 (21), *Criminal law and philosophy*, 21, 45.

<sup>77</sup> Cfr. CtEDU, sentenza Engel v. Netherlands, (1979-80), EHRR647, §81.

<sup>78</sup> V. *amplius* RAMSAY, *op. cit.*, 113-131.

considerato con priorità rispetto ad altri diritti, la cui mancanza rende certi soggetti decisamente più vulnerabili.

I diritti umani, che nella prospettiva della teoria dell'autonomia vulnerabile finiscono per rappresentare una base legittimante il diritto alla sicurezza, mostrano, invero, una marcata sovradeterminazione speculativa, e rappresentano un "significante fluttuante"<sup>79</sup> supportato dal consenso sovrapposto di diverse, e spesso fortemente contrastanti, teorie politiche e morali<sup>80</sup>. Un tale linguaggio della vulnerabilità caratterizza l'uomo comune in base alla sua soggezione ai rischi provenienti dall'altrui condotta pericolosa<sup>81</sup>. Se questa è la realtà filosofico-politica, sociologica e normativa della tutela dei diritti fondamentali in Europa, può concludersi che le leggi di sicurezza appartengano alla storia degli ordini politici liberali più che ai regimi consapevolmente autoritari<sup>82</sup>. Ma, in fondo, la tradizione liberale del diritto penale dello stato di diritto e del rispetto dei diritti costituzionali del reo è fragile fin dalle sue origini, sebbene sia riuscita a mettere radici nella coscienza collettiva e i cittadini abbiano sviluppato consapevolezza e capacità di distinguere le situazioni governate dal diritto da quelle rette dall'arbitrio<sup>83</sup>.

L'idea di fondo della teoria dell'autonomia vulnerabile è che gli individui si sentirebbero insicuri al punto che l'imposizione di un dovere di non causare insicurezza agli altri sarebbe una condizione necessaria a garantire una autonomia reale. Eppure, considerando che in realtà la vittimizzazione criminale non riguarda tutti indistintamente, e solo poche persone hanno buone ragioni per avere timore, tale assunto appare sostanzialmente ideologico. Tale modello andrebbe perciò rigettato, perché altrimenti il diritto penale restringerebbe l'autonomia di molti per proteggere gli interessi (reali) di pochi. Se, al contrario, volessimo accettarlo, dovremmo verificare l'esperienza - o quantomeno la credenza - collettiva dell'assenza o comunque ineffettività delle norme sociali di condotta. Ma se così

---

<sup>79</sup>DOUZINAS, *The end of human rights*, Hart, 200, 255

<sup>80</sup>DONNELLY, *Universal human rights i theory and practice*, Cornell university press, 2003, 20-40.

<sup>81</sup>LEE, *op. cit.*, 151-152.

<sup>82</sup>SIMON, *Governing through crime*, Oxford university press, 2007,15.

<sup>83</sup>HERZOG, *The State as Sniper: Targeted Killings - Corrosion of the Principles of Justice as a Reaction to Terrorism*, in SHEININ, *op. cit.*, 123-129.

stessero le cose, l'autorità del potere pubblico e la comunità politica sarebbero al collasso.

La sicurezza è stata considerata un bene pubblico costitutivo, talmente cruciale per lo scopo intrinseco di una comunità che, al livello di auto identificazione, aiuta a costruire e sostenere un senso di appartenenza collettiva<sup>84</sup>. La politica di sicurezza è, dunque, una politica specifica di "appartenenza mediata": i discorsi sul pericolo e le pratiche di sicurezza deriverebbero, quindi, il loro significato politico proprio dalla loro capacità di stimolare le persone a formare una comunità politica e legittimare l'autorità politica sulla base di pericoli ritenuti concreti. Il controllo che quest'ultima esercita, pertanto, rimarrebbe strettamente legato al senso di sicurezza ontologica e identità collettiva delle persone, capace di generare tra i cittadini alti livelli di identificazione<sup>85</sup>. Ciò considerato, la protezione penale del diritto alla sicurezza imporrebbe addirittura una responsabilità per la mera manifestazione di un'attitudine di ostilità alle norme di diritto, fondata sulla solidarietà comunitaria a spese dell'autonomia individuale: affinché una comunità possa conservarsi, i suoi componenti devono accettare l'autorità comune, e le leggi penali devono evitare danni alla struttura di identificazione della solidarietà comunitaria, chiedendo ai soggetti di non manifestare un'attitudine ostile o indifferente alle norme di diritto. In questo modo, però, potrebbe anche giustificarsi la punizione delle manifestazioni di slealtà, con illeciti che finiscono col subordinare i paradigmi dell'autonomia formale e dell'autonomia reale a quello della solidarietà comunitaria. Tali leggi potrebbero, però, essere considerate non solo una risposta all'insicurezza relativa ai rischi ma, in fin dei conti, all'insicurezza relativa all'effettività del diritto<sup>86</sup>. Così, ci troveremo di fronte al paradosso della legittimità del diritto penale che poggia sulla premessa della carenza di autorità sovrana, del collasso della comunità dialogica e della sfiducia dei cittadini nell'effettività del potere coercitivo pubblico, che giustificano, appunto, una

---

<sup>84</sup>LOADER, WALKER, *Civilizing security*, Cambridge University Press, 2007, p. 164

<sup>85</sup> Così LOADER, *Policing, securitisation and democratisation in Europe*, in NEWBURN, SPARKS, *Criminal justice and political cultures. National and International dimensions of crime control*, Willan, 2004, 54 ; anche BOUTELLIER, *op. cit.*, 43, suggerisce che l'insicurezza oggi sia legata soprattutto al bisogno di costruire un'identità e proteggerla.

<sup>86</sup>ERICSON, *Crime in an insecure world*, Polity, 2006, 25.

risposta di protezione penale delle condizioni della solidarietà comunitaria sacrificando la libertà formale e l'autonomia reale<sup>87</sup>. Ma se tutto viene letto attraverso il suo potenziale criminale, allora abbiamo raggiunto uno stadio in cui siamo governati attraverso il crimine in ogni scelta sociale, nella vita quotidiana dei cittadini come nei programmi della comunità, senza che ci si possa realmente affidare alla buona cittadinanza o alla disciplina e alla pressione naturalmente esercitata dalla vita in comune<sup>88</sup>.

Le leggi che costruiscono questo grado di disordine ed offrono una risposta oppressiva sembrano implicare uno stato di cose in qualche modo anormale. Una prospettiva in cui potremmo, pertanto, vederle, è quella dell'emergenza. Ma talvolta i poteri emergenziali diventano la norma, adattando l'idea di una normalizzazione dello stato di eccezione.

La dottrina costituzionalistica tradizionale ha visto nello stato di eccezione e nei conseguenti poteri emergenziali la principale risposta al problema della sicurezza. Ma è oggi sempre più condivisa l'opinione che il confine tra tempi normali ed eccezionali si vada assottigliando e, di conseguenza, quello tra legislazione ordinaria e straordinaria<sup>89</sup>. In effetti, le misure eccezionali introdotte davanti a particolari minacce o emergenze hanno una ben documentata tendenza ad essere normalizzate. Sebbene la loro introduzione sia spesso controversa e giustificata solo dal bisogno di scongiurare rischi catastrofici, una volta che diventano legge vengono accettate e, nel tempo, filtrano nel diritto penale quotidiano, e così la loro applicazione a gruppi pre-individuati e percepiti come particolarmente pericolosi serve da cuneo per una successiva applicazione generalizzata<sup>90</sup>. Ed è forse proprio il concetto di sicurezza ad aver rappresentato la principale figura argomentativa di facilitazione dell'abbassamento del muro che separa i tempi normali da quelli eccezionali e le misure di emergenza dalla

---

<sup>87</sup> V. ancora RAMSAY,, *ult. op. cit.*, 184-211.

<sup>88</sup>ERICSON, *Crime in an insecure world*, Polity, 2006, 214.

<sup>89</sup> Così anche GROSS, *Once More unto the Breach*: *The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies*, in *Yale Journal of International Law*, 23, 437-501, 1998; Id., *The Normless and exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the "Norm-Exception" Dichotomy*, in *Cardozo Law Review*, 21, 1825-1860, 2000.

<sup>90</sup>ZEDNER, *Security, the State and the citizen: the changing architecture of crime control*, in *New criminal law review*, vol. 13, n. 2 -2010, 394.

legislazione ordinaria. La risposta agli attacchi terroristici dall'11 settembre in poi, ad esempio, non è stata una dichiarazione dello stato di emergenza, ma un'estensione della legislazione penale esistente che ha condotto alla normalizzazione dello stato di eccezione, che a sua volta ha contribuito alla dilatazione del concetto di sicurezza e al ridimensionamento, o addirittura al rovesciamento, del principio di *extrema ratio*<sup>91</sup>.

Questo stato di insicurezza ribalta l'opinione sulla sovranità del Leviatano: per HOBBS, la vulnerabilità ontologica e la conseguente diffidenza fanno parte dello stato di natura; ma poiché non viviamo nello stato di natura, dobbiamo concludere che porre a premessa delle iniziative legislative in materia penale il fatto che il cittadino sia un soggetto che si sente intrinsecamente vulnerabile alla vittimizzazione criminale significa riconoscere che egli non crede che le leggi esistenti abbiano un effetto preventivo sufficiente. Lo stato di insicurezza si presenta come un paradosso del potere statale che pretende legittimità sulla base della propria carenza di potere. È certamente una visione pessimistica, che ha comportato un effetto demoralizzante ed una corrosione delle precondizioni dell'ordine sociale, ma che forse ben descrive la struttura sociale che deriva dalla recente esperienza della democrazia liberale<sup>92</sup>.

In conclusione, lo stato di insicurezza sarebbe repressivo in quanto politicamente debole, e pertanto il problema starebbe non tanto nella riforma del diritto penale, quanto nei *fondamenti* dello stato di insicurezza. L'ideologia dell'autonomia vulnerabile trasforma il rischio che i consociati rappresentano gli uni per gli altri in una sorta di obbligazione di assicurarsi; questa accettazione, o incertezza prefabbricata, estende la logica intrinseca del paradigma dell'autonomia reale ben oltre le circostanze storiche che l'hanno prodotta. Una volta che il governo liberale ha assunto il compito di gestire il rischio nel nome dell'autonomia reale, comincia a socializzare il rischio, implicitamente responsabile di mettere tutti i comportamenti sociali sotto controllo. La vita sociale comincia ad apparire un sistema in cui tutti i danni causano costi sociali. E dal momento che quasi ogni

---

<sup>91</sup> Cfr. TUORI, "Ultima Ratio as a Constitutional Principle", in *Ultima Ratio, a principle at risk. European Perspectives, Oñati Socio-Legal Series*, v. 3, n. 1 (2013).

<sup>92</sup> V. ancora RAMSAY,, *op. cit.* 212-233.



condotta rappresenta un rischio potenziale per qualcuno, il governo è chiamato a controllare ciascuna di esse.

#### 4. Sicurezza e diritto penale

Tradizionalmente, la questione della sicurezza ha rilevato in materia penale solo relativamente ad alcune categorie di illecito, e in particolare i *crimina lesae maiestatis* o, più di recente con il terrorismo. Oggi, però, sembra riguardare diversi fenomeni della vita sociale che finora avevano fatto a meno del diritto penale e che oggi sembra, invece, ne abbiano bisogno perché ne sia garantito un funzionamento ottimale o, comunque, adeguato alle aspettative dei decisori politici e dell'opinione pubblica. Mentre il concetto di sicurezza si legava, in origine, a leggi speciali o all'ordine pubblico, oggi quasi ogni settore della legislazione penale può essere inquadrato da questa visuale, ovvero secondo l'idea di garantire che determinati beni giuridici, prima che da eventi aggressivi, siano preservati da possibili attacchi e aggressioni: si parla perciò non più e solo di sicurezza pubblica o dello Stato, ma di sicurezza del lavoro, dei prodotti, dei mercati, di sicurezza urbana, informatica, alimentare ecc. In fondo, ogni argomento potrebbe essere inquadrato dall'angolo visuale della sicurezza, vale a dire della garanzia delle condizioni affinché determinati beni giuridici possano essere preservati da attacchi e aggressioni prima ancora che da eventi lesivi<sup>93</sup>.

Vi sono certamente molti reati che mettono in pericolo la sicurezza dello Stato e delle sue strutture, ovvero la sicurezza dei cittadini, tra cui la contraffazione, le frodi doganali, l'immigrazione illegale e i falsi documentali, che si situerebbero però, per così dire, alla periferia di questo campo; per converso, avrebbero un rilievo centrale criminale come quelli di attentato, che minano il corretto funzionamento del governo e delle sue articolazioni, in modo distruttivo o anche solo di disturbo, nonché il terrorismo e tutte le forme di violenza contro civili perpetrate per motivi politici. Queste partizioni consentirebbero, inoltre, di individuare e distinguere varie possibili tipologie di delinquenti: quelli che, in

---

<sup>93</sup>DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit. 11.

senso debole, potremmo chiamare i professionisti o i colletti bianchi dei crimini contro la sicurezza e, dall'altro lato, i criminali violenti<sup>94</sup>.

Quanto più ci si va accorgendo che molti rischi sono inevitabili, tanto più cresce l'ansia di controllarli. Il diritto penale si attegga così a diritto di difesa dai pericoli, facendo della produzione e del mantenimento della sicurezza il suo scopo immediato. Viviamo, in fondo, in una fase di disorientamento normativo, in cui l'erosione delle norme sociali porta ad avanzare pretese eccessive nei confronti del sistema penale<sup>95</sup>, in un clima di sempre maggiore insicurezza e sfiducia verso la capacità dell'ordinamento di riequilibrare la situazione.

Il diritto penale del rischio, quale *pendant* penalistico del concetto sociologico di società del rischio pone, però, questioni assai complesse, a cominciare dalla stessa vaghezza concettuale del termine rischio. E devocain particolare, da un lato, le note problematiche dibattute nella teoria generale del reato e dei suoi condizionamenti da parte dell'evoluzione tecnico-scientifica e, dall'altro, più recenti problematiche tipiche della *Risikogesellschaft*. È in particolare a quest'ultimo tipo di fenomeni che si riferisce il dibattito teorico sul c.d diritto penale del rischio, un concetto invero capace di abbracciare tutti i fenomeni più minacciosi che provocano oggi ansia e paure collettive, non solo in termini di rischiosità oggettivamente misurabili con criteri empirici ma soprattutto a livello di sentimenti ed emozioni diffuse, dando così copertura a tutti gli obiettivi strumentali di una politica criminale opportunisticamente incline a strategie di rassicurazione anche solo simbolica<sup>96</sup>.

Tale evoluzione riguarda, a ben vedere, il sistema penale in ogni sua parte, o meglio, la società nel suo complesso. Questa, infatti, non riuscendo ad individuare strumenti di controllo adeguati a rischi che percepisce come non dominabile

---

<sup>94</sup>Per quanto grossolana, anche tale dicotomia permetterebbe di meglio comprendere le radici di queste forme di criminalità e, forse, rafforzare la capacità di risposta dell'ordinamento: così CREEGAN, *National Security Crime*, in *Harvard National Security Journal*, 2012, vol. 3, 374-402, che propone di trattare il c.d. diritto penale della sicurezza come un campo di studi coeso, affrontando le similarità criminologiche e operative dei reati che compromettono la sicurezza mediante un approccio che sia al contempo compartimentalizzato ed interdisciplinare.

<sup>95</sup>HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in DONINI, PAVARINI, *op. cit.*, 70.

<sup>96</sup> Così FIANDACA, *Appunti sul pluralismo dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, in *La corte d'Assise*, 1/2011, 74-81.

distruttivi, mostra sempre maggior propensione a punire laddove sia anche soltanto possibile, secondo uno schema di giustizia penale orientato alle conseguenze che rende il diritto penale uno strumento di disciplina e controllo sociale, e volto al raggiungimento di conseguenze vantaggiose e l'impedimento di quelle svantaggiose<sup>97</sup>. La sicurezza è, dunque, il *passe-partout* mediatico di tutte le possibili misure di lotta contro tutti i fenomeni temuti dalla massa di cittadini, che tendono ad autoconsiderarsi potenziali vittime di ogni sorta di fenomeno criminale e, in questa accezione molto ampia, diventa sinonimo di una sorta di ordine pubblico ideale<sup>98</sup>.

Il paradigma preventivo inserisce il diritto penale in un sistema di produzione e conservazione della sicurezza, rendendolo così uno strumento di lotta ai problemi e di dominio dei rischi, con una funzionalizzazione che sfuma i confini dell'illecito penale tipico ed elimina le differenze tra colpevolezza e pericolosità<sup>99</sup>. Si sposta, quindi, l'accento delle incriminazioni dall'evento al pericolo, dagli atti preparatori agli accordi, dalla colpa al rischio, dai beni da proteggere al disvalore d'azione, dal fatto offensivo alla pericolosità degli autori. Lo strumento penalistico risulta, da questo punto di vista, a basso costo, e si presta ad essere impiegato per tranquillizzare la paura, ancor prima che neutralizzare i rischi. Ciò non sorprende se si considera che, di tutti i rami dell'ordinamento, il penale è certo quello più segnato da tendenze irrazionali e da bisogni di controllo dell'irrazionale<sup>100</sup>.

Ma se anche la percezione della sicurezza gioca un ruolo fondamentale nella costruzione di un sistema penale securitario, va pur detto che il diritto penale non può tutelare il sentimento della sicurezza né, forse, nessun sentimento, ma solo diritti, situazioni, interessi o condizioni di sicurezza allocate in regole, procedure, cautele<sup>101</sup>.

Tra la crisi dello Stato sociale e l'emergere della questione sicurezza non vi è solo coincidenza temporale, ma un collegamento strutturale, che ci porta a

---

<sup>97</sup>*Ibidem*, 60-61.

<sup>98</sup>DONINI, *op.ult. cit.*, 17.

<sup>99</sup>*Ibidem*, 30-32.

<sup>100</sup>DONINI, *op.ult. cit.*, 12.

<sup>101</sup>*Ibidem*, 25, dove si chiarisce che, anche in chiave oggettiva il concetto di sicurezza presenta un valore giuridico-penale molto modesto.

considerare, accanto all'aumento del crimine e la maggiore sofisticatezza dello stesso, anche l'obsolescenza dei meccanismi informali di controllo sociale. Lo sviluppo verso il *welfare state* è stato descritto come uno spostamento dal paradigma del diritto liberale a un diritto sociale, che avrebbe sviluppato nuove tecniche di padroneggiare gli incidenti e riconoscere le cause di certe miserie in modo più approfondito di quanto non avesse fatto il liberalismo; ma la svolta sociologica avrebbe comportato anche una nuova prospettiva sulla criminalità, inquadrabile come un problema di regolazione per la protezione della società<sup>102</sup>, contribuendo anche a diffondere l'idea che una maggiore giustizia sociale sarebbe capace di ridurre il tasso di criminalità<sup>103</sup>. Ciononostante, sembra che in Europa si inverta spesso il ragionamento ritenendo, piuttosto, che una più dura repressione del crimine potrebbe garantire una maggiore stabilità del sistema economico-sociale propugnato dall'Unione. Ma la crisi del *welfare* è anche correlata alla crisi della rappresentanza politica, agevolando il passaggio da una democrazia rappresentativa ad una democrazia d'opinione, in cui si inserirebbe con facilità la narrativa securitaria. L'insicurezza e il panico sociale sono, infatti, risorse capaci di produrre ordine sociale e politico; in particolare, a un ordine costruito sulla promessa di sicurezza sociale, si riesce a sostituire un ordine che, in modo circolare, si alimenta della stessa paura che contribuisce a generare: la produzione di ordine attraverso l'insicurezza e la paura crescenti confida, in fondo, nella sola forza della criminalizzazione diffusa e di massa<sup>104</sup>.

Questo nuovo paradigma si fonda sull'idea di poter individuare, prevenire e neutralizzare qualsiasi rischio sociale come rischio criminale e quindi nel criminalizzare ogni livello e ambiente pubblico e privato della vita sociale e, correlativamente, il protagonismo politico della vittima di reato costituisce un dispositivo di produzione di ordine estensibile a tutti, in quanto vittime potenziali.

---

<sup>102</sup> Cfr. EWALD, *L'État Providence*, Grasset, Paris, 1986, *passim*.

<sup>103</sup> Cfr. PAVARINI, *Controlling social panic: questions and ansies about security in Italy at the end of the millennium*, in BERGALLI, SUMMER, *Social control and political order, European perspectives at the ebd of the century*, Sage, Londra, 1997, 79 e 88.

<sup>104</sup> SIMON, *Governig through crime. How the war on crime transformed amaerican democracy and created a culture of fear*, Oxford, 2007, *passim*.

È, in un certo senso, come se il bisogno di sicurezza sociale insoddisfatto producesse una domanda sociale di sicurezza, cui si cerca di rispondere attribuendo ancora più valore al sistema penale in un circuito di autoreferenzialità meramente simbolica<sup>105</sup>. E la conseguente emersione di un nuovo modello di rappresentanza politica si ha a tutti i livelli di governo; a ben vedere, infatti, quello che possiamo osservare oggi non è tanto uno Stato (nazionale) penale, quanto una società penale.

Le politiche criminali securitarie avrebbero, dunque, guadagnato terreno presentandosi come un adattamento del diritto penale alle esigenze della società del rischio. Così una visione fortemente ideologica, che tende a riportare nell'alveo della prevenzione della delinquenza tutti i fenomeni sociali produttivi di effetti negativi a medio e largo raggio, sostituirebbe il modello classico di diritto penale garantista con uno che potremmo denominare "di sicurezza" - rinunciando anche a considerare la risocializzazione e la giustizia riparativa quali alternative valide<sup>106</sup>.

Il dibattito sul diritto penale della società del rischio prende le mosse dalla constatazione di nuove realtà sociali, come la generalizzazione di rischi riconducibili a nuove tecnologie per cui mancano conoscenze adeguate.

Il *topos* della società del rischio<sup>107</sup> evoca la condizione umana nella società post-moderna, segnata dal passaggio da una società dei fatti, imperniata su un collaudato sistema di saperi capaci di governare le conseguenze dell'agire umano, ad una società della possibilità, contraddistinta dalla paralizzante ambivalenza di non riuscire a prevedere, prevenire e governare i rischi che essa stessa produce<sup>108</sup>. Per tutta risposta, la politica criminale avrebbe ampliato l'ambito degli

---

<sup>105</sup> Cfr. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in DONINI, PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, 44-46.

<sup>106</sup> Così DIEZ RIPOLLÉS, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, in BACIGALUPO, CANCIO MELIA, *op. cit.*, 242, che propone in alternativa un modello penale "welfarista".

<sup>107</sup> Sul punto v. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. Main, 1986, trad. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

<sup>108</sup> Non va, tuttavia, sottovalutato il fatto che la grammatica dell'incertezza è manipolabile da chi mira a negare o enfatizzare i rischi: il rischio non è un dato di fatto, non esiste in sé, ma è mediato, alimentato e manipolato; è una variante incerta proiettata nel futuro e nel contempo un prodotto

interventi di criminalizzazione, e il continuo ricorso allo strumento penale avrebbe determinato la necessità di adattare le categorie dogmatiche alle nuove esigenze di flessibilizzazione del sistema di imputazione della responsabilità, nonché di ridurre le garanzie per adeguare l'effettività della giustizia penale alle aspettative dell'opinione pubblica. Ne risulta un diritto penale in cui predominano i reati ostativi e di tutela delle funzioni e, in genere, i delitti di mera condotta e di pericolo astratto, a discapito dei reati di danno e di pericolo concreto. Dal punto di vista della tipicità, se il crescente ricorso alla tecnica di tutela del pericolo astratto permette di non verificare un danno per la vittima, fondando la punibilità sul fatto che l'autore si sia reso colpevole di una condotta pericolosa, così alleggerendo la prova del fatto, conduce, di contro, ad uno scolorimento dell'illecito penale e della colpevolezza<sup>109</sup>. Si aprono, inoltre, nuove prospettive di applicazione del principio di precauzione - come alternativa più lasca alla concreta pericolosità della condotta - e, più in generale, sitende ad anticipare la soglia di punibilità, colpendo comportamenti prima eventualmente regolati solo dal diritto civile o amministrativo.

Il dibattito sulla legittimità dell'intervento penale per controllare nuovi rischi contrappone chi ammette solo un diritto penale minimo (denominato anche classico o nucleare: il *Kernstrafrecht* dei tedeschi) e chi accetta anche un ampio uso del c.d. diritto penale accessorio (*Nebenstrafrecht*); quest'ultimo costituirebbe, in certa misura, l'evoluzione della legislazione penale complementare alle fattispecie codicistiche, considerate principali, e sarebbe "accessorio" in quanto interverrebbe in settori che siano già oggetto di regolamentazione amministrativa. La distinzione col diritto penale nucleare, quindi, sarebbe sia formale, in base alla tecnica di collocazione legislativa, che sostanziale. Quest'ultimo, coincide con le fattispecie di lesione di beni giuridici altamente personali, mentre il diritto penale accessorio protegge beni superindividuali, principalmente mediante fattispecie di pericolo e leggi penali in bianco.

A ben vedere, il concetto di rischio si colloca al centro della discussione sulla tutela da apprestare rispetto alle possibili conseguenze dannose collegate alla

---

della coscienza trasmesso attraverso argomentazioni, come sottolineato anche da PIERGALLINI, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in DONINI, PAVARINI, *op. cit.*, 327-330.

<sup>109</sup>HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in DONINI, PAVARINI, *cit.*, 62 ss.

sempre più rapida evoluzione tecnologica. Tale concetto avrebbe, però, determinato una progressiva e più generale ridefinizione delle categorie penalistiche, finendo col rilevare nei più disparati settori della legislazione penale - come i reati domestici, sessuali, la delinquenza patrimoniale classica e moderna, terrorismo e narcotraffico. Parallelamente, la dialettica “noi/loro”, dapprima caratterizzante il discorso sulla lotta alla criminalità dei potenti<sup>110</sup>, sarebbe penetrata anche in quello sulla repressione penale dei marginalizzati.

Vi è stato, anche in tempi recenti, un grande sviluppo di politiche criminali volte ad escludere coloro che già si trovano ai margini della società, ovvero coloro che “mancano di rassicurare” (*fail to reassure*) i concittadini<sup>111</sup>. Invero, un tale concetto escludente di cittadinanza ha radici storiche molto profonde che affondano già nel pensiero di ROUSSEAU, secondo cui dal momento che ogni malfattore attacca il diritto della società, diventa per suo atto, un ribelle e un traditore del paese e, violando le sue leggi, cessa di essere suo membro, gli dichiara guerra; così che la preservazione dello Stato è incompatibile con la sua preservazione; l'uno o l'altro devono perire e quando l'uomo colpevole è messo a morte, è più un nemico che un cittadino<sup>112</sup>. In effetti, vi è una persistente tendenza, sia tra i pratici che i tra i teorici, a considerare la questione criminale in terza persona, come qualcosa che “noi” dobbiamo fare con “loro”<sup>113</sup>, esacerbata dalla crescente domanda di protezione pubblica della maggioranza dei cittadini osservanti delle leggi<sup>114</sup>, e

---

<sup>110</sup>L'emersione di sempre nuovi interessi sociali di categoria (ambientalisti, femministe, consumatori, etc.), avrebbe determinato una prima forma di identificazione di massa con la vittima del reato e la richiesta la perseguire con maggiore lena i reati commessi dai soggetti socialmente o economicamente privilegiati, così contribuendo ad una ideale preminenza del diritto penale sopra gli altri strumenti giuridici. È interessante notare come, secondo alcuni, anche le iniziative penali dell'Unione europea si inserirebbero nel solco della delinquenza della globalizzazione e quindi, in un certo senso, nella lotta alla criminalità dei potenti: così, ad es., DIEZ RIPOLLÉS, *op. ult. cit.*, 254.

<sup>111</sup> Secondo la terminologia di RAMSEY, *op. cit.*, *passim*.

<sup>112</sup> Come evidenziato da ZEDNER, *Security, the State and the citizen: the changing architecture of crime control*, in *New criminal law review*, vol. 13, n. 2 -2010, 389-391.

<sup>113</sup> Come osserva DUFF, *Inclusion and exclusion: citizens, subjects and outlaws*, 51 *Current Legal Problems*, 241 (1998), 243.

<sup>114</sup> Secondo PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in DONINI, PAVARINI, *cit.*, 44-46, si pone oggi una nuova questione etico-politica della meritevolezza sociale alla tutela dei diritti, segnata da un'inversione funzionale dei criteri di accesso alla sicurezza dei diritti operati dallo stato

cavalcata da una politica che, ignorando la normalità storica e sociologica della delinquenza, adotta un atteggiamento e un lessico guerresco, in particolare nella legislazione di fonte europea<sup>115</sup>. Tale combinazione tra diritto penale di lotta ai potenti e diritto penale di lotta agli esclusi avrebbe dato vita ad un vero e proprio modello penale “della sicurezza” generalizzato, sebbene in tal modo si finiscacol trattare congiuntamente fenomeni reali diversi (i rischi tecnologici e alcuni gruppi considerati pericolosi) solo in ragione della ampiezza semantica dei termini *rischio* e *sicurezza*, che non sembra peraltro dare buoni frutti dal punto di vista analitico<sup>116</sup>. Il rischio, infatti, si presenta come nozione socio-giuridica a livello di *ratio decidendi* del progetto legislativo e come nozione tecnico-giuridica nei reati di evento per la ricostruzione della colpa e della causalità. Ciò che principalmente lo distingue dal concetto contiguo di pericolo è che, a differenza di quest’ultimo, riguarda contesti che si situano a monte dell’organizzazione sociale, ancor prima del sorgere di situazioni concretamente pericolose<sup>117</sup>.

Le nozioni di sicurezza e di rischio sono divenuti concetti centrali e pervasivi del discorso penalistico contemporaneo, oltre che di quello sociologico e politico. Il *topos* proteiforme e ormai concettualmente incontrollabile della sicurezza (*rectius*, della diminuzione del rischio) sta alla base delle ricorrenti politiche legislative della modernità penalistica, poiché garantisce elevate prestazioni in termini politici e mediatici e bassissimi costi di esercizio, attraversa molti settori della politica criminale moderna, quale nozione giuridicamente talmente liquida da poter essere

---

sociale, in cui il paradigma della meritevolezza di esclusione occupa il posto di quello della meritevolezza d’aiuto.

<sup>115</sup> Come sottolinea anche GOMEZ-JARA, *Enemy combatants versus enemy criminal law*, 11 *N. Crim. L. Rev.* 529, 558 (2008).

<sup>116</sup> Così DIEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, 254, che ribadisce ugualmente la differenza tra il rischio tecnologico e non tecnologico ovvero tra sicurezza tecnologica e sicurezza pubblica; diversamente, tenta di elaborare un concetto generalizzato di rischio, utile a determinare la rilevanza penale dei comportamenti che ledono i beni giuridico penali, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo y política criminal: la selección de bienes jurídico penalmente protegiblea traves del concepto de riesgo sistémico*, in AGRA, DOMINGUEZ, GARCIA AMADO, HEBBERECHT, RECASENS, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, 2003, 91-94.

<sup>117</sup> DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, *cit.*, 22-23.



evocata in un ventaglio di situazioni che va dal terrorismo internazionale allo yogurt scaduto.

Sicurezza è una parola vischiosa, che percorre indifferenziata il nuovo e conflittuale ordine neocorporativo - sicurezza dei lavoratori, dei risparmiatori, dei consumatori, delle donne, etc. – e che non riesce neppure a lambire la già incerta definibilità degli interessi sovraindividuali, funzionali, strumentali, che hanno contribuito alla progressiva erosione della funzione critica del bene giuridico. È pur vero che anche il più tradizionale concetto di ordine pubblico - nella sua versione “ideale” - è un concetto fluido e inafferrabile, anzi un ripostiglio (*rumpelkammer*) di concetti in cui collocare quanto il legislatore e l'interprete stentano a sistemare, ma tale ultimo concetto corrisponde, pur sempre, ad una ben chiara visione etica e “statalista” della tutela penale, rivolta essenzialmente all'integrità di un dato sistema normativo in quanto tale. Pertanto, l'analogia trala sicurezzael'ordine pubblico ideale si arresta alla comune incapacità connotativa, inquanto la prima si allontana dall'esigenza di tutela dello Stato e dell'ordine normativo dato, essendo una dimensione che appartiene alla comunità, alla società, più che ad un certo apparato istituzionale<sup>118</sup>. Considerare la sicurezza come oggetto di tutela in quanto tale, quindi, rappresenta il congedo definitivo dal paradigma del bene giuridico, passaggio finale di una sequela disgregante della materialità dell'illecito penale.

Tale processo sarebbe stato determinato dalla creazione di meta-beni con substrato materiale, poi dalla creazione di beni artificiali a substrato socio-politico, e infine dalla creazione di beni immaginari quali, appunto, quello che ci occupa. Questo avrebbe determinato la rivisitazione della funzione del bene giuridico, da limite a fondamento, e fatto concepire la sicurezza quale macro-bene tendenzialmente attrattivo di ogni forma di tutela avanzata del diritto penale contemporaneo. Ma, se assunto a oggetto di tutela penale, il concetto di sicurezza configura un bene giuridico “abusivo” per due ragioni. La sicurezza può infatti essere il fine dell'ordinamento - e non un valore sociale pre-dato, e in questo caso rappresenta non la base dell'ordinamento, ma il suo scopo; in alternativa, la

---

<sup>118</sup> Così INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, in DONINI, PAVARINI, *cit.*, 200-203, secondo cui sarebbe proprio nel solco della sicurezza che si iscrive anche la trasformazione politica della comunità europea, in funzione di garanzia di tale bene mediante la legislazione penale.

sicurezza può essere il fondamento che legittima l'intero sistema, e in questo caso non può essere oggetto di un distinto "sottosistema", dando altrimenti vita ad un autopoiesi, a un sistema che produce la sua legittimazione attraverso ciò che deve essere legittimato. Ma, proprio come viene oggi sociologicamente pre-definito e trasferito (senza un'adeguata mediazione) nel processo di giuridicizzazione, il *topos* della sicurezza fomenta, appunto, questo particolare paradosso; così la concezione critica della politica criminale incappa in un cortocircuito ideologico in cui, fornendo il salvacondotto indispensabile alla sicurezza per legittimarsi come bene giuridico, neutralizza la propria funzione ermeneutica e sistematica. La sicurezza è certamente una categoria teoreticamente riconoscibile e legittima, ma è una categoria sociologica, non giuridica e non giuridicizzabile. Come tale, è sempre necessariamente bidimensionale: dimensione oggettiva (sicurezza reale) e soggettiva (sicurezza percepita o sentimento di sicurezza). Tali due dimensioni non sono separabili, o gerarchizzabili e interagiscono tra di loro. E tuttavia un bene giuridico può essere tutelato solo nella dimensione oggettiva. La conseguenza di tale bidimensionalità è che la protezione penale della sicurezza non è una tutela di oggetti predefiniti ma piuttosto un perseguimento di fini *in fieri*, che sfuma i confini tra diritto penale - che tutela beni sufficientemente consolidati - e diritto amministrativo - che persegue, dinamicamente, fini pubblici.

Per queste ragioni, al di là delle implicazioni ideologiche e politiche nel suo uso politico-criminale, dal punto di vista categoriale la sicurezza, assunta come oggetto di tutela penale è, in realtà, un macroconcetto declinabile in una pluralità di aspetti, per così dire "speciali" rispetto al *genus*; sfruttando i predicati di volta in volta attribuiti al bene in questione, l'attenzione può quindi concentrarsi sulla specialità singolarmente considerata<sup>119</sup>.

Sembra quindi che le c.d. politiche della sicurezza costituiscano poco più che politiche di assicurazione, che assegnano al diritto penale funzioni meramente simboliche. Risultano, perciò, evidenti, sul piano della riflessione giuridica e politologica, i contorni drammatici che assume il rapporto dialettico sicurezza/libertà, considerato che non possiamo mai sapere se il diritto penale produca più sicurezza, mentre sappiamo per certo che la sicurezza produce più

---

<sup>119</sup> Così PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, in DONINI, PAVARINI, *op. cit.*, 301-311.

diritto penale<sup>120</sup>. Anche a voler considerare la sicurezza come un legittimo obiettivo sociale<sup>121</sup>, nell'impiegare direttamente il diritto penale per il suo raggiungimento, si deve tenere conto dei sensibili stravolgimenti che ne potrebbero conseguire per quest'ultimo, considerando attentamente le relative potenzialità di riorganizzazione del sistema giuridico. Ma, a monte, non si dovrebbe ridurre il diritto penale ad un meccanismo sociale finalizzato a mettere in sicurezza la *governance*, escludendo *a priori* approcci normativi alternativi, ovvero considerarlo semplicemente uno strumento di sicurezza, senza fargli così perdere gran parte delle sue caratteristiche primarie quale *corpus* di garanzia. Senza contare che la sua tradizionale organizzazione intorno a principi normativi e categorie giuridiche lo rendono non facilmente adattabile ad un'ideologia securitaria e prevenzionista. Infatti, mentre, in generale, la prevenzione guarda al futuro, il diritto penale si occupa di azioni compiute nel passato e non dovrebbe, in via di principio, disciplinare le conseguenze di azioni non ancora commesse, dovendosi ritenere dominante, nell'accertamento della responsabilità, la prospettiva del reo. Se il giudice dovesse, invece, prendere in conto anche le manifestazioni esterne del rischio relativo alla condotta analizzata, si avrebbe, in certa misura, un trasferimento normativo degli eventi e dei fenomeni dall'area del pericolo a quella del rischio, e si considererebbe la responsabilità in termini di riprovevolezza della condotta.

Diverse sono le prospettive dottrinali che tentano di rispondere alla domanda sociale di sicurezza. Tra queste, il c.d. diritto penale del nemico (*Feindstrafrecht*) ha finito con l'assumere un posto di rilievo. Tale teorizzazione, elaborata da JAKOBS<sup>122</sup>, indica quella parte del diritto penale che non dovrebbe seguire le norme del tradizionale *Bürgerstrafrecht* (diritto penale dei cittadini) nel perseguimento della sicurezza contro coloro che rappresentano una pericolosa e persistente minaccia, e presenta tre caratteristiche principali: tende a punire in

---

<sup>120</sup> Così CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del penale nella giurisprudenza della Cassazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

<sup>121</sup> Senza contare che, dal punto di vista della teoria del bene giuridico, la sicurezza rimane, per molteplici ragioni, un concetto altamente problematico: anzitutto in quanto bene "diffuso"; poi perché ambiguo nella sua relazione col sistema dei diritti; infine in quanto è un concetto sistematico, come rilevato anche da NUOTIO, *Security and Criminal Law*, cit..

<sup>122</sup> JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, 97 *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985.

modo prospettivo, così da prevenire danni futuri, tende ad imporre sanzioni sproporzionate in nome della sicurezza, e nega o affievolisce le garanzie procedurali. Anche se un tale modello sembrerebbe essere pensato per caratterizzare solocerti settori, come la legislazione antiterrorismo, in realtà molte aree del diritto penale possono presentare queste caratteristiche, che fanno dei re non dei cittadini ma solo delle fonti di pericolo. JAKOBS stesso ha ulteriormente sviluppato il concetto non solo come descrittivo di un particolare sviluppo del diritto penale, ma come legittimazione o norma prescrittiva fondata sul diritto alla sicurezza (*Grundrecht auf Sicherheit*)<sup>123</sup>. Fenomeni etichettabili come diritto penale del nemico sono di fatto presenti nella realtà effettuale, indipendentemente da una teorizzazione esplicita o una piena legittimazione e, più in generale, va riconosciuto come uno dei volti fondamentali del diritto penale sia effettivamente quello di strumento di lotta al crimine. Nella teorizzazione di JACOBS, però, si distingue il criminale, che nonostante l'atto di disobbedienza non rinnega il contratto sociale o l'autorità sovrana, dal nemico, il quale col suo comportamento nega la stessa legittimità dell'autorità sovrana. Evidentemente tale questione non è un problema meramente definitorio, ma di sostanza: si tratta di capire fino a che punto ci si possa spingere nella rinuncia alle garanzie per una più efficace tutela penale<sup>124</sup>. Il diritto penale del nemico ruota, in particolare, intorno all'idea di eccezionale pericolosità di un certo tipo di autori, per i quali soltanto la reclusione costituirebbe una pena efficace<sup>125</sup>, e che impone di intervenire prima che si profili un danno o un pericolo determinato, anticipando la punibilità ad atti meramente preparatori, alla fase di progettazione, o assimilando la partecipazione ad un'organizzazione criminale alla commissione di atti tramite tale struttura, e solo

---

<sup>123</sup>JAKOBS *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004.

<sup>124</sup> Per quanto riguarda l'individuazione di possibili manifestazioni del diritto penale del nemico, è possibile fare ricorso ad alcuni indicatori eso-penalistici e endo-penalistici. Tra i primi, il contesto politico, i rapporti tra diritto e morale e identità culturale, la percezione sociale del crimine; tra i secondi, le finalità di tutela delle fattispecie e gli scopi e funzioni delle pene, il rapporto tra fatto e autore, il carattere ordinario o emergenziale della legislazione: così FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in GAMBERINI, ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, 2007, 179-183.

<sup>125</sup> A ben vedere, una tale prospettiva sembra caratterizzare, in certa misura, anche l'atteggiamento dell'Unione europea, che sembra avere infatti una netta predilezione per le pene detentive.

tale diritto penale “di guerra” potrebbe impedire la contaminazione del diritto penale dei cittadini<sup>126</sup>. Criminali politici e criminali organizzati, in particolare, ben impersonano tipologie d'autore che attentano ai fondamenti stessi dello Stato e della società, per cui potrebbero guadagnarsi l'etichetta di nemici; tuttavia, sebbene in forma più sfumata, può essere percepito socio-psicologicamente come nemico chiunque aggredisca a vario titolo beni o valori-tabù, dotati di rilievo centrale per la prevalente sensibilità collettiva contemporanea. Pertanto la prospettiva del diritto penale del nemico, specie se vista nell'insieme delle diverse possibili forme di manifestazione, non sembra una fenomenologia giuridica suscettibile di precisi inquadramenti dogmatico-sistematici, e ripropone il più generale problema della traduzione giuridica dei significati ambigui che certe forme di criminalità assumono sul piano della percezione sociale, tanto più in un contesto culturale in cui sembriamo avvertire con intensità crescente l'impotenza dei concetti tradizionali<sup>127</sup>. Questa è certamente una prospettiva che va oltre gli ordinari presupposti del rispetto della legge, della scelta di comportamento razionale e delle istanze di riabilitazione, per la quale le ascendenze kantiane del diritto penale moderno, che pongono al centro il rispetto della persona, non sarebbero presupposti talmente rigidi da impedire al diritto penale di orientarsi alla sicurezza o ad una idea flessibile di *Rechtsstaat*, in quanto fenomeni sociali che necessitano di

---

<sup>126</sup>La costruzione di JAKOBS, dallo stesso collocata nel solco del contrattualismo, mostra chiare caratteristiche funzionaliste. Il punto di partenza è la constatazione che il concetto di persona non è originario, ma risulta attribuito all'individuo come prodotto della comunicazione interna al sistema sociale, e che tale attribuzione dipende dal grado di soddisfazione delle aspettative normative che l'individuo sia in grado di prestare: nel caso dei cittadini che delinquono occasionalmente, la pena serve a riaffermare la vigenza della norma violata così confermando l'identità sociale, disinteressandosi delle sue conseguenze preventive o di motivazione, che restano secondarie; nel caso di coloro che, per attitudine, stile di vita, o appartenenza a organizzazioni delittuose mostrano l'attitudine alla violazione ripetuta di norme, così svuotando ogni aspettativa normativa delle stesse, il sistema dovrebbe trattarli come nemici. La loro reintegrazione sociale non sarebbe possibile non potendosi nemmeno considerare membri della comunità. Si tratta, dunque, di un diritto penale incentrato sul tipo di autore più che sul tipo delittuoso, come osservato da CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo?*, in JAKOBS, CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, 2003, 88-102.

<sup>127</sup>FIANDACA, *op. ult. cit.*, 188-189 e 193-194.

essere adattati ai rischi e pericoli che la società si trova di volta in volta ad affrontare<sup>128</sup>.

A questa impostazione si contrapporrebbe quella normativista-costituzionale orientata alla tutela dei diritti e fondata sulla centralità della persona umana, per la quale la legittimità del diritto penale non deriva solo dai risultati che permette di conseguire, ma prende le mosse dal mutuo riconoscimento dei diritti degli individui, che fa da ponte tra la persona politica, il cittadino e il soggetto di diritto - sebbene il processo di trasformazione di un diritto penale liberale e orientato ai diritti in un diritto sociale orientato all'attuazione di politiche richieda il reperimento di diversi presupposti concettuali e comportamenti, inevitabilmente, dei cambiamenti strutturali<sup>129</sup>. E, a questo proposito, andrebbero attentamente considerati i fondamenti teorici e la legittimazione etico-politica del c.d. *globalismo giuridico* di matrice kantiana sostenuto e sviluppato da molti autori sul presupposto incontrastato che la dottrina dei diritti dell'uomo vanta un'universalità fondata sull'unità morale del genere umano: in fondo, proprio tale religione neo-illuminista crea, di fatto, nuovi "nemici" da combattere con l'arma della punizione<sup>130</sup>.

Una diversa prospettiva dottrinale sui problemi che pone l'attuale esigenza di sicurezza è il c.d. diritto penale di terza velocità, un modello per cui andrebbero distinti un diritto penale classico, un diritto amministrativo sanzionatorio (per la repressione di crimini economici e tecnologici) e un diritto penale più severo e meno garantista per la criminalità patrimoniale professionale, sessuale violenta o reiterata, organizzata, politica e terroristica, giustificando tale durezza, col fatto che i protagonisti di questi crimini negherebbero frontalmente i principi politici e socioeconomici che fondano il nostro sistema, e che solo così si potrebbe garantire effettività alla repressione senza rallentamenti e ostacoli legati alle garanzie.

Resta, naturalmente, un'altra via, ovvero quella di non creare alcun *corpus* autonomo, ma ridare, piuttosto, vigore al sistema delle misure di sicurezza e a

---

<sup>128</sup> Per approfondimenti v. JAKOBS, *An den Grenzen rechtlicher Orientierung: Feindstrafrecht*. In *Nullum Crimen Sine Scientia*. Jaan Sootak. Juura, Tallinn, 2008, 131-153.

<sup>129</sup> Sul punto v. più diffusamente NUOTIO, *Security and Criminal Law: The Difficult Relationship*, SHEININ (a cura di.), *Law and security - Facing the dilemmas*, Firenze, 2009.

<sup>130</sup> FIANDACA, *op. ult. cit.*, 193.

quelle di prevenzione, evitando di aprire la porta a un diritto penale autoritario e di esclusione sociale giustificato solo da una prospettiva politico-criminale di effettività a corto raggio, devastandone la struttura razionale del diritto penale a favore di una presunta dimensione pragmatica<sup>131</sup>.

Il paradigma preventivo, invero, inserisce il diritto penale in un sistema di produzione e conservazione della sicurezza rendendolo così uno strumento di lotta ai problemi e di dominio dei rischi<sup>132</sup>. E invero, in molti settori, il diritto penale viene oggi invocato non come mezzo di risoluzione preventiva di specifici conflitti sociali, ma come sistema di prevenzione generalizzata della conflittualità sociale, come strumento di socializzazione e vettore di stabilizzazione sociale<sup>133</sup>.

La tendenza a considerare il diritto penale come mezzo pedagogico per la popolazione, come mezzo di sensibilizzazione o di promozione produce come esito l'invasione di sfere e compiti dello Stato sociale che sono propri di altri rami del diritto e dell'organizzazione sociale<sup>134</sup>, e finisce per rivestire un ruolo non più di *extrema ratio*, ma di *unica ratio* per la soluzione dei problemi sociali. Il risultato della veste spiccatamente preventiva del diritto penale è, quindi, il suo utilizzo come mezzo di rafforzamento del governo della società e la conseguente accettazione del rischio di realizzazione deficitaria e del declino verso una funzione simbolica.

Per contrastare i problemi che questo uso del diritto penale comporta tanto sul piano dell'effettività che della legittimità, vi sono, come evidenziato, diverse possibili risposte, ma appare comunque imprescindibile un più solido ancoraggio dei beni giuridici alla realtà e alle scienze empiriche già nella fase di criminalizzazione delle condotte, tanto più ove tali scelte realizzino un'anticipazione della tutela, verificando attentamente l'offensività della condotta e la necessità della sanzione. Le tecniche per la razionalizzazione dell'intervento penale, poi, possono essere di diverso tipo. In questo senso, il primo e più efficace

---

<sup>131</sup>Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, , 245-251 e 267-276, secondo cui il diritto penale sarebbe incapace di prevenire e neutralizzare tutti i nuovi rischi, e la preoccupazione principale dovrebbe essere, pertanto, quella di evitare che diventi un mero strumento simbolico di educazione sociale.

<sup>132</sup>HASSEMER, *Sicherheit durch strafrecht*, in *Strafverteidiger*, 2006, 325 ss.

<sup>133</sup>PALIERO, *L'autunno del patriarca*, 1228.

<sup>134</sup>BRICOLA, *tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Aa. Vv., Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, 46.

limite ad un'espansione incontrollata del penale risiede in una seria meditazione su modifiche, depenalizzazioni e abrogazioni, nonché sulla genesi di nuovi illeciti, e molto utile sarebbe anche uno sforzo di tipizzazione di alcune fondamentali categorie penalistiche.

Nonostante le critiche che possono essere mosse all'attuale tendenza del sistema a contravvenire ad alcuni dei più importanti assunti del modello liberal-garantista, va però preso atto che il diritto penale si evolve attraverso fasi; e che nelle ultime tre o quattro decadi esso è stato interamente permeato dall'enfasi sulla sicurezza nazionale, e tale paradigma securitario ha influenzato il modo in cui si scrivono e si interpretano le norme e modificato l'atteggiamento verso l'accertamento della responsabilità e gli obiettivi della giustizia penale. In particolare, l'obiettivo assorbente del sistema sembra essere diventato la protezione dello (se non la promozione di uno) stile di vita (dal terrorismo, dai disastri naturali e, in genere, da ogni possibile evento negativo o minaccia)<sup>135</sup>.

Sebbene si tenda spesso a ritenere che le minacce alla sicurezza si esauriscano con la questione terroristica, può nondimeno osservarsi che le leggi di prevenzione e repressione di tale grave fenomeno adottano un approccio che considera il crimine come uno dei molti rischi che caratterizzano la società contemporanea<sup>136</sup>. Da questo punto di vista, i più tragici episodi di violenza su larga scala che hanno in tempi recenti scosso l'opinione pubblica sarebbero solo uno dei molti fattori che hanno determinato la svolta del diritto penale verso il paradigma della sicurezza nazionale, ma che pure avrebbero influito su settori contigui del diritto penale, esercitando tuttavia un importante effetto *spillover*. D'altronde, i cambiamenti della cultura giuridica non sono mai eventi improvvisi, ma modifiche incrementalmente riconducibili a fasi o epoche i cui confini spesso si sovrappongono<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup>Secondo il Consiglio dell'Unione europea, «sicurezza interna dell'UE significa proteggere le persone e i valori di libertà e democrazia, cosicché tutti possano assaporare la vita quotidiana senza paura» cfr. Consiglio dell'Unione europea, Bruxelles, 8 marzo 2010 (11.03) (OR. en) 7120/10 CO EUR-PREP 8 JAI 182, Progetto di strategia di sicurezza interna per l'Unione europea. Verso un modello di sicurezza europeo.

<sup>136</sup>ROACH, *The Criminal Law and Terrorism*, in *Global anti-terrorism law and policy*, 2005, 129.

<sup>137</sup>Usando le lenti della teoria Kuhniana, è possibile approcciarsi al diritto penale della sicurezza come prodotto di un cambiamento delle norme culturali e dei valori condivisi, oltre che delle



Il paradigma securitario sta effettivamente avendo un forte impatto sugli assunti relativi agli obiettivi sottesi al sistema di giustizia penale: laddove in epoche precedenti il diritto penale puniva la riprovevolezza secondo uno schema retributivo o mirava ad esplicare un effetto deterrente, sembra oggi puntare, piuttosto, alla salvaguardia di uno stile di vita, adottando la prospettiva della gestione del rischio<sup>138</sup>. Così, le leggi recenti cercano di prevenire la criminalità punendo, oltre alle condotte direttamente dannose o pericolose per i beni tutelati, anche quelle che ad esse si collegano. Anche l'elemento soggettivo si declina in modo diverso, e acquisisce sempre maggiore rilevanza formulazioni del tipo "sapendo" o "avendo dovuto sapere", che testimoniano come anche l'approccio interpretativo cambi sotto l'influenza di un paradigma repressivo già adottato dalla politica e dalla opinione pubblica<sup>139</sup>.

Per quanto non sia possibile descrivere compiutamente - e in modo rigorosamente scientifico - un ampio cambiamento culturale del sistema giuridico, l'evoluzione stessa del sistema normativo testimonia l'evoluzione nel pensiero che l'ha determinata. In ogni epoca, infatti, il diritto penale poggia su determinati valori e convinzioni che valorizzano dati scopi e modellano di conseguenza la legislazione e la giurisprudenza penale<sup>140</sup>. Per dare risposta ad esigenze di tutela, adeguando il rigore della pena alla gravità sociale degli accadimenti, si fanno scelte giurisprudenziali - oltre che legislative - che presentano una forte carica

---

dinamiche politiche e dello sviluppo della tecnologia e dell'informazione : cfr. BISLEV, *Globalization, State Transformation, and Public Security*, 25 *int. Pol. Sci. Rev.*, 2004, 281.

<sup>138</sup> MOSS, *When all else fails: Government as the ultimate risk manager*, 300-02, 2002.

<sup>139</sup> L'esperienza dimostra che durante periodi di conflitti armati i giudici si mostrano più propensi alla restrizione dei diritti - peraltro in casi non direttamente collegati alla guerra - che in tempo di pace, come dimostrato nello studio di EPSTEIN, HO, KING, SEGAL, *The Supreme Court During Crisis: How War Affects Only Non-War Cases*, 80 *N.Y.U. L. REV.*, 2005, 1 ss; tale evidenza suggerisce che anche relativamente ad altri fenomeni di forte impatto sull'opinione pubblica - come le pressanti richieste di maggiore sicurezza - siano in grado di incidere sensibilmente sull'approccio interpretativo dei giudici.

<sup>140</sup> Così STEVENSON, *Effect of the National security paradigm on criminal law*, 130 *Stanford Law & Policy review*, vol. 22.1, 129-176, 139-140.

generalpreventiva, per tentare di reagire all'accertata incapacità degli strumenti penali tradizionali di ridurre la ripetizione sistematica di certe tipologie di reato<sup>141</sup>.

Il diritto penale, in qualche modo, sembra essere caratterizzato fin dal primo '800 da una crescente espansione e informalizzazione, con contestuale diminuzione del suo carattere frammentario, almeno per quattro ragioni: lo sviluppo tecnologico, fonte di rischi per errore umano o tecnico; lo sviluppo dello Stato moderno delle istituzioni dell'intervento e della protezione che si avvale della legge penale come di uno strumento di governo; il dissolversi di stabili strutture e condizioni sociali e il conseguente indebolirsi dei meccanismi di controllo sociale primario. Quest'ultima ragione in particolare, ha fatto sì che di recente nuovi imprenditori morali, compresi i partiti politici, si siano avvicinati per colmare le lacune (i conservatori per il diritto penale a tutela dello stato, i socialdemocratici e socialisti per il diritto penale dell'economia, i verdi per l'ambiente, le femministe per il diritto penale sessuale, i liberali contro l'abuso delle prestazioni sociali). Ciò viene, inoltre, acuito dalla drammatizzazione della criminalità che, con l'aiuto di una enorme cassa di risonanza mediatica, produce ragioni per interventi emergenziali<sup>142</sup>.

Già la nascita e il consolidamento dello Stato interventista ha determinato una progressiva crescita del diritto penale, dapprima col diritto penale complementare, che tende alla protezione di beni superindividuali e che nella stessa tecnica di regolamentazione non è sovente compatibile con il principio di determinatezza, e che ha costituito il punto di partenza per l'espansione della punibilità per colpa, e per omissione e delle forme di anticipazione; in una seconda fase possiamo collocare il diritto penale dell'economia, nato da un lato per esigenze di simmetria sociale tra i *white collar* e i criminali comuni e, dall'altro, per evitare controlli alternativi e meccanismi sanzionatori extrapenali più stringenti; connesso con quest'ultimo sarebbe anche il diritto penale europeo –nato per scopi di tutela del mercato unico - che in base al suo carattere interventista conduce regolarmente a una maggiore criminalizzazione, e infine il diritto penale internazionale.

---

<sup>141</sup>INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico, cit.*, 202.

<sup>142</sup> Così VORNBAUM, *op. cit.*, 62-72, che per delimitare un uso improvido del diritto penale come strumento di governo a buon mercato, sia per ragioni morali di rispetto della libertà individuale che per garantire l'efficienza del sistema penale, propone una "scienza dei limiti del punire".

Si può dire, con grande approssimazione, che in una prima fase del diritto penale moderno lo scopo assorbente risultava essere quello retributivo, e ciò rendeva determinante la valutazione delle intenzioni del reo, dovendosi punire l'atto che fosse realmente "meritevole" di pena, la stessa deterrenza presupponeva l'idea di colpevolezza morale<sup>143</sup>; in un secondo momento, le considerazioni psicologiche cominciano a perdere relativamente importanza, mentre prendono piede preoccupazioni utilitariste e si delineano pure forme di responsabilità oggettive, che portano a considerare le conseguenze dannose dell'azione con più attenzione più della colpevolezza dell'autore, mentre al dolo intenzionale si accompagna sempre più spesso il dolo diretto di secondo grado, il dolo eventuale e – nel contesto anglosassone – la *recklessness*. Infine, con il recente, paradigma della sicurezza, la riforma del diritto penale sembra voler offrire una – seppur simbolica – risposta a un'ampia gamma di problemi sociali, economici e culturali: stabilità e sicurezza diventano argomenti di politica criminale. Di recente, quindi, l'approccio all'elemento psicologico diviene meno rigoroso che in passato, in ossequio alle preponderanti esigenze precauzionali. Spesso risulta sufficiente ipotizzare che il reo avrebbe ragionevolmente dovuto conoscere il rischio insito nella sua condotta, o che non avrebbe potuto non conoscere le conseguenze della stessa piuttosto per addivenire a una pronuncia di responsabilità penale, e si rinuncia all'accertamento dei coefficienti psicologici reali, in un contesto in cui la colpevolezza sembra arretrare alla mera consapevolezza del rischio; al contempo la responsabilità oggettiva, una volta riservata a illeciti minori, che non prevedevano pena detentiva, si espande ad altri settori. Sembra anche che le leggi penali più recenti diano maggiore spazio di discrezionalità interpretativa ai magistrati; se, infatti, in passato, il diritto penale si centrava sul bisogno di chiarezza e certezza delle leggi e delle pene, oggi l'incertezza diviene la migliore arma per combattere l'incertezza dei rischi cui la società e gli individui risultano esposti.

Per affrontare le sfide poste dal nuovo paradigma, è bene comprendere i fattori che ne hanno determinato l'affermazione: al cambiare del mondo, infatti, il sistema penale e la scienza penale devono necessariamente adattarsi al nuovo

---

<sup>143</sup>I delitti che meglio esemplificano tale stagione sono, forse, quelli contro il patrimonio, caratterizzati, non a caso dal dolo specifico del realizzare la condotta dannosa per scopi di profitto.

ambiente<sup>144</sup>. Da questo punto di vista, la tendenza del diritto penale a costruirsi come diritto della protezione dai pericoli non deve essere sottovalutata né demonizzata, ma inserita nelle garanzie dello Stato di diritto: solo attraverso il collegamento con la persona nel diritto, l'adattamento della risposta punitiva all'illecito e alla colpevolezza – e dunque non a una pericolosità sostitutiva dell'offesa e della responsabilità personale – e il mantenimento di scopi di tutela e di conservazione – e dunque non di uso della pena contro i singoli per finalità di progresso sociale collettivo – ci potrà essere una legittima e auspicabile *sicurezza mediante il diritto penale*<sup>145</sup>.

Ma, come si diceva, i bisogni di sicurezza e prevenzione possono riscontrarsi, oltre che nel contrasto a fenomeni di crimine transnazionale come il terrorismo o il traffico di armi e stupefacenti, anche in vari settori in cui il “rischio” è allocato al di fuori di contesti specificamente criminali o, comunque, tipicamente orientati al danno. La sicurezza del lavoro, del prodotto, della *privacy*, della circolazione stradale, dei dati informatici, degli alimenti, dell'ambiente, dell'informazione societaria e del mercato mobiliare etc. costituiscono settori di tutela penale noti e percorsi da varie e ricorrenti riforme, di matrice nazionale o anche europea. Ancora, si fa largo uso del diritto penale in campi attratti dal principio di precauzione – OGM, onde elettromagnetiche, alimenti, inquinamento, malattie professionali da produzione industriale – e si estende la logica che presiede quest'ultimo anche ad ambiti delittuosi (delitti colposi di evento o di pericolo) che una volta erano appannaggio del diritto delle contravvenzioni classiche. L'accento dell'intervento pubblico si sposta così dall'evento al rischio anche in ambito colposo<sup>146</sup>. I delitti di prevenzione eredi dei modelli contravvenzionali, in particolare, riflettono incriminazioni che producono e tutelano, allo stesso tempo, beni legati alla sicurezza, anche se sarebbero i delitti di pericolo quelli la risposta più sicura alla scarsa tenuta della causalità o della sua prova. Viceversa, il diritto

---

<sup>144</sup> Così STEVENSON, *op. cit.*, 140-175; sebbene, per ineludibile che sia l'esigenza di ammodernamento, resta da verificare se oggi si sia all'altezza scientifica della sfida, come rileva FIANDACA, *Appuntisul pluralismo dei modelli, cit.*, 74-81.

<sup>145</sup> HASSEMER, *Sicherheit durch strafrecht*, in *Strafverteidiger*, 2006, 321 -332.

<sup>146</sup> Cfr. DONINI, CASTRONUOVO, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007.

penale del rischio funzionalizzato a moderni obiettivi di controllo politico che affrancano, di fatto, l'imputazione dai parametri di offensività, causalità, colpevolezza dentro a incriminazioni classiche di evento, e i c.d. e più critici illeciti di rischi, che si propongono, *de lege ferenda*, come disancorati dalla stessa base epistemologica della causalità e da una colpa fondata su regole cautelari a base scientifica, introducono criteri di imputazione oggettiva (come l'aumento del rischio) e soggettiva (mera precauzione) che infrangono i tradizionali parametri del fatto proprio, dell'offensività e della colpevolezza, anziché adattarli alle situazioni regolate. Ma in fondo, quando la libertà entra in competizione con la sicurezza ha perso in partenza. Credere, al contrario, che entrambi i valori, posti in concorrenza, possano esplicare lo stesso effetto sarebbe poco realista. Essi, infatti, non si comportano sempre come due opzioni che si possono selezionare più o meno liberamente: mentre la sicurezza è cercata istintivamente, la libertà è invece qualcosa che poggia sull'autocoscienza dell'individuo. Per quanto i due beni possano essere ponderati, come d'altronde fa da sempre la filosofia politica<sup>147</sup>, quando non si tratta solo di una discussione teorico-assiologica, l'incompatibilità emerge. Quando gli individui avvertono una minaccia, infatti, l'insicurezza induce reazioni istintive, le quali offrono a malapena un'opportunità alla ragione, che altrimenti appoggierebbe la libertà<sup>148</sup>.

Libertà e sicurezza pongono problemi di natura diversa. La libertà, nel senso tradizionale di "libertà da" (*Abwehrrecht*), viene costituita e garantita direttamente dai principi dello Stato di diritto, la sicurezza, intesa come sicurezza da aggressioni illecite, al contrario, ha bisogno di interventi attivi; ancora, la libertà segna limiti alla potestà coercitiva e al diritto penale, mentre la sicurezza hobbesiana si rivolge a questi<sup>149</sup>. La sicurezza è un problema fattuale, e qualsiasi ordinamento è sempre confrontato al problema di base di assicurare quantomeno un livello di protezione e sicurezza che eviti il collasso della convivenza.

I diritti fondamentali sono anzitutto diritti di libertà dalla coercizione statale, ma al tempo stesso definiscono compiti di tutela che possono richiedere un

---

<sup>147</sup> Si ricordi in proposito la nota posizione, risalente ad Aristotele, secondo cui solo lo schiavo preferirebbe la sicurezza alla libertà.

<sup>148</sup> PRITTWITZ, *La concorrenza diseguale tra sicurezza e libertà*, in DONINI, PAVARINI, *cit.*, 107-116.

<sup>149</sup> PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in DONINI, PAVARINI, *cit.*, 121.

intervento dell'autorità anche con strumenti coercitivi. Per cui, si definisca o meno come diritto, l'idea della sicurezza dei diritti non è riducibile all'ottica securitaria ma ha anche un contenuto connesso alla valenza liberale dei diritti fondamentali. Nell'orizzonte penalistico, il duplice volto della sicurezza si collega al doppio taglio della spada penale, tutela dei beni giuridici attuata attraverso la lesione di beni giuridici<sup>150</sup>. Di fronte al debordante *trend* securitario, si tratta di definire e esprimere un'idea di sicurezza che non neghi le esigenze securitarie, inglobandole in un orizzonte più ampio, del quale fanno parte anche esigenze di garanzia liberale. Il modello di sicurezza che può candidarsi come oggetto di un diritto alla sicurezza comprende sia il volto securitario che il volto liberale e pone il problema della loro composizione<sup>151</sup>.

Certamente gli individui hanno realmente un grande interesse a vivere in sicurezza, e per questo, secondo un'impostazione hobbesiana, creerebbero un potere pubblico che soddisfi tale esigenza utilizzando, in particolare, proprio la pena. Il potere pubblico, per parte sua, stabilisce quale sia lo standard di sicurezza della società mediante regole munite della forza delle pene, e il diritto penale della sicurezza, come strumento di potere autoritario, è un suo attributo proprio che non è mai venuto meno. Questo è valido anche oggi, ed anche rispetto alle iniziative dell'Unione, così che ogni intento correttivo di questo schema finisce per risultare poco più che un'edulcorazione di un diritto penale che rimane, fondamentalmente, uno strumento di lotta. Ciò sarebbe confermato dal fatto che in ogni epoca, al sorgere di nuove esigenze di tutela di beni, si finisce sempre per fare ricorso allo strumento penale, determinando una continua espansione della parte speciale con l'inserimento di nuove fattispecie a tutela del patrimonio, dell'economia, del mercato, della circolazione stradale, dell'ambiente, della salute, dei prodotti industriali, delle infrastrutture, etc.

A fronte di ciò, si ritiene che la scienza penale abbia di fronte a sé tre alternative. In primo luogo, la possibilità di accettare che la sicurezza sia questione centrale ed assorbente del discorso penalistico, rimanendo così, in fondo, nel solco della tradizione, eppure mostrandosi al passo con le più recenti tendenze politiche. Un tale atteggiamento potrebbe certamente risultare gradito ai decisori e all'opinione

---

<sup>150</sup>VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, 46.

<sup>151</sup>PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in DONINI, PAVARINI, *cit.*, 122-124.

pubblica, ma il prezzo da pagare sarebbe, a ben vedere, la compromissione della scienza con la politica. Una prospettiva non del tutto dissimile si aprirebbe anche a volere far pace col diritto penale della sicurezza, accettando la compromissione dei suoi principi, e quindi accettando la vittoria delle esigenze di sicurezza sulle istanze di garanzia, riducendo la critica del diritto a pura retorica. La vera alternativa sarebbe quindi la via impervia di una critica senza compromessi di ogni diritto penale della sicurezza, concessa però solo ad una scienza davvero politicamente indipendente. Questa dovrà tracciare il confine tra la pena giusta e gli eccessi securitari, ancorando la prima solo al fatto compiuto e colpevole rigorosamente accertato. La piena sicurezza e l'impedimento del rischio non sarebbero, infatti, obiettivi sociali raggiungibili mediante la pena, ragion per cui, accettando l'inevitabile pericolosità della vita moderna, occorrerebbe ritornare ad un diritto penale fatto di negazioni<sup>152</sup>.

L'idea di sicurezza tende ad espandersi come definizione di un bene giuridico ubiquitario, strumentale a qualsiasi altro e, in questo senso, orizzonte totalizzante del mondo penalistico. Il lessico della sicurezza può presentarsi come traduzione retoricamente efficace della portata espansiva del principio di tutela di beni giuridici o di qualsiasi altro criterio di legittimazione dell'intervento penale che segna l'ambito non di un diritto penale minimo, ma piuttosto della sua massima espansione che possa legittimarsi in uno stato liberale di diritto. Tutto questo va accettato come un fatto, così che la critica non dovrebbe rivolgersi alle domande che pone il *trend* securitario, ma piuttosto alle risposte che impone, ovvero agli specifici modelli di sicurezza adottati dal diritto penale.

Prendere sul serio i problemi di sicurezza dei diritti senza cedere a derive securitarie, può essere un programma ragionevole, tenendo a mente che la sicurezza è un obiettivo che può essere avvicinato ma mai compiutamente assicurato o, in ogni caso, non con il diritto penale. Ma, per quanto la scienza debba, in questo, esercitare una funzione critica, un diritto penale pensato puramente negativo risulterebbe, forse, teoreticamente insufficiente, perché il senso dei principi di delimitazione ha come premessa che ciò che si tratta di delimitare possa avere un senso positivo e legittimo. Semmai il problema è

---

<sup>152</sup>NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in DONINI, PAVARINI, *cit.*, 79-89.

impedire, mediante una buona politica e una buona informazione, che il confronto pubblico di ragioni ceda il passo ad approcci di tipo pubblicitario, un effetto indesiderabile della stessa democrazia fondata sul consenso elettorale, che a volte premia la capacità di persuadere più della razionalità del discorso<sup>153</sup>.

In un contesto in cui principi come l'ultima *ratio* e la colpevolezza arretrano nella costruzione di un diritto penale orientato all'effettiva sicurezza e concentrato sulla paura del crimine e sulla tutela della vittima, lo sviluppo verso un diritto penale europeo potrebbe per parte sua condurre ad un ulteriore livellamento e abbassamento delle barriere che, secondo la tradizione, dovrebbero frenare e limitare l'intervento penale<sup>154</sup>.

La scienza penale deve, pertanto, tentare di dare all'orientamento alla sicurezza del diritto penale una cornice da stato di diritto e contribuire a stabilire e giustificare i limiti fino ai quali il diritto penale sopporta un impiego degli attuali bisogni di sicurezza e controllo, oltre ai quali perde il suo *proprium* di personalità, tutela e clemenza. Anche un diritto penale concentrato sulla produzione di sicurezza è diritto penale e non diritto di difesa dai pericoli, e subisce le sue limitazioni non solo dal principio di proporzionalità, bensì già dalla funzione delimitante del principio di colpevolezza. La sicurezza non è, infatti, il suo scopo bensì, nel migliore dei casi, la sua conseguenza. E, posto che i bisogni di sicurezza sono strutturalmente inestinguibili, se si obbliga il diritto penale in modo unilaterale all'efficace prevenzione delle situazioni problematiche, si finisce col mandare in pezzi le garanzie dei diritti<sup>155</sup>.

## 5. La vittima nel diritto penale contemporaneo

Vi sarebbero diverse ragioni – di ordine storico-politico, giuridico-funzionalistico, culturale e filosofico<sup>156</sup> - per le quali il diritto penale moderno si sarebbe

---

<sup>153</sup>PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in DONINI, PAVARINI, *cit.*, 125- 127 e 136-139.

<sup>154</sup>HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in DONINI, PAVARINI, *cit.*, 73-74.

<sup>155</sup>*Ibidem.*, 74-77.

<sup>156</sup> Per approfondimenti cfr. PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).



affrancato da ogni pretesa vendicativa della vittima e della comunità. A partire dagli anni '70 del secolo scorso, però, sembra essere emersa una certa insoddisfazione per la sterilizzazione emotiva e la razionalizzazione istituzionale del sistema penale, come si può ricavare dalla proliferazione di posizioni favorevoli all'istituzionalizzazione di forme di *restorative justice* –ora strutturate secondo un paradigma vittimologico, ora secondo un paradigma comunitario – senz'altro suggestive e degne di nota a fronte della grave crisi funzionale e di legittimazione che del sistema penale tradizionale, e che non hanno mancato di avere seguito anche in sede sovranazionale.

In particolare, meriterebbe di essere analizzata la direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 (che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la precedente decisione quadro 2001/220/GAD)<sup>157</sup>, la quale disciplina espressamente i “servizi di giustizia riparativa”. La stessa conferma che, dietro tali importanti suggestioni sull'importanza della vittima, possono celarsi insidie, in particolare nella prospettiva comunitaristica. Infatti, più il contributo riparativo dell'autore del reato si indirizza verso il soddisfacimento di un interesse della comunità, o comunque sfuma verso una vittima astratta o meramente simbolica, più aumenta il rischio che la vittima reale venga strumentalizzata per esigenze riabilitativo-trattamentali del reo, o subisca una nuova riespropriazione del conflitto, questa volta in un'ottica (non già istituzionale, bensì) comunitaria.

Tale direttiva, rispetto alla precedente decisione quadro del 2001, se da una parte sembra ampliare il campo di applicazione della *restorative justice*, attraverso un'estensione della definizione di vittima di reato e un più marcato riconoscimento degli strumenti di giustizia riparativa, dall'altra, però, definisce in modo più selettivo presupposti e limiti per il ricorso ad essa ritenendo che fattori come “la natura e la gravità del reato, il livello del trauma causato, la violazione ripetuta dell'integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, l'età, la capacità intellettuale della vittima possano pregiudicare l'esito positivo del procedimento” di riparazione. Sembra, dunque, che in una prospettiva protezionistica avanzata, la

---

<sup>157</sup> Per un quadro di sintesi si rinvia a CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato. Una prima lettura della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

direttiva inviti ad una certa cautela nell'utilizzo della *restorative justice* nei casi più problematici, specie nelle ipotesi di particolari condizioni di vulnerabilità della vittima, confermando le indicazioni analoghe provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE nel noto caso Gueye e Sanchez<sup>158</sup>. Da questa sentenza emergeva, infatti, come la tutela penale contro gli atti di violenza domestica dovrebbe considerarsi come volta a proteggere non solo gli interessi della vittima come questa li percepisce, bensì anche altri interessi più generali della collettività. In conclusione, dalle fonti europee sembra raccomandarsi un utilizzo della *restorative justice* in funzione esclusiva di tutela della vittima, specie nelle ipotesi di vittime c.d. vulnerabili.

Anche senza volere entrare nel merito delle problematiche della *restorative justice* e delle scelte europee sul punto<sup>159</sup>, non può, comunque, non rilevarsi una sempre maggiore centralità della vittima nell'odierna discussione sul sistema penale.

Talvolta si è sostenuto che la rifondazione del diritto penale a partire dall'esigenza di reinserirvi la prospettiva della vittima (che pure non dovrebbe impadronirsi) non sarebbe un capriccio antiliberalo contingente, ma piuttosto una reale tendenza politica e sociale, frutto di una spettacolarizzazione mediatica dell'orrore che ha generato una reazione sociale di rifiuto della criminalità, di solidarietà cieca con le vittime, una richiesta allo Stato di tutela assoluta e, quindi, una assenza totale di sospetto nei confronti dello Stato<sup>160</sup>.

Volendo allargare, come già fatto più volte, lo sguardo a problematiche che, stando sullo sfondo delle trasformazioni sociali, condizionano la materia penalistica, potremmo dire che in una società liberale, la comunità non si forma intorno alle opinioni su ciò che è bene, ma piuttosto sulla coscienza condivisa di ciò che è male. In quella che potremmo chiamare una "utopia della sicurezza", la vittima di un atto criminale ha un ruolo essenziale per la morale pubblica, in quanto pone dei limiti al relativismo morale, permette che si formi un consenso morale in un mondo moralmente frantumato. Ciò avviene perché la coscienza della nostra vulnerabilità - e di quella altrui fornisce - gli elementi istintivi di una

---

<sup>158</sup> Corte di Giustizia UE, 15 settembre 2011, procedimenti riuniti C-483/09 e C-1/10, Gueye e Sanchez.

<sup>159</sup> Per cui v. PARISI, *op. ult. cit.*

<sup>160</sup> ARROYO ZAPATERO, *op. ult. cit.*, 24.

morale empatica, e perché la vittima del crimine, inoltre, può contare sulla simpatia del pubblico: è vicina, concreta, mediatica e, inoltre, la “fonte” della sua vittimizzazione è facilmente localizzabile.

La vittimizzazione, quindi, sarebbe divenuta una categoria politica che conduce a barricarsi dietro un falso sentimento comunitario, e il concetto di vittimizzazione è divenuto, così, talmente esteso da divenire vuoto di senso e facilmente utilizzabile a fini abusivi<sup>161</sup>. In un certo senso, infatti, essere vulnerabili rende invincibili, e la lamentela dà potere<sup>162</sup>.

Da questo punto di vista, la sempre più pervasiva partecipazione della vittima al discorso penale –che non a caso trova impulsi, oltre che riscontri, nelle iniziative europee in materia, sembra rappresentare un'altra inevitabile conseguenza del definirsi della sicurezza come diritto fondamentale<sup>163</sup>, delle cui criticità, a questo punto, già molto è stato detto.

---

<sup>161</sup>BOUTELLIER, *op. cit.*, 119-129.

<sup>162</sup>Come sottolinea HUGUES, *Culture of complaint*, 1993, 16.

<sup>163</sup>Su tale nesso v. anche INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, in DONINI, PAVARINI, *cit.*, 200.

## a. Unione europea e diritto penale

### 1. Premessa.

Il sistema penale gradualmente emerso a livello europeo è il risultato di una rete intricata di relazioni e pratiche che si costruiscono per sovrapposizione<sup>164</sup>. Se però fino agli anni '90 si è trattato di un modello fondamentalmente “dialogico”<sup>165</sup>, esso è in seguito apparso sempre più autonomo, come un diritto penale “oltre lo Stato”. Il diritto penale è sempre stato concepito come uno dei tratti salienti della sovranità, e il monopolio statale della forza, a sua volta, considerato legittimo in base alla naturale preoccupazione dello Stato per la sfera di autonomia dei cittadini. Eppure anche l'Unione europea ha espresso in molte occasioni la stessa preoccupazione<sup>166</sup>, e inoltre risulta assimilabile agli Stati anche nella misura in cui sembra impostare anch'essa un “discorso costituzionale” - che, come si dirà più oltre, è stato recentemente polarizzato sulla sicurezza.

Tra i segni caratteristici del diritto penale dell'Unione troviamo la preoccupazione di garantire la sicurezza, quale nuovo diritto fondamentale posto alla base della, ormai acquisita, dimensione sovranazionale della politica criminale – e che come si è visto, un oggetto di cui è impossibile afferrare una sostanza unitaria che esprima decifrabili giustificazioni alle più svariate scelte di intervento penale e consenta una valutazione della loro legittimità e proporzionalità<sup>167</sup>. D'altra parte, si può notare la sua tendenza a fare sempre più del diritto penale un diritto sanzionatorio ausiliario di altre discipline. Ed anche quest'ultimo fenomeno risulta

---

<sup>164</sup> Riconosce l'esistenza di un diritto penale *europeo* o *europeizzato*, frutto della ricezione mediante leggi interne di atti normativi di fonte europea e dell'attività della giurisprudenza anche FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, in TRUJILLO, VIOLA, *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Il Mulino, 2007, 143. Secondo la celebre definizione di KLIP, *European criminal law. An integrative approach*, Intersentia, 2009, 1, “EU law is an hybrid system dealing with a multilayered patchwork of legislation and case law in which both national and European courts and other authorities and bodies play a role”.

<sup>165</sup> V. *infra* § 4.

<sup>166</sup> Come emerge, oltre che da numerosi documenti che verranno d'appresso esaminati, anche dagli articoli 3 TUE e 67 TFUE.

<sup>167</sup> Secondo INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, cit., 199, la domanda di sicurezza sarebbe un'ibridazione, tutta politica, di istanze di difesa sociale e del mercato, intrisa di ideologia.

correlato alla lettura di ogni esigenza di tutela dei più vari interessi dalla prospettiva della sicurezza<sup>168</sup>.

Un'altra caratteristica significativa nell'approccio dell'Unione al diritto penale è la tendenza ad integrare la protezione dei diritti fondamentali nella giustizia penale può anche essere apprezzato considerando l'attuale tendenza a “governare attraverso il crimine”<sup>169</sup>, che vorrebbe appunto giustificare una criminalizzazione incrementale nel nome di interessi securitari. Nel mondo contemporaneo, infatti - in cui l'individuo, che ha ormai trovato pieno riconoscimento come soggetto di diritto internazionale - giustizia non è più sinonimo di diritto (dal momento che il diritto può ben essere ingiusto) ma può, piuttosto essere considerata come il nesso morale tramite il quale il diritto cerca di stabilire una protezione dei diritti e la punizione dei torti. La giustizia può pertanto essere definita, in senso debole, come la totalità delle iniziative tese a garantire a tutti, indistintamente, un adeguato livello di protezione davanti alla legge. In generale, la necessità di controllo del fenomeno criminale è la principale giustificazione in termini utilitaristici della legittimità di un sistema penale. Da questo punto di vista, sarebbe facile giustificare l'azione dell'Unione in questo campo limitandosi - come d'altronde spesso avviene - a constatare, o supporre, l'insufficienza dell'apparato normativo e istituzionale degli Stati nazionali a far fronte a determinati fenomeni criminali<sup>170</sup>. E, tuttavia, ciò non dovrebbe esimere dal condurre una seria indagine assiologica che permetta di operare un bilanciamento tra le “componenti” dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. La legittimità di una norma, infatti, non coincide

---

<sup>168</sup> Ciò sarebbe dovuto alla crescente aspettativa nei confronti della funzione (meramente) simbolica del diritto penale, e ad una scarsa ponderazione dell'utilità ed efficacia delle scelte di criminalizzazione, tra i cui risvolti più preoccupanti vi sarebbe il ricorso a nozioni molto vaghe e una sensibile anticipazione dell'intervento penale: cfr. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, 283-286, per cui ciò troverebbe una spiegazione nel deficit democratico che il diritto penale sconta oggi (peraltro non esclusivamente) nel contesto dell'Unione

<sup>169</sup> SIMON, *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*, New York, Oxford university press, 2009; BAKER, *Governing through crime – the case of European union*, 7, *European journal of criminology*, 2010, 187.

<sup>170</sup> GRONING, *Remarks on EU criminal law*, HUDSON, UGELVIK, *Justice and security in the 21st century. Risks, rights and the rule of law*, Routledge, 2012, 139.

interamente con la sua validità formale, ma occorre che questa sia *percepita* come legittima, in relazione a dei valori metagiuridici: una norma penale non è mai necessaria *in se*, ma solo rispetto a valori giudicati fondamentali. Per questa ragione, occorrerebbe domandarsi a tutela di quali valori l'Unione intenda intervenire in materia penale<sup>171</sup>.

Ad ogni modo, l'esperienza ci mostra come forme di *enforcement* delle regole mediante pena, quando ciò sia necessario per la sopravvivenza del gruppo, esistono anche in società pre-statali o non-statali, come le comunità religiose o i gruppi mafiosi, anche quando manchi l'istituzionalizzazione di meccanismi preordinati a tal fine, e ciò rafforza l'idea che vi sia un legame significativo tra diritto penale e comunità che precede quello tra diritto penale e Stato. Andrebbe anche verificato, quindi, se un tale fenomeno possa avere luogo su larga scala, in una comunità sovranazionale che, pur non rivendicando tale *status*, si assuma alcuni dei compiti tipici dello Stato<sup>172</sup>. Lo Stato, infatti, è tradizionalmente il principale responsabile della sicurezza interna e il detentore degli interessi vitali di una data società umana, cosa che permette che sia protetto attraverso la forza ed il diritto ogniqualvolta la sua esistenza (criminalità organizzata e terrorismo) o la sua credibilità (delitti politici e di opinione) sia posta in discussione, o siano intaccate le infrastrutture e i presupposti essenziali (protezione dell'ambiente e crimini informatici) per lo svolgimento della sua opera. In questo senso, quindi, il fatto che lo Stato si appoggi all'Unione si potrebbe spiegare per la sua impotenza di fronte a quelle che sono state efficacemente chiamate (in francese) le "cinque D": *detritorialisation* delle attività criminali, *dépatriotisation* degli autori e delle vittime, *dénaturation* dei mezzi impiegati, *dévalorisation* della vita degli autori e delle vittime –

---

<sup>171</sup> Tuttavia, è sempre più diffusa l'idea che il giudizio di necessità sia stato ribaltato, nel senso che non sia più indispensabile giustificare il ricorso alla pena, ma sia piuttosto l'assenza di pena a dover essere giustificata: cfr. ZEROUKI-COTTIN, *La directive : nouvelle loi pénale?*, in ZEROUKI-COTTIN, *L'espace pénal européen : à la croisée des chemins ?*, *Actes de la journée d'études du 30 mai 2013 à l'Université Jean Monnet Saint-Etienne, Les dossiers de la R.D.P.C*, La Chartre, Bruxelles, 2013, 73-86.

<sup>172</sup> Cfr. FICHERA, *Criminal Law beyond the State: The European Model*, in *European Law Journal*, Vol. 19, No. 2, March 2013, 187-189.

nel caso del terrorismo – e *déstructuration* degli Stati<sup>173</sup>. In questo senso, l'obiettivo fondamentalmente perseguito risulterebbe essere non tanto la protezione delle persone e del territorio, quanto l'adattamento dello Stato alla sua recente destabilizzazione economica e politica, ovvero la sua stessa esistenza<sup>174</sup>. Eppure, l'Unione ha un risalente *status* di regolatore di certe attività economiche, e quindi di comportamenti che ben possono essere inquadrati con le categorie del diritto e del processo penale. Ancora, l'Unione può avere interesse al diritto penale, oltre che come ente regolatore di comportamenti, anche come vittima di comportamenti illeciti in determinati settori, come l'agricoltura, e in generale ogni volta che siano colpiti i suoi interessi finanziari<sup>175</sup>. Infine, come si diceva, va considerato che gli Stati membri hanno fatto ricorso all'Unione per combattere il crimine transnazionale, e forse proprio la crescita di tale fenomeno avrebbe determinato il graduale consolidarsi di una politica criminale europea<sup>176</sup>, sebbene possa guardarsi a questi crimini anche come fenomeni facilitati proprio dallo sviluppo dell'Unione e dal consolidarsi delle quattro libertà fondamentali. Ciò permetterebbe di considerare l'Unione come un soggetto "moralmente obbligato" ad assicurare che essi siano adeguatamente combattuti. E però, mentre l'ambito degli illeciti in cui l'Unione è soggetto passivo è senza dubbio riconosciuta come

---

<sup>173</sup> Le cinque D, che sono tali solo nella lingua originale che si è scelta di conservare nel testo, sono la deterritorializzazione, la spatriottizzazione, la smaterializzazione, la svalutazione e la destrutturazione.

<sup>174</sup> JEANGLIOS, *Droit pénal européen. Dimension Historique*, Economica, Parigi, 2009, 335 ss.

<sup>175</sup> Le problematiche relative alla tutela degli interessi finanziari non saranno, però, affrontata in questa sede per diverse ragioni. Intanto, perché le prospettive di tutela degli interessi finanziari dell'Unione dipendono dall'istituzione di una procura europea e da uno sforzo di coordinamento in materia processuale, mentre qui ci si limiterà a considerare le trasformazioni in atto nel diritto penale sostanziale; peraltro, l'esito di tale processo appare ancora troppo incerto per poter essere compiutamente analizzato. Ad ogni modo, gli interessi finanziari dell'Unione sono, forse, l'unico bene giuridico propriamente sovranazionale, e non sembrano porre, pertanto, le medesime questioni politiche e tecnico-giuridiche che presentano altre materie più sensibili alle questioni di sicurezza che stanno al centro del nostro discorso. Per approfondimenti si rinvia al volume a cura di GRASSO, ILLUMINATI, SICURELLA, ALLEGREZZA, *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè, Milano, 2013

<sup>176</sup> Di quest'avviso anche MILITELLO, *I diritti fondamentali fra limite e legittimazione di una tutela penale europea*, *Ragion pratica*, 22, giugno 2004, 148-150.

base potenziale per sviluppare una giustizia penale europea specializzata (come sancito dall'art. 86 TFUE), è controverso se ciò possa ammettersi anche per quegli illeciti rispetto ai quali si assume che abbia un obbligo morale di intervento. Per questo si tende per lo più a sostenere che l'Unione risulta essere un livello di governo più adeguato dei singoli Stati per proteggere i cittadini di fronte a certi fenomeni di crimine transnazionale. D'altra parte, il quadro delineato dal Trattato di Lisbona ha il potenziale di creare una visione più olistica della politica criminale considerandola al servizio dei cittadini europei quali *rights holder* costituzionali; e rifiutare di riconoscere i meccanismi già esistenti nell'Unione o di fornire un quadro costituzionale più solido alla sua azione, lascerebbe i cittadini in una posizione vulnerabile. Un quadro costituzionale chiaro è dunque indispensabile, giacché se si ammette che le politiche europee incidano sui diritti costituzionalmente garantiti dei cittadini, ciò non può che riflettere la natura del potere così esercitato.

## 2. Breve descrizione del diritto penale dell'Unione

L'Unione europea si è trovata a confrontarsi con la materia penale per diverse ragioni: in primo luogo, perché è difficile tracciare netti confini tra i diversi settori del diritto – specie quando la primazia del diritto dell'Unione non riconosce tali differenziazioni; in secondo luogo, in ragione dell'emersione di interessi inizialmente non contemplati dalle legislazioni nazionali; in terzo luogo, perché la stessa esistenza dell'Unione crea, o comunque favorisce, nuove opportunità di commissione di illeciti; infine, perché l'individuazione di un nemico comune nel crimine costituisce un'importante ragione simbolica per la promozione dell'integrazione politica e culturale<sup>177</sup>. Sebbene non sia possibile, in questa sede, ricostruire dettagliatamente il processo di graduale evoluzione delle competenze dell'Unione in materia penale, si ritiene nondimeno opportuno dare conto, seppur

---

<sup>177</sup> Cfr. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, Stockholm, 2012, 13-30.



brevemente, dei tratti caratterizzanti tale processo, che in estrema sintesi può essere suddiviso in tre fasi<sup>178</sup>.

In una prima fase, l'Unione europea si è accostata al diritto penale con grande discrezione, incidendo, di regola, solo con norme che hanno esplicitato un effetto *negativo* di restringimento dell'area delle condotte penalmente rilevanti- in virtù dell'esercizio delle libertà comunitarie - e solo eccezionalmente la tutela di determinati obiettivi ritenuti fondamentali ha richiesto l'adozione da parte degli Stati membri di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive<sup>179</sup>, peraltro non necessariamente penali. Nel tempo, però, l'emersione di aree di criminalità di interesse comune, il c.d. effetto *spill-over* delle azioni e politiche comunitarie, e lo sviluppo di forme sempre più complesse di criminalità transnazionale, hanno richiesto un'evoluzione del quadro normativo e istituzionale che ha portato alla creazione del c.d. terzo pilastro, una nuova area di intervento con obiettivi e regole proprie. Tuttavia, in una fase iniziale, si prevedeva solo la possibilità di definire azioni comuni per la cooperazione nel terreno della giustizia e affari interni<sup>180</sup>, senza che vi fosse una vera e propria politica comune o un chiaro obiettivo di integrazione, ma solo l'esigenza di coordinamento, così che il ruolo delle istituzioni europee era molto limitato. Dagli anni '70 agli anni '90, quindi, si sono stabiliti principalmente meccanismi procedurali volti a facilitare la cooperazione giudiziaria e di polizia, in un quadro intergovernamentale - sulla scia

---

<sup>178</sup>Per una trattazione esauriente dell'evoluzione del diritto penale dell'Unione europea e un'analisi del suo attuale assetto si veda, tra i tanti, MITSILEGAS, *EU criminal law*, Hart Publishing, 2009. Per una sintesi delle molteplici ragioni a sfondo politico-criminale, a carattere socio-culturale, che hanno portato alla maturazione e al riconoscimento di una competenza penale in capo all'Unione, cfr. BERNARDI, *Il diritto penale tra unificazione europea e culture nazionali*, in *Politica del diritto*, n. 2/2005, 249 ss.; per ragioni di ordine pratico, a carattere simbolico e di tipo strettamente giuridico, ID., *Politiche di armonizzazione e sistema penale sanzionatorio*, 197 ss., in RAFARACI, *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, *Atti del Convegno. Catania, 9-11 giugno 2005*, Giuffrè, 2007.

<sup>179</sup> A partire dal *leading case* sul "mais greco", Sent. CGCE del 21 settembre 1989, Causa 68/88 *Commissione c. Grecia* in Racc. 1989, 2965 ss.

<sup>180</sup>L'art. K1 del titolo VI del trattato di Maastricht sull'Unione Europea (TUE) disponeva: «*ai fini della realizzazione degli obiettivi dell'Unione, in particolare della libera circolazione delle persone, fatte salve le competenze della Comunità Europea, gli Stati membri considerano questioni di interesse comune*» alcune materie elencate dal medesimo articolo, tra cui la cooperazione giudiziaria in materia penale.

delle iniziative del Consiglio d'Europa. Nel 1992, raggiunto l'obiettivo del mercato comune, la neonata Unione si pose l'obiettivo di sviluppare una stretta cooperazione nelle materia della Giustizia e degli Affari interni. Il Consiglio europeo di Rodi, concluse che lo sviluppo del mercato interno, e in particolare della libera circolazione di persone, andava completato col rafforzamento della cooperazione intergovernativa per combattere il terrorismo, il crimine internazionale, e i vari tipi di traffico illecito<sup>181</sup>. Il primo frutto di questo sforzo fu il Documento di Palma che, pur riconoscendo le diversità delle posizioni politiche e giuridiche degli Stati, suggerì di stabilire alcune priorità comuni considerando anche, forse per la prima volta, la possibilità di armonizzare le legislazioni penali degli Stati membri. Le importanti implicazioni furono trattate con cautela del seguente Articolo F del trattato del 1992, che ribadiva il rispetto delle diversità, pur promuovendo la tutela dei valori comuni e stabilendo un "nuovo pilastro".

Una seconda fase, che prende il via negli anni '90 e accentua le proprie caratteristiche dopo l'11 settembre 2001, evidenzia un movimento progressivo verso l'armonizzazione - pur ribadendo la centralità delle misure di mutuo riconoscimento - individuando una lista di categorie di crimini su cui concentrare l'attenzione, ma continuando a preferire un graduale ravvicinamento ad una piena armonizzazione. In particolare, con il Trattato di Amsterdam è stata ribadita la necessità di implementare la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale per sviluppare un'azione comune che garantisca un "elevato livello di sicurezza". In tal modo è emersa l'idea di uno spazio comune di libertà sicurezza e giustizia, sia pure concepito solo in funzione delle esigenze di cooperazione, oltre alla possibilità di riconoscere dei veri e propri beni giuridici sopranazionali, in particolare per quanto riguarda gli interessi finanziari dell'Unione - di cui però non ci si occuperà in questa sede. Determinante è stato anche il contributo della Corte di Giustizia che, in particolare con la nota sentenza *Pupino*<sup>182</sup>, ha affermato il carattere vincolante delle decisioni quadro e l'obbligo per le autorità nazionali, e in particolare i giudici, di interpretare il diritto interno in maniera conforme al diritto

---

<sup>181</sup> Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Rodi (2-3 Dicembre 1988), reperibili all'indirizzo <http://www.europa.eu/>.

<sup>182</sup> CGCE, Grande sezione, 16 giugno 2005, Causa C-105/03 in Guida al Diritto, 2005, n. 26, 67 ss. con nota di FRIGO.

dell'Unione, contribuendo a specificare l'obbligo di leale cooperazione e attribuendo un'efficacia indiretta alle decisioni quadro. Al contempo, dal 1999 in poi, le Istituzioni hanno cercato di riempire la materia penale di contenuti e principi attraverso la definizione di programmi quinquennali di politica criminale<sup>183</sup>, sulla base dei quali si è progressivamente sviluppato il progetto di costruire un diritto penale comune coerente. È anzitutto da questi programmi che si possono ricavare le principali tendenze dell'Unione in materia penale - e in particolare quella a porre l'accento sulla questione della sicurezza. È stato però rimarcato che tali programmi si sono rivelati spesso troppo ambiziosi, se si considera lo scarto tra il numero e l'importanza degli obiettivi prefissati rispetto ai poteri e al margine di manovra effettivamente a disposizione delle Istituzioni. Al contrario, in situazioni ben determinate, come quella venutasi a creare dopo gli attacchi terroristici del 2001, 2005 e 2007, pressate dalle esigenze poste dall'emergenza, le Istituzioni sono riuscite ad adottare strumenti e piani d'azione molto più efficaci, ancorché per molti versi criticabili, ed anche questo è un aspetto da non trascurare. E per quanti limiti presenti la legislazione penale di emergenza, non può non prendersi atto del fatto che da un lato la progressione espansiva con metodo funzionalista (la c.d. politica dei piccoli passi) è un *modus operandi* strutturalmente appartenente all'azione dell'Unione, e che dall'altro, così come avvenuto per il terrorismo, anche le iniziative di lotta ad altri determinati fenomeni criminali - come il crimine organizzato, a partire dagli anni '90 - hanno costituito un nucleo intorno al quale si è progressivamente strutturato un sistema sempre più organico ed estensivo.

Da ultimo, il Trattato di Lisbona ha definitivamente consacrato lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, facendolo diventare uno dei punti di forza del sistema. Tale spazio, essendo "offerto" ai cittadini dall'Unione<sup>184</sup>, sembra porre

---

<sup>183</sup> Si vedano in proposito: le Conclusioni della Presidenza del Consiglio di Tampere del 15-16 ottobre 1999, reperibili alla pagina [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_it.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm); il Programma dell'Aja, reperibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52005DC0184>; il Programma di Stoccolma, reperibile all'indirizzo [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:52010XG0504\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:52010XG0504(01)) e, da ultimo, le Conclusioni del Consiglio europeo del 26-27 giugno 2014, consultabili all'indirizzo [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/it/ec/143494.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/it/ec/143494.pdf)

<sup>184</sup> Cfr. art. 3(2) del TUE

degli “obblighi positivi” in capo a quest’ultima e, naturalmente, agli Stati membri, tenuti a dare esecuzione ai provvedimenti dell’Unione in virtù dell’obbligo di leale collaborazione di cui all’art. 4 TUE. In questo senso, l’indicazione dello spazio tra gli obiettivi dell’Unione chiarisce che l’integrazione europea non è più un progetto settoriale ma generale, che segna il superamento per l’Unione di una dimensione puramente economica.

Il nuovo sistema presenta, indubbiamente, un certo consolidamento e una certa semplificazione - oltre che un certo ampliamento, se si raffrontano le sfere di criminalità oggi contemplate dall’art. 83 §1, e la possibilità per il Consiglio all’unanimità di aumentarne il numero, con quelle indicate dall’allora art.29, n. 1 o. 2 TUE. Pare apprezzabile, in particolare, l’estensione alla materia penale della c.d. procedura legislativa ordinaria, che tenta di colmare il *deficit democratico* spesso lamentato mediante un maggiore coinvolgimento del Parlamento europeo<sup>185</sup>. Ancora, la riduzione della distanza tra la materia penale e le altre di competenza concorrente è altresì testimoniata dal fatto che anche per essa viene oggi usato lo strumento della direttiva, al posto delle vecchie decisioni quadro, nonché dall’estensione del controllo della Corte di Giustizia. Ancora, il riconoscimento del Consiglio europeo quale soggetto deputato ad individuare con precisione gli orientamenti di politica criminale dell’Unione in quanto, ancorché non dotato di alcuna legittimazione democratica, infatti, consentirà una più agevole individuazione delle scelte di politica criminale, permettendone anche un migliore controllo esterno.

L’attuale assetto normativo contempla quattro tipi di interazione. La prima è quella, già in verità abbastanza consolidata, dell’interferenza del diritto dell’Unione con tutte le norme nazionali (incluse, quindi, quelle penali) in virtù del principio del primato, che comporta, ove non vi siano margini per un’interpretazione conforme, la disapplicazione delle norme nazionali contrastanti. Una seconda forma di interazione si ha in ragione dell’autonomo potere sanzionatorio amministrativo in materia di concorrenza e interessi finanziari dell’Unione. Una

---

<sup>185</sup> Cfr. l’art. 83 TFUE, che rappresenta oggi la base giuridica per tutte le iniziative in materia penale (salvo i problemi che si pongono relativamente alla tutela degli interessi finanziari dell’unione, di cui, però non ci si occuperà. Sulla questione della competenza penale dell’Unione v. *amplius infra* § successivo.

terza forma di influenza dipende dagli obblighi di tutela emergenti dalle varie politiche dell'Unione, alle condizioni stabilite dall'art. 83 §2 TFUE. Ma, quel che più rileva è la competenza "quasi diretta" nelle materie (e alle condizioni) di cui all'art. 83 §1, con possibilità di ravvicinare le legislazioni nazionali, stabilendo presupposti minimi per l'incriminazione di determinate condotte e minimi sanzionatori<sup>186</sup>. Dalle norme rilevanti del Trattato di Lisbona emerge come la competenza penale dell'Unione non sia più prioritariamente finalizzata alle esigenze di cooperazione ma, anzi, abbia assunto una spiccata autonomia funzionalista. Per di più, tale atteggiamento non poggerebbe solamente su ragioni di efficienza, ma tradirebbe altresì l'intenzione di conferire alle nuove norme europee volte a contrastare le più gravi forme di criminalità transfrontaliera scopi ulteriori a quelli precedentemente considerati, talora carichi di risvolti simbolici. Ciò le renderebbero, secondo alcuni, capaci di contribuire al consolidamento di un comune sentimento di giustizia<sup>187</sup> e un ideale di equità punitivateso ad affermare la sostanziale eguaglianza tra i cittadini dell'Unione, tramite il quale si affermerebbe un "sentimento di appartenenza all'Europa in quanto insieme politico, giuridico e culturale" espressivo di valori omogenei<sup>188</sup>, sebbene non manchino posizioni critiche sul punto<sup>189</sup>. L'argomento simbolico è stato richiamato, ad esempio, dall'Avvocato generale Colomer nella sua opinione sul caso C-176/03, affermando che quando una condotta sia proibita dalla legge penale essa meriti un trattamento severo in quanto mette in discussione gli aspetti fondamentali del

---

<sup>186</sup>Senza contare che i margini di manovra dell'Unione sembrano accrescersi ancor di più quando essa debba tutelare i propri interessi finanziari, di cui non ci si occuperà per i motivi precedentemente illustrati.

<sup>187</sup>Cfr. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI, PALIERO, MILANO, 2006, 375.

<sup>188</sup> Cfr. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2012, p. 43- 78 e bibliografia ivi citata; sembrano mostrarsi favorevoli a tale funzione integratrice sul piano valoriale, tra gli, lo stesso BERNARDI, *Opportunità de l'harmonisation*, in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, a cura di DELMAS-MARTY, GIUDICELLI-DELAGE, LAMBERT-ABDELGAWAD, Paris, 2003, 460, e GINDRE, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union Européenne*, Paris, 2010, 416.

<sup>189</sup>Si veda, tra gli altri, SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 174, che, pur riconoscendo la funzionalità dei simboli (*ivi*, 98, nt. 263) – contesta la legittimità di un diritto penale simbolico dell'Unione.

sistema. E però, abbracciando questo argomento, staremmo abbandonando ogni prospettiva di valutazione ragionevole e oggettiva dell'effettività di una data misura. Il diritto penale, infatti, ha sempre e comunque un effetto stigmatizzante, ed è proprio per questa ragione che dovrebbero essere altri i riferimenti per valutare la sua opportunità e legittimità in una data situazione<sup>190</sup>. Volendosi interrogare sulla possibilità (e legittimità) per il diritto penale di esercitare un ruolo di indicatore di identità culturali collettive, va dato conto del fatto che la tendenza a ricollegare un significato *lato sensu* culturale alla pena rimane un dato socio-psicologico diffuso. Certo, però, un'enfatizzazione del ruolo identitario del diritto penale ne accentuerebbe la funzione simbolico-comunicativa di strumento autoritario di affermazione e convalida di valori socialmente condivisi col rischio di trasformare i rei in nemici esterni della comunità; e così, sospinti da tentazioni iperrepulsive sotto l'effetto della nuova ossessione securitaria, si finirebbe per sottovalutare sia le esigenze di garanzia che il problema della reale efficacia dissuasiva della risposta penale<sup>191</sup>.

Ad ogni modo, volendo ritrovare delle più precise linee direttrici nel processo evolutivo sopra descritto, queste possono essere individuate nel bisogno dell'Unione di rispondere a minacce alla sicurezza (criminalizzazione securizzata) e quello di assicurare l'effettività del diritto dell'Unione mediante l'impiego del diritto penale (criminalizzazione funzionale), entrambi presi in considerazione dall'art. 83 TFUE, che li legittima, rispettivamente, ai §§ 1 e 2. Sebbene il Trattato di Roma non prevedesse espressamente poteri per l'Unione in materia penale, questi sono progressivamente emersi per garantire la protezione di vari interessi delle comunità e nell'effettività delle sue politiche, da un lato, e dalla richiesta rivolta all'Unione dagli Stati di far fronte a forme di grave criminalità, dall'altro: queste sembrano essere le due giustificazioni che hanno portato all'emersione di competenze in materia penale originariamente non contemplate dal Trattato di Roma, e che ricorrono nell'evoluzione del rapporto dell'UE con la materia penale. Da una parte, quindi, la "securizzazione" proietta una specifica visione dell'ordine e dell'identità politica europei, riorganizzando le relazioni sociali come

---

<sup>190</sup> Cfr. HERLIN-KARNELL, *The constitutional dimension of european criminal law*, Hart, 2012, 56-59.

<sup>191</sup> FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, cit., 159-160.

relazioni di sicurezza<sup>192</sup>. La competenza funzionale, invece, sembra avere trovato la sua prima consacrazione nella nota pronuncia “mais greco” del 1989, con la quale la Corte di Giustizia impose il principio dell’assimilazione degli interessi dell’Unione a quelli nazionali. In questo senso, degna di nota è anche la (oramai risalente) vicenda relativa alla creazione di una normativa comune in materia di antiriciclaggio, giustificata dalla Commissione per la necessità di proteggere la politica comunitaria sulla stabilità del sistema finanziario e del mercato interno. La direttiva che ne risultò, pur non contenendo espressi obblighi di criminalizzazione (inizialmente evocati dalla Commissione) determinò, tuttavia, un considerevole allineamento degli standard penali degli Stati membri, risultando così un’operazione di criminalizzazione armonizzata *de facto*. Si ebbe quindi, per la prima volta nel contesto dell’Unione, l’adozione di norme di diritto penale sostanziale come garanzia di effettività di politiche comuni. Un’espressa base giuridica per operazioni di questo tipo si formalizzò, come si diceva, con il terzo pilastro eretto dal Trattato di Maastricht, e il meccanismo fu poi esteso alla materia comunitaria dalle pronunce della Corte, avallando così un approccio estensivo del legislatore dell’unione nell’esercitare le sue competenze di terzo pilastro, ad es., in materia di immigrazione irregolare, corruzione e crimine informatico<sup>193</sup>. All’esito di questo processo, l’art. 83 TFUE rappresenterebbe il riconoscimento “costituzionale” dei due tipi di criminalizzazione indicati. In particolare, l’art. 83 §1 rifletterebbe l’approccio securitario, giustificandosi per la necessità di combattere alcuni fenomeni criminali particolarmente gravi, considerati come minacce globali alla sicurezza, mentre l’art. 83 §2 confermerebbe la visione funzionalista che l’Unione ha del diritto penale che, anziché assumere lo *status* di politica autonoma, diventa il mezzo da usare per raggiungere il fine di garantire l’effettività delle altre politiche dell’Unione e il rispetto del suo diritto<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup>LOADER, *Policing, securitisation and democratisation in Europe*, cit., 59.

<sup>193</sup> V. decisioni quadro 2002 L328/1 del 5 dicembre 2002, L358/2 del 31 dicembre 1998 e l6967 del 16 marzo 2005.

<sup>194</sup>Così MITSILEGAS, *EU criminal law competence after Lisbon: from securitised to functional criminalisation*, in ACOSTA ARCANZO, MURPHY, *EU Security & justice law. After Lisbon and Stockholm*, Hart, 2014, 110-118.

Se dunque fino a ieri ci si interrogava sulla possibilità di sviluppare un diritto penale comune, oggi l'attenzione va, piuttosto, spostata sulle modalità con cui farlo, riflettendo, in particolare, sui rischi connessi, da una parte, al considerare come preminente l'esigenza di effettività e, dall'altra, all'aver spesso proceduto all'armonizzazione delle legislazioni penali sotto spinte emergenziali. A ben vedere, entrambe le questioni tirano in ballo, seppur in modo diverso, la "questione sicurezza", ed entrambe potrebbero mettere in discussione il presupposto quadro di valori comuni affrescato nella Carta dei diritti fondamentali, oltre che nella CEDU che, proprio con la riforma del Trattato di Lisbona, hanno conosciuto una rinnovata importanza anche in termini di vincolatività<sup>195</sup>. All'evidenza si pongono, dunque, problemi di non poco rilievo, specie considerata la particolare forza di quelli che sono stati efficacemente individuati come "obblighi di criminalizzazione"<sup>196</sup>.

Per garantire il valore relativo e non assoluto della pena, occorre che il legislatore possa in ogni momento rimettere in discussione le sue scelte di penalizzazione, e la posizione di obblighi europei di tutela penale non è in grado di garantire questo flusso di entrate e uscite, ma crea, piuttosto, un sistema penale a senso unico<sup>197</sup>. Ma qualora si dovesse porre il problema dell'inadempimento sopravvenuto, si

---

<sup>195</sup> L'art- 6 TUE recita: «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.»

<sup>196</sup> I quali comportano, indubbiamente, una sensibile limitazione del parlamento nazionale nel suo margine di apprezzamento in materia di politica criminale e suscitano problemi di non poco momento: sul punto v., tra gli altri PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, ETS, Pisa, 2009, *passim*.

<sup>197</sup> *Contra* MITSILEGAS, *op. ult. cit.*, 121-124, secondo cui la criminalizzazione non è una strada a senso unico, essendo possibile anche la depenalizzazione, stante la capacità del diritto dell'Unione di restringere l'area del penalmente rilevante in virtù del suo primato sul diritto nazionale.



dovrebbe certo risolvere con il favore per la sovranità parlamentare nazionale: la Corte costituzionale non potrebbe dichiarare l'illegittimità della legge di depenalizzazione e se la Corte di giustizia dovesse reagire ritenendola illegittima, a quel punto potrebbero innescarsi i contro-limiti<sup>198</sup>.

Il diritto penale europeo, dunque, rappresenta un luogo di tensione nevralgica tra sistemi<sup>199</sup>. Per di più, esso si presenta spesso, ai giuristi più aggrappati alla dimensione nazionale, come un diritto venuto da altrove – o da nessun luogo – senza storia né territorio, sicché, nella migliore delle ipotesi, la sua esistenza viene spesso accettata per ragioni puramente pratiche, legate all'insufficienza dell'azione statale nel contrasto a certe forme di criminalità nel contesto postmoderno globalizzato. Occorre, invero, andare oltre una tale visione, certamente riduttiva di un fenomeno di così grande impatto culturale e, tuttavia, l'analisi dello stesso non può nemmeno essere condotta da una prospettiva messianico-europeista. Forse, un approccio più ragionevole potrebbe fondarsi sulla c.d. ideologia della circolazione dei modelli, che accetta e spiega l'armonizzazione del diritto penale senza perciò negare la sua natura particolare in quanto zona di tensione ma anche di dialogo, sia dalla prospettiva dei rapporti tra ordini giuridici che da quella del diritto penale. In particolare, va notato l'impatto delle regole e dei valori internazionali sul diritto penale, superando la rigida prospettiva della esclusiva sovranità statale. Nel diritto, infatti, non vi è nulla di assiomatico, e questa idea ben potrebbe essere semplicemente considerata un retaggio del passato<sup>200</sup>; oggi, al

---

<sup>198</sup> Così SOTIS, *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in PALIERO, VIGANÒ, *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013, 50; *contra* MANES, *Il giudice nel labirinto*, 112, secondo cui la Corte costituzionale potrebbe rimediare all'inadempimento statale sopravvenuto – consistente nell'abrogazione di legge una norma incriminatrice di recepimento – dichiarando il contrasto artt. 11 e 117, con conseguente reviviscenza della legge precedente e incostituzionalità di quella di depenalizzazione, lesiva dei parametri costituzionali.

<sup>199</sup> L'espressione è di BONNET, *Le droit pénal européen : lieu de tensions nevralgique entre les systèmes*, in ZEROUKI-COTTIN, *L'espace pénal européen : à la croisée des chemins ?*, Actes de la journée d'études du 30 mai 2013 à l'Université Jean Monnet Saint-Etienne, Les dossiers de la R.D.P.C, La Charte, Bruxelles, 2013, 7-14.

<sup>200</sup> Riconosce la natura ideologica e non decisiva dell'obiezione sulla perdita della sovranità penale anche SALCUNI, *op.cit.*, 85-89, aggiungendo che anche la sovranità parlamentare può essere mal gestita o semplicemente dismessa a favore di una gestione governativa, come avviene in Italia da molti anni. Si può inoltre ritenere che lo scarto tra una tradizionale deliberazione parlamentare

più, un tale assunto potrebbe giustificarsi solo alla luce dell'esigenza di uguaglianza dei cittadini, e della possibilità di accesso alla giustizia e la pace sociale, ma non certo per garantire prerogative regie. Il tritico sovranità-legalità-territorio non sembra, infatti, reggere più nel contesto europeo. D'altra parte, se basta una nuova legislatura per un forte cambiamento nella politica criminale, non vi è ragione di negare questa potenzialità ad un cambiamento epocale come la maturazione del processo di integrazione europea; anzi, in tal senso, la particolare sensibilità che suscita la materia penale può rappresentare un grande stimolo per una riflessione profonda sulla circolazione dei modelli e sul dialogo tra giudici, e, auspicabilmente, una spinta all'evoluzione del sistema delle garanzie. Le profonde mutazioni del diritto penale cui assistiamo, ci dovrebbero spingere a considerare la logica dell'armonizzazione qualcosa di più che una soluzione tecnica: un metodo di condivisione di valori, non limitato a certe materie, ma che informa tutto il sistema e comporta lo sviluppo di nozioni autonome e istituti a livello europeo che si impongono sul piano domestico<sup>201</sup>. Vanno, nondimeno, considerate attentamente le conseguenze pratiche di questo fenomeno. Invero, sembra plausibile che le norme minime di armonizzazione non possano vincolare le politiche criminali nazionali sino al punto di impedire agli Stati di considerare penalmente rilevanti anche fatti ulteriori o ulteriori modalità di aggressione al bene protetto anche laddove le direttive d'armonizzazione non prevedano esplicitamente questa facoltà<sup>202</sup>. Per contro, le norme penali minime di origine sovranazionale, una volta trasposte in norme interne, daranno vita a norme incriminatrici sottratte ad eventuali, successive scelte nazionali di

---

nazionale e una procedura europea di codecisione si assottiglia in un contesto di cattivo funzionamento delle attuali democrazie e di scadimento del dibattito pubblico...il vero problema concerne, ancor prima che l'individuazione degli organi idealmente più legittimati a deliberare, la (non elevata) qualità della (cultura politica e della) cultura penale prevalente nel ceto politico e, a un tempo, nelle opinioni pubbliche dei paesi europei, come riconosciuto da FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2015, 70.

<sup>201</sup>Cfr. BONNET, *op. ult. cit.*, 7-14.

<sup>202</sup> Per un'opinione parzialmente difforme v. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, 452 ss..

depenalizzazione<sup>203</sup>. Diversamente, ove agli obblighi di incriminazione di fonte europea potessero fare seguito norme nazionali capaci di vanificarli in nome della riserva di legge, verrebbe del tutto meno, nei fatti, la vincolatività delle direttive e si violerebbe il principio del primato del diritto dell'Unione. Ciò non significa che l'armonizzazione penale realizzata tramite direttive debba necessariamente portare ad un'espansione indefinita dei fatti previsti come reati su scala europea, ma solo che un contrario processo di riduzione delle aree di illiceità penale debba necessariamente essere anch'esso innescato da atti normativi dell'Unione. Tuttavia, poiché la competenza penale europea costituisce una conquista alquanto recente, e perciò il suo sviluppo ha sinora coinciso con la possibilità per l'Unione di individuare crescenti obblighi di incriminazione in capo agli Stati membri, non può escludersi che il consolidamento e la maturazione del sistema potrebbe permettere anche l'avvio di un processo di depenalizzazione improntato ad una logica deflattiva, che obblighi gli Stati membri a sottrarre a responsabilità penale comportamenti non più avvertiti, a livello europeo, come bisognosi di pena<sup>204</sup>, quando il giovane sistema penale europeo entrerà in quella fase di maturità conosciuta dai sistemi penali nazionali<sup>205</sup>. Per il momento va però preso atto che, nonostante il Trattato di Lisbona lasciasse preconizzare un migliore equilibrio tra libertà, sicurezza e giustizia, il triangolo magico attorno al quale si costruisce la

---

<sup>203</sup> Così BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea*, cit., 43- 78; nello stesso senso GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010, 61; SIRACUSA, *Il Trattato di Lisbona ed il transito del diritto penale di fonte europea dalla "vecchia" alla "nuova" Unione*, cit.; contra SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., 1157 ss., secondo cui "negare al Parlamento nazionale la possibilità di depenalizzare viola (...) una componente essenziale del principio costituzionale di riserva di legge", con conseguente possibilità di azionare il meccanismo dei controlimiti. Cfr. altresì ABBADESSA, *Dal "diritto penale comunitario" al diritto penale della nuova Unione europea: problematiche dell'interregno*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 457 ss.; PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 20 ss.

<sup>204</sup> Cfr., *amplius*, SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., 257; Id., *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 2631 ss.

<sup>205</sup> Così BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea*, cit., 43- 78; nello stesso senso GRANDI, *op. cit.*, 61; contra SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 1158, che ritiene «poco plausibile che il legislatore comunitario sia capace di rimettere in discussione le proprie scelte di penalizzazione», dato che «il diritto comunitario si legittima mediante l'accumulazione progressiva di competenze».

politica criminale dell'Unione<sup>206</sup>, nonostante le Istituzioni abbiano in più occasioni mostrato maggiore sensibilità rispetto ai meccanismi soggiacenti al ricorso allo strumento penale e nell'accostarsi alle tecniche di integrazione normativa, il consolidamento delle priorità di politica criminale europea, visibili tanto nelle iniziative legislative quanto in alcune pronunce della Corte (che, in qualche modo, confermano le tendenze del sistema), rivela tratti severi, conservatori e poco compatibili con una visione moderata del ricorso alla pena<sup>207</sup>.

### 3. L'Unione europea come “luogo di scambio”

L'Unione europea potrebbe essere considerata come un “luogo di scambio” sovranazionale, uno scambio che comporta una limitazione nella libertà dello Stato di delineare la propria politica criminale, e che può inoltre sconvolgere le regole giuridiche proprie dei sistemi che mette in comunicazione<sup>208</sup>.

In tale prospettiva, vengono anzitutto in rilievo i c.d. “*fattoridello scambio*”, o elementi dell'integrazione. Secondo alcuni, questi andrebbero rintracciati, in particolare, nel neoliberismo, nel post-colonialismo e nell'apertura delle frontiere<sup>209</sup>. In effetti, non può negarsi che il processo di transnazionalizzazione del diritto penale abbia certamente risentito di tutto questo. Infatti, l'armonizzazione del diritto penale non seguirebbe schemi prestabiliti, e per di più la fissazione di *standard* internazionali segue raramente un meccanismo *top-down*, e

---

<sup>206</sup>Cfr. MANACORDA, *Le droit pénal sous Lisbonne: vers une meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice?*, in RSC, 2010, 945 s.

<sup>207</sup>Così MANACORDA, *L'age de la maturité* : stabilisation et traits conservateurs dans la politique pénale de l'Union européenne, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4/2012, 931 – 943, che ritiene, però, che in tal modo la politica criminale europea abbia già raggiunto una fase di maturità.

<sup>208</sup> Utilizzando così alcune categorie elaborate da DELMAS-MARTY, *Le flou du droit, Du code penal aux droits de l'homme*, PUF, Paris, 1986, ed. italiana a cura di PALAZZO, *Dal codice penale ai diritti dell'Uomo*, Giuffrè, 1992, in particolare, p. 86 ss., 197-210 e 272. Giova precisare che queste sono state riprese nella più recente opera a cura di DELMAS-MARTY, PIETH, SIEBER, *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Société de législation comparé, Paris, 2008, dove vengono, però, utilizzate in un senso leggermente diverso da quello che si intende attribuire in questa sede

<sup>209</sup> Così PIETH, *The agents of change*, in DELMAS-MARTY M. - PIETH M. - SIEBER U., *Les chemins de l'harmonisation pénale*, cit., p.369-384.

non potrebbe essere descritta solamente in termini di categorie giuridiche, dal momento che rispecchia agende economiche e politiche. In questo senso va riconosciuto che la stagione neoliberista e il rapido sviluppo tecnologico hanno fatto sorgere l'esigenza di nuovi strumenti di lotta contro il crimine economico transnazionale; al contempo, la fine del colonialismo ha determinato l'insorgere di fenomeni terroristici e di un imponente flusso migratorio verso l'Europa che comporta non solo l'ingresso illegale di migliaia di persone ma, troppo spesso, una vera tratta di esseri umani.

Tuttavia, ai fini del presente lavoro, appare più opportuno ritenere che questi fenomeni vadano considerati, piuttosto, come condizioni di fatto che stanno sullo sfondo ad un processo (lo scambio di norme e principi giuridici) che è pur sempre normativo, pur germinando in un contesto politico, economico, sociale e culturale peculiare; le minacce, infatti, non possono essere considerate *direttamente* responsabili della forma che assume la risposta istituzionale, ma è piuttosto il modo in cui di queste si tiene conto che condiziona lo sviluppo di determinate politiche a livello europeo – e la conseguente trasformazione delle categorie del diritto penale<sup>210</sup>. Pertanto, si ritiene di dovere indicare come *fattori* dello scambio il procedimento istituzionale mediante il quale l'Unione promuove l'armonizzazione della normativa penale e la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che in certi casi produce, in via pretoria, il medesimo effetto.

Vengono in secondo luogo in rilievo, i c.d. *agenti* dello scambio e, anche in questo caso, occorre fare una precisazione. Infatti, mentre secondo alcuni vanno prese in considerazione le ONG, il settore privato, le organizzazioni intergovernamentali e la società civile, di cui pure si valuta il diverso peso, a seconda delle diverse fasi del processo di armonizzazione (salvo riconoscere che, quanto alla dimensione empirica, solo la Corte di Giustizia sembra essere un attore significativo)<sup>211</sup>, volendo approcciarsi alla questione da un punto di vista più squisitamente giuridico si ritiene di dover considerare *attori* o *agenti* dello scambio solamente i

---

<sup>210</sup> Cfr. LOADER, *Policing, securitisation and democratisation in Europe*, in NEWBURN, SPARKS, *Criminal justice and political cultures. National and International dimensions of crime control*, Willan, 2004, 49-79, 72 sub n. 1.

<sup>211</sup> Così PIETH, *op.ult.cit.*

soggetti istituzionalmente coinvolti nella realizzazione dello spazio penale comune europeo.

Si ritiene, inoltre, di dover indicare quali *condizioni dello scambio* i principi che regolano il funzionamento delle istanze europee<sup>212</sup>, ed in particolare il principio di sussidiarietà<sup>213</sup>, da intendersi sia nell'accezione più tradizionalmente legata al diritto penale, sia in quella caratteristica della dimensione europea<sup>214</sup>, e il principio dell'effetto utile. Entrambi verranno trattati più approfonditamente nelle sezioni dedicate ai principi del diritto penale dell'Unione.

Va infine dato conto delle “*forze*” che stanno dietro l'armonizzazione, ovvero ciò che orienta le scelte del legislatore europeo e gli altri attori coinvolti nella definizione del sistema penale europeo nelle sue varie articolazioni. Sul punto, si può concordare con SIEBER<sup>215</sup>, che esse consistano, fondamentalmente, nella crescente attenzione ai diritti umani<sup>216</sup> e nell'esigenza di sicurezza<sup>217</sup>, sempre più avvertita a livello internazionale. I diritti umani, in particolare, sarebbero diventati una forza trainante in quanto rappresentano oggi una *common legal position*<sup>218</sup>, che

---

<sup>212</sup> V. però, DELMAS – MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, cit., p. 208 ss., che precisa come le condizioni di scambio siano «determinate dalla procedura che regola l'attivazione ed il funzionamento delle istanze europee», facendo riferimento, in particolare, al ricorso per inadempimento e al ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

<sup>213</sup> I principi di sussidiarietà e proporzionalità (la cui correlazione sarà più diffusamente trattata *infra*, rappresentano i principali “limiti” all'armonizzazione, dovendosi però ricostruire diversamente a seconda che si parli di armonizzazione autonoma o accessoria, cambiando nei due casi sia il loro contenuto che il tipo di controllo esercitabile: così MOUNCIF-MOUNGACHE, *Les méthodes normatives : intégration, uniformisation, harmonisation, coordination, coopération dans l'espace pénal européen*, in ZEROUKI-COTTIN, *L'espace pénal européen*, cit., 49-69.

<sup>214</sup> Sulla fondamentale importanza del principio, nelle sue due accezioni, per la costruzione del sistema penale europeo, v. anche ZEROUKI-COTTIN, *La directive : nouvelle loi pénale?*, cit., 73-86.

<sup>215</sup> SIEBER, *The forces behind the harmonization of criminal law*, in DELMAS-MARTY, PIETH, SIEBER, *Les chemins de l'harmonisation pénale*, cit., 385 – 417.

<sup>216</sup> Secondo DE GOUTTES, *Droit penal et droits de l'homme*, RSC, 2000, 133, « *le respect des droits de l'homme s'est révélé progressivement comme un élément indispensable de l'acceptabilité et de l'efficacité du droit pénal dans le corps social* ».

<sup>217</sup> Riconosce l'orientamento fondamentalmente repressivo e securitario del diritto penale dell'Unione anche WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations*, cit., 314.

<sup>218</sup> Secondo HÄNNINEN, *Politics of Security in an Age of Anxiety. The Double-Bind Between Freedom and Control*, in SHEININ, *Security and the Law*, Firenze, 2009, 7-22, l'unanime e universale sostegno ai

ridisegna i confini del diritto penale, sia esplicando un effetto “negativo”, sia per una rafforzata protezione sostanziale degli stessi tramite la riforma del diritto penale sostanziale (che finisce così per promuovere obiettivi politici, come si evince dall’idea stessa della “creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”) e per il loro *enforcement* ad opera delle istituzioni sovranazionali e, in particolare, di quelle giurisdizionali. A confronto con i diritti umani, la tutela delle libertà economiche, che pure rappresenta senza dubbio una *common legal position* nel contesto occidentale, sembrerebbe quasi giocare un ruolo minore sul piano internazionale. Pur non potendosi ignorare, quindi, l’enorme impatto che storicamente hanno avuto le libertà economiche nel diritto penale dell’Unione, tanto nel fondare l’esigenza di sanzioni efficaci proporzionate e dissuasive<sup>219</sup> quanto nell’aver limitato l’ambito della punibilità<sup>220</sup>, non ci si occuperà approfonditamente di questo aspetto per due ragioni. Anzitutto perché, secondo alcuni<sup>221</sup>, operando una periodizzazione dello sviluppo dell’Unione può notarsi come ad una fase di quasi esclusiva attenzione alle esigenze del mercato (la c.d. “costituzione economica”), sembra essersi oramai sostituita una preminente attenzione alle esigenze di sicurezza (c.d. costituzione securitaria”); in secondo luogo, perché si ritiene che l’esigenza di sicurezza sia, pur in diversa misura e in modi diversi, riscontrabile in maniera trasversale in quasi tutti i campi di intervento penale individuabili in base all’art. 83 TFUE. La sicurezza, per altro, non solo costituisce una forza trainante “autonoma” – in ragione dello sviluppo di

---

diritti umani farebbe pensare che sia possibile costruire principi morali coerenti e ordinanti nonostante la frammentazione etica e delle identità collettive e individuali in atto nel mondo contemporaneo. Secondo l’A. si potrebbe pensare la stessa cosa anche per il consenso alle misure volte a garantire la sicurezza a patto di individuare un equilibrio tra libertà di movimento globale e stretto controllo a livello locale, sotto la spinta congiunta del liberismo globale e del conservatismo locale, una mentalità che può essere sintetizzata dalla coppia libertà di scelta individuale-privatizzazione della responsabilità personale, che sembra però collegarsi ad una sorta di deresponsabilizzazione pubblica.

<sup>219</sup> V. sul punto Corte di Giustizia, 21 settembre 1989, causa C- 68/88, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 1989, 2965.

<sup>220</sup>V. ad esempio le norme in materia di irresponsabilità dell’internet provider per l’acquisto effettuato da un terzo nell’e-commerce o la sentenza *Gambelli* in materia di gioco d’azzardo, Corte di Giustizia, 6 novembre 2003, Causa C-243/01, in ECR I-13031).

<sup>221</sup>TUORI, *European Security Constitution*, in M. SHEININ, *Security and the law*, Firenze, 2009.

nuove forme di crimine transnazionale determinate dai grandi cambiamenti che la globalizzazione ha comportato in campo tecnologico, economico e politico, ma anche perché si interseca in modo evidente anche al tema dei diritti umani.

Ma anche a prescindere da questo perverso intreccio, va notato come, almeno dalla prima decade di questo secolo, il diritto penale dell'Unione è stato considerato principalmente come un mezzo per rafforzare la sicurezza dei cittadini. Tale nozione, evocata nei documenti ufficiali come espressione della "volontà generale" dei cittadini, è considerata fondamentale per il funzionamento del mercato interno fondante della prospettiva "dentro/fuori", e inclusa nel motto "libertà, sicurezza e giustizia, nuova denominazione del vecchio terzo pilastro, che pure ignora, o comunque, sottovaluta la tensione sottostante a tali concetti. Certo, un approccio orientato alla sicurezza è rivelatore del tipo di relazione tra autorità e cittadini promossa dall'Unione. Questo modello privilegia certe tipologie di cittadini, come il lavoratore o l'imprenditore che si muovono da un paese all'altro, o gli investitori, che chiedono un ambiente sicuro per il perseguimento dei loro scopi, senza necessità di alcuna interazione con altri individui o con l'autorità. Se il diritto guarda solo a queste categorie, però, non può che fallire in quanto provoca troppe aspettative, generando l'errato convincimento che la società possa essere protetta semplicemente imponendo pesanti sanzioni e reprimendo i crimini. Ma questo è un messaggio troppo semplicistico che non ha nessuna reale forza comunicativa performante. Se, infatti, non c'è nessun foro di discussione pubblica in cui discutere ciò che deve essere lecito o illecito, si promuove un'immagine limitata del sé e del noi, quella dell'individuo perfettamente razionale che corrisponde all'agente di mercato, molto meno rotonda di quella che in realtà esiste nel sé posto in relazione alla comunità che lo circonda.

Come anticipato, vi è chi individua come ulteriori forze trainanti la crescente influenza di attori non statali nel processo di *policy making* in campo penale e nell'effettività di nuovi strumenti per l'approssimazione delle legislazioni penali nazionali, ma, dalla prospettiva qui adottata, si ritiene, piuttosto, che solo le prime due indicate siano realmente significative come caratteristiche tendenze del sistema, mentre queste ultime siano da collocarsi tra quelle precondizioni che agevolano il processo di armonizzazione in quanto tale, senza necessariamente



colorarlo in un senso ideologicamente o politicamente definito. L'analisi delle "forze motrici", peraltro, è particolarmente interessante non solo per la peculiare natura delle stesse e della loro relazione, su cui ci si soffermerà, ma anche in considerazione del fatto che l'armonizzazione non è un processo meramente interattivo, ma anche evolutivo<sup>222</sup>; ciò dovrebbe spingere a riflettere sulle modalità ed i limiti di un'evoluzione del sistema determinata dai diritti umani e dalle esigenze di sicurezza. Senza contare che, a prescindere dalle forze che si ritiene sospingano il processo di armonizzazione, questo comporta il rischio di generare due tipi di discontinuità. Vi è, infatti, un rischio di incompletezza, relativo ad una sorta di interruzione verticale della catena gerarchica che indebolisce il formalismo giuridico, e un rischio di incoerenza generato dalle differenze che si vengono a creare tra i vari settori interessati in misura diversa dall'opera di armonizzazione, e dall'eventuale affievolimento della protezione di certi valori rispetto ad altri. Poiché sembra che non si possa ridurre un rischio senza aggravare l'altro, dovrà conseguentemente scegliersi tra incompletezza (interruzione verticale della catena gerarchica, con risvolti problematici quanto a rigore del formalismo giuridico) e incoerenza (ovvero frammentazione del sistema penale in senso orizzontale a seconda del settore che viene in rilievo)<sup>223</sup>. La chiave del processo, quindi, per comporre le esigenze ed evitare derive in un senso o nell'altro, è il controllo di compatibilità, sia esso un controllo di pari o un controllo giurisdizionale. Questa seconda possibilità, più aderente alla realtà che possiamo osservare nel contesto dell'Unione<sup>224</sup>, non manca, però, di porre seri problemi, dal momento che il giudice sovranazionale, essendo uno dei principali "agenti dello scambio", potrebbe non essere il soggetto meglio qualificato a mediare fra le discontinuità che il processo potrebbe determinare, né scegliere quale modello di armonizzazione soddisfi meglio le esigenze della comunità<sup>225</sup>.

---

<sup>222</sup>DELMAS-MARTY, *Les processus d'interaction*, in DELMAS-MARTY, PIETH, SIEBER, *Les chemins de l'harmonisation pénale*, cit., 419- 432.

<sup>223</sup> Ibidem, p. 427-432.

<sup>224</sup> Ibidem, p. 423-427, da cui sembra che l'A. abbracci l'ipotesi che, in particolare nel contesto europeo, l'organo deputato a fungere da "chiave del processo" non potrebbe che essere il potere giurisdizionale e, in particolare, la Corte di Giustizia.

<sup>225</sup> Cfr. DELMAS-MARTY, *Les modèles d'harmonisation*, in DELMAS-MARTY, PIETH, SIEBER, *Les chemins de l'harmonisation pénale*, cit., 433 – 440 , che propone quali modelli alternativi quello *sovranista*, quello

Il ruolo che i giudici ha assunto nel sistema penale contemporaneo, risulta certamente molto complesso e, per certi aspetti, controverso. Ma tutto questo si complica ulteriormente quando si tratti di definire il ruolo ambiguo dei diritti fondamentali. Essi, infatti, per un'imprevedibile evoluzione della società, sono divenuti norma organizzatrice della coscienza collettiva e misura dell'azione pubblica, di modo che elevarli al rango di fonte comporta una minore capacità di deliberare e decidere in comune, e rischia di allontanarci dalla democrazia. Per questa ragione affidare la cura dei diritti umani al giudice sovranazionale, potrebbe rappresentare l'estrema conseguenza di una giurisdizionalizzazione della democrazia, segno evidente della sua crisi<sup>226</sup>.

#### 4. L'armonizzazione del diritto penale.

Nessun sistema giuridico opera nel vuoto, e può facilmente essere verificato come sistemi diversi abbiano sempre interagito tra loro. Oggi assistiamo, però, a due processi ben più strutturati, sorti nel contesto della globalizzazione, che potremmo chiamare *internazionalizzazione e modernizzazione* del diritto.

Il fenomeno della globalizzazione possiede certamente una dimensione extragiuridica, riscontrabile in una progressiva omogeneizzazione socio-culturale, che a sua volta genera comportamenti simili in paesi diversi (in particolare in relazione al progresso delle nuove tecnologie), alcuni dei quali possono essere qualificati come condotte criminose. In tal senso si può osservare che, quand'anche non vi sia una legislazione sovranazionale armonizzata, talvolta l'introduzione di certe disposizioni in un sistema finisce per influenzarne altri. L'armonizzazione del diritto penale, in questo caso, prende forma non in base ad un processo di internazionalizzazione in senso tecnico – cioè in base a

---

*universalista*, quello *umanista* e quello *legalista*, propendendo, infine, per un modello pluralista che tenda, al contempo, al legalismo e all'umanismo: cfr. DELMAS-MARTY, *Conclusion : évaluation critique des pratiques au regard des modales*, DELMAS-MARTY, *Les modèles d'harmonisation*, in op. ult. cit., 441 – 447.

<sup>226</sup> Su tali questioni si rinvia alle acute osservazioni di GAUCHET, *Le droits de l'homme ne sont pas une politique*, in *Le débat*, n. 3, 1980, p. 3 s.; Id., *Quand les droits de l'homme devient une politique*, in *Le débat*, n. 110, 200, p. 258 ss

Convenzioni o altri documenti internazionali giuridicamente vincolanti - ma attraverso una diffusione orizzontale e spontanea di norme giuridiche tra sistemi diversi. Proprio a questo processo vuol farsi riferimento con il concetto di “modernizzazione” del diritto<sup>227</sup>. I due processi di modernizzazione e internazionalizzazione finiscono, poi, per completarsi l’un l’altro, contribuendo così alla progressiva espansione dell’area del penalmente rilevante<sup>228</sup>. L’impatto della globalizzazione sul diritto penale, infatti, va anche oltre l’internazionalizzazione, in base alla “forza unificante” della globalizzazione che determina la *modernizzazione* del diritto penale. In molti paesi vi sono comportamenti socialmente condannati che, in altri vengono criminalizzati solo in un secondo momento. Lo stalking è un buon esempio di questo fenomeno: gli atti persecutori non erano, fino a qualche tempo fa, soggetti ad alcuna regolazione internazionale, e non si potevano, in effetti, inquadrare in nessuna delle categorie dei crimini tradizionalmente presi in conto a livello internazionale; tale condotta è stata progressivamente criminalizzata in sempre più paesi, che hanno sostanzialmente riprodotto quanto avveniva in contesti geograficamente o culturalmente prossimi ben prima che giungesse la regolamentazione convenzionale<sup>229</sup>.

Per quanto riguarda il meccanismo di integrazione tra sistemi nel contesto internazionale, possiamo individuare, principalmente, due diversi modelli. Un primo modello, che potremmo chiamare *eunomico*, è caratterizzato dall’operato di un certo numero di attori (specialmente giudiziari), e la sua principale linea evolutiva è rintracciabile nell’aumento della consapevolezza per quanto riguarda i diritti umani, talvolta sanciti solennemente in strumenti vincolanti, talaltra tradotti in vari principi e strumenti di *soft law*. Questo modello, disponendo di un certo potere di *enforcement* per arginare l’influenza reciproca lungo una linea verticale tra la sfera transnazionale e quella nazionale, mira a proteggere l’individuo in quanto

---

<sup>227</sup> Di tale processo tratta anche PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1104, rinvenendone la fenomenologia nell’affermazione di una dimensione pluralistica e policentrica, nella deformazione del perimetro delle categorie tradizionali e nella dislocazione multilivello dello statuto penale.

<sup>228</sup> Cfr. NOWAK, *The internationalization of the Polish criminal law: how the Polish criminal law changed under the influence of globalization*, *Crime Law Soc Change* (2013) 59:139, 142.

<sup>229</sup> *Ibidem*, 150.

tale, mediante continue incursioni nella sfera di sovranità nazionale, secondo il paradigma dell'universalità, dovendosi pertanto confrontare anche con i conflitti interni che inevitabilmente sorgono dall'incontro tra il diritto penale e i diritti umani. Ma quest'enfasi su una giustizia penale orientata ai diritti umani – vista in termini strumentali come mezzo efficace per la protezione di interessi individuali – sta ugualmente minando dall'interno i più classici principi del diritto penale.

Il secondo modello, invece, poggia su una rete orizzontale di strumenti bilaterali e multilaterali di cooperazione tra Stati in materia penale – come ad es. quelli di assistenza reciproca nell'acquisizione delle prove, il trasferimento di procedimenti, l'esecuzione di decisioni straniere e le procedure di estradizione. Questo modello, che potremmo chiamare *dialogico*, mira principalmente ad assicurare buone relazioni tra gli Stati, all'interno dei quali rimane tutto il potere di *enforcement*. Il suo ambito materiale è piuttosto differente da quello coperto dal primo modello, in quanto tende ad includere tanto i reati comuni quanto quelli “transfrontalieri”, e si differenzia anche perché segue i classici modelli di relazioni internazionale, secondo un approccio in cui non vi è un'unica fonte di potere né alcun “trattocostituzionale”. Mentre un sistema come quello della CEDU può a buon diritto essere considerato “eunomico”, dal momento che elabora definizioni autonome della materia penale, individuando uno standard comune che permetta l'applicazione uniforme della Convenzione per proteggere l'individuo in quanto tale (anche se il potere di *enforcement* rimane, in fondo, in capo gli Stati), il sistema dell'Unione è più difficile da inquadrare: se fino agli anni '90 presentava tratti più spiccatamente “dialogici”, concentrandosi sulla cooperazione interstatale, la sua recente evoluzione costituzionale riapre il dibattito sulla natura e le caratteristiche del suo diritto penale. Tuttavia non sembra che possa attualmente inserirsi in alcuna categoria preindividuata, perché non si limita a rafforzare le buone relazioni tra Stati né, d'altra parte, opera ponendo la tutela dell'individuo come obiettivo prioritario<sup>230</sup>. Come si può riscontrare nella maggior parte degli strumenti legislativi dell'Unione, infatti, l'armonizzazione del diritto penale viene per lo più considerata indispensabile per assicurare la corretta ed uniforme applicazione delle normative europee e il conseguimento degli obiettivi dell'Unione, sebbene talvolta

---

<sup>230</sup> Così. FICHERA, *Criminal Law beyond the State: The European Model*, in *European Law Journal*, Vol. 19, No. 2, Marzo 2013, 182-185.

ciò sia considerato necessario anche per garantire l'eguaglianza tra i cittadini europei assicurando loro gli stessi diritti, proteggere gli attori economici dalle varie attività illecite che potrebbero incidere sulla libera concorrenza, e fare fronte ad attività criminali internazionali.

Invero, può riconsociersi più di una funzione al processo di armonizzazione: se da una parte, tradizionalmente, l'Unione ha fatto ricorso a tale strumento per favorire la cooperazione giudiziaria tra le autorità nazionali (c.d. funzione "ausiliaria"), vi sono certamente ulteriori funzioni che, per contrapposizione alla prima, potremmo definire autonome. In primo luogo, l'armonizzazione avrebbe (o dovrebbe avere) la funzione di garantire una maggiore efficacia della lotta al crimine; in secondo luogo dovrebbe contribuire al rafforzamento delle garanzie del reo e rafforzare i presupposti della libertà di circolazione e la nozione di cittadinanza europea; infine, come si vedrà meglio più avanti, l'armonizzazione esercita una fondamentale funzione politico-criminale<sup>231</sup>.

Giova precisare, prima di procedere oltre nell'osservazione del fenomeno "armonizzazione" nel contesto europeo che astrattamente vi sono una pluralità di strumenti preposti all'instaurazione di un sistema coordinato volto alla più efficace repressione dei fenomeni criminali. In particolare, possiamo distinguere tra metodi di intervento orizzontale (coordinamento e cooperazione, che possono, a norma dell'art. 4 TFUE, essere considerati degli obiettivi *in se*) e metodi di intervento verticale, ovvero di integrazione<sup>232</sup>. Mentre l'unificazione comporta la sostituzione delle regole, e l'uniformazione l'incorporazione e l'imposizione dell'equivalenza, l'armonizzazione è anzitutto una tecnica normativa di ravvicinamento, in qualche modo preordinata a favorire la fiducia reciproca ed il mutuo riconoscimento. In realtà, ciascun metodo è importante e va integrato con gli altri. E, tuttavia, la scelta dei metodi normativi può essere compresa solo alla luce degli obiettivi delle

---

<sup>231</sup> Sul punto v. anche WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, 177-187.

<sup>232</sup> Per questa distinzione v. BAUCHY, CORNETTE, COUTIS, *L'espace de liberté sécurité justice : un droit à géométrie variable?*, in RTD Eur., 2012 ; cfr. anche RINOLDI, *Lo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, in *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte Speciale. Il diritto sostanziale*, a cura di DRAETTA, PARISI, Giuffrè, 2014, 62, secondo il quale dalla lettura dei Trattati non emerge un ordine gerarchico, ovvero una priorità logica fra riconoscimento reciproco e ravvicinamento delle disposizioni nazionali, ma piuttosto la loro complementarità.

istituzioni che li adottano<sup>233</sup>. Per quanto riguarda l'Unione, l'armonizzazione sembra da preferire perché si colloca a metà strada tra gli estremi della codificazione uniformante edell'isolamento dei sistemi, alternative che risultano attualmente, e in egual misura, non percorribili<sup>234</sup>. Inoltre l'armonizzazione rappresenterebbe un valido strumento di lotta contro le disparità legislative tra gli Stati membri e costruirebbe una politica penale che oltrepassa la cooperazione e diviene strumento di affermazione dell'identità europea<sup>235</sup>. Ciò pone, però, due fondamentali questioni: fino a che punto ci si vuole spingere sulla via dell'integrazione penale? E, in secondo luogo, che valori vogliamo che essa difenda? Come testimonia, tra le altre cose, l'esistenza della Carta dei diritti, l'Unione non è soltanto uno spazio normativo, ma anche una comunità di valori, principi e diritti. L'armonizzazione presenta, infatti, questioni di varia natura: non solo istituzionali e tecnico-normative, ma anche politiche<sup>236</sup> e “filosofiche”. Per comprendere quest'ultimo aspetto, guardando all'armonizzazione come creazione di una comunità di valori e processo connesso alla dimensione assiologica del diritto penale, occorre chiedersi se l'Unione stia cercando di mettere in piedi una comunità di divieti o una comunità di libertà e diritti, anche se la risalente alla giurisprudenza sul “mais greco” lascerebbe presagire una tendenziale prevalenza della prima<sup>237</sup>.

Non manca chi ritiene che i diversi sistemi nazionali europei avrebbero in comune molto più di quanto non abbiano di differenziato, sebbene le diverse tradizioni e

---

<sup>233</sup> Per approfondimenti v. MOUNCIF-MOUNGACHE, *Les méthodes normatives : intégration, uniformisation, harmonisation, coordination, coopération dans l'espace pénal européen*, in ZEROUKI-COTTIN, *L'espace op. cit.*, 49-69.

<sup>234</sup> Così DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris, ed. du Seuil, 2006 e LABAYLE, *Vingt ans : l'âge de raison pour un espace de liberté?*, RAE, 2012/1, 102.

<sup>235</sup> Così TRICOT, *L'harmonisation pénale accessoire: question(s) de méthode ; observations sur l'art et la manière de légiférer pénalement selon l'Union européenne*, in *Le droit pénal au lendemain du traité de Lisbonne*, 2012, 18.

<sup>236</sup> Ad esempio, sulla costituzionalizzazione del sistema penale UE e sulla progressiva definizione di una politica criminale europea, v. BEAUVAIS, DUBOS, *Droit pénal et droit de l'Union européenne : vers un droit fédéral?*, in SAINT-PAU, *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, Cujas, 2012, 441 s.

<sup>237</sup> Così PIN, *Les enjeux de l'harmonisation pénale*, in *Les méthodes normatives : intégration, uniformisation, harmonisation, coordination, coopération dans l'espace pénal européen*, in ZEROUKI-COTTIN, *L'espace pénal européen : à la croisée des chemins ?*, *Actes de la journée d'études du 30 mai 2013 à l'Université Jean Monnet Saint-Etienne, Les dossiers de la R.D.P.C*, La Chartre, Bruxelles, 2013, 89-100.

approcci culturali comportino il rischio di suscitare nell'opinione pubblica un'apprensione rispetto al modo in cui operano gli altri sistemi, allarme cui proprio l'armonizzazione cerca di far fronte<sup>238</sup>. Tuttavia, tale processo dovrebbe rispettare le differenze economiche e sociali di ciascun contesto territoriale affinché possa essere accettata dai soggetti cui si impone<sup>239</sup>.

Va notato, inoltre, che il processo di armonizzazione presenta vari gradi e velocità a seconda dell'area interessata, ed è di conseguenza importante, per una teoria dell'armonizzazione, scoprire cause e condizioni di questo sviluppo differenziato. L'analisi delle forze di trasformazione e del ruolo degli attori del processo di armonizzazione permette di cogliere le differenze del grado e dell'ampiezza di questa nei vari settori del diritto penale, e di verificare l'esistenza di una pluralità di processi di interazione<sup>240</sup>. La combinazione dei diversi processi avviene, però, in modo non lineare, bensì circolare, in relazione agli attori coinvolti e agli interessi che vengono in rilievo. Così, nonostante il diritto penale dovrebbe essere sufficientemente rigido da assicurare la sicurezza giuridica, il controllo delle nuove tecniche obbedisce ad una logica *flou*, di prossimità, con margini variabili, e ciò riduce la prevedibilità delle conseguenze, comportando il rischio di incoerenza, superpenalizzazione e, quindi, minaccia i diritti umani<sup>241</sup>.

Le differenze nell'armonizzazione dei vari settori possono essere spiegate in base al diverso grado di "posizione comune" e ai diversi interessi di politica criminale dei principali attori coinvolti. L'armonizzazione sarà supportata quando spingano in questa direzione l'esistenza di una posizione giuridica comune e l'interesse di attori influenti. Quest'ultimo elemento, in particolare, può risultare determinante

---

<sup>238</sup> Cfr. THOMAS, *Foreword*, in CASSUTO, *Une Europe, deux lois pénales*, Bruylant, 2013, 1-2.

<sup>239</sup> Sulla dipendenza culturale del diritto penale dal contesto tradizionalmente caratterizzante un certo territorio v. GREVE, *European criminal policy: towards universal laws?*, in JAREBORG, *Towards universal laws, trends in national, European, and international lawmaking*, Uppsala, 1995, 91-116.

<sup>240</sup> Da una parte vi è chi distingue tra infrazioni che ledono interessi unicamente nazionali - per le quali l'integrazione si limita a facilitare la cooperazione, quelle che hanno un carattere internazionale - oggetto di una politica maggiormente integrata, e quelle che ledono interessi prettamente comunitari - che richiedono, al limite, l'unificazione. Altri rinvencono una sorta di parabola che parte e ritorna alla cooperazione giudiziaria, passando per l'integrazione normativa e la razionalizzazione delle infrazioni.

<sup>241</sup> Così DELMAS-MARTY, *Les processus d'interaction*, *cit.*, 419- 432.

anche in difetto del primo, specialmente quando possano essere usati strumenti sovranazionali vincolanti. Ciò comporta, però, il rischio di giungere ad una sorta di colonialismo giuridico, oltre che all'evidente impiego del diritto penale per raggiungere obiettivi politici, ciò che gli farebbe perdere il suo tradizionale carattere di *extremaratio*; d'altra parte, questa sovranità penale "condivisa" lo frammenta e rende più complesso, con discipline sovrapposte e, al limite, contrapposte.

Le differenze tra i vari ordinamenti nazionali, però, diverranno forse sempre meno significative in un mondo dominato dall'influenza dai media internazionali<sup>242</sup> e di altri agenti dello scambio, attori del processo di armonizzazione, fra i quali hanno sicuramente un ruolo determinante le organizzazioni e istituzioni di governo sovranazionali, la cui forza dipende in gran parte dal grado di indipendenza dell'organizzazione dalla volontà dei suoi membri. In questo senso l'Unione, grazie alla centralità dell'azione della Commissione, sembrerebbe godere di una certa autonomia. Ma anche la giurisprudenza delle corti sovranazionali contiene forti segnali pro-armonizzazione, avendo questi giudici sviluppato un forte senso europeo di autostima. Sul ruolo dei diversi attori istituzionali dell'Unione e sul loro diverso atteggiamento nei confronti della materia penale sarà bene, però, ritornare con maggiore approfondimento. L'interesse della società civile e delle ONG è ugualmente determinato dalla materia in questione e, se da un lato ciò impedisce generalizzazioni, si può però sostenere che la tendenza sia maggiormente favorevole all'armonizzazione che all'autonomia statale. Infine anche i *media* supportano talvolta interessi nazionali e talaltra l'armonizzazione, così che diventa difficile attribuirle un ruolo specifico, sebbene in entrambi i casi ciò avvenga quasi sempre per sostenere la scelta maggiormente repressiva<sup>243</sup>. Ed è questo il principale effetto del cambiamento nelle regole sulla responsabilità suscitato dagli strumenti di armonizzazione del diritto penale, ovvero un'estensione dell'ambito di punibilità. È vero che la maggior parte degli strumenti internazionali non contengono disposizioni dettagliate sulle regole di parte generale, limitandosi ad

---

<sup>242</sup>Che secondo ARROYO ZAPATERO, *op. ult. cit.*, 27, dimostrerebbe addirittura l'esistenza di un'opinione pubblica mondiale.

<sup>243</sup>Così SIEBER, *op. cit.*, 385 – 417.



imporre agli Stati l'obbligo estendere la punibilità alle varie categorie di compartecipi o a chi realizzi fattispecie prodromiche al fenomeno criminale che si intende reprimere, lasciando per il resto che le regole specifiche sulla forma di responsabilità siano dettate dalla normativa nazionale, e tuttavia talvolta certi strumenti internazionali comprendono disposizioni su specifici principi di responsabilità che possono avere un impatto diretto sul diritto nazionale, nonostante le modifiche più significative riguardino sempre la c.d. parte speciale, fornendo nuove definizioni più estensive di illeciti già esistenti, per dare copertura ad interessi che prima non erano protetti, o anche criminalizzando condotte *ex novo*<sup>244</sup>.

Ma, una volta assodato che la globalizzazione ha ampliato l'ambito di punibilità, occorre esaminare la qualità della nuova legislazione, oltre che riflettere sulla reale necessità di tali cambiamenti. Sul primo punto vi sarebbe molto da dire, almeno per quella legislazione di recepimento di strumenti internazionali, spesso elaborata di fretta per rispettare le scadenze imposte dalle istituzioni sovranazionali. Per di più, i metodi di recepimento variano spesso, ed è quindi difficile reperire una regola; in particolare, sembra che la scelta del metodo non dipenda dal fatto che la disposizione da recepire sia del tutto nuova o meno al sistema nazionale. Talvolta le disposizioni sovranazionali vengono direttamente trasposte, magari recependole nel codice penale, con le complicazioni che comporta l'applicazione di istituti concepiti per funzionare in sistemi diversi; altre volte, le norme sovranazionali vengono trasposte indirettamente, tentando di decodificare l'essenza della normativa o degli istituti contenuti nello strumento internazionale e di adattarli nel migliore dei modi alle caratteristiche del sistema domestico. Ancora una volta questo metodo comporta, quindi, complicazioni nell'adattamento degli istituti, riflettendo adeguatamente le caratteristiche degli stessi per come concepiti a livello sovranazionale. Altre volte ancora, infine, ci si limita a clausole di assimilazione. In sintesi, quindi, non sembra esservi una riflessione coerente su metodi e tecniche di armonizzazione neanche per quanto riguarda la fase del recepimento. Il problema si pone anche sul piano terminologico, tanto nei casi di recepimento di strumenti internazionali, quanto nella criminalizzazione di comportamenti sotto l'effetto della modernizzazione e globalizzazione del diritto, e sia che si tratti di traduzione

---

<sup>244</sup> Così NOWAK, *op. cit.*, 142-144.

e adattamento al contesto nazionale, sia che si tratti di individuare le coordinate della punibilità di fenomeni finora sconosciuti al diritto penale.

La bassa qualità della legislazione potrebbe dunque generare diversi ordini di problemi. Da una prospettiva sovranazionale, spesso il livello di armonizzazione raggiunto dagli Stati non è soddisfacente e ciò può incidere negativamente sulla cooperazione nel contrasto alla criminalità transfrontaliera. Gli strumenti di ravvicinamento spesso mancano di coerenza, anche per la loro spiccata tendenza a reagire all'evenemenziale, cui si deve il continuo sforzo di razionalizzazione e programmazione dei Trattati e dei documenti politici che si sono susseguiti nel tempo; inoltre essi offrono spesso definizioni particolarmente vaghe delle fattispecie criminose<sup>245</sup>. Sul fronte domestico, invece, l'uso di termini poco chiari per la definizione degli illeciti potrebbe essere contestato dal punto di vista dei principi costituzionali di *nullum crimen sine lege*, certezza del diritto, tassatività e sufficiente determinatezza, presupposti indefettibili anche per una adeguata valorizzazione del principio di colpevolezza.

Sebbene la diversità dei sistemi giuridici non sia un valore in sé, e non vada pertanto preservata a tutti i costi, non bisogna però trascurare di mantenere un sistema penale interno coerente, giacché la coerenza contribuisce ad assicurare l'effettiva persecuzione dei crimini, oltre a rappresentare una necessaria conseguenza del rispetto dei principi costituzionali, che talvolta il legislatore, sotto la spinta internazionale, tende a dimenticare. E ciò risulta ancora più grave se si riflette sul fatto che, nella maggior parte dei casi, le nuove criminalizzazioni non sono giustificate da studi approfonditi sull'efficacia delle misure introdotte né sui fenomeni che si intende contrastare.

Sembra, peraltro, esservi grande confusione sui criteri che ispirano il ravvicinamento delle legislazioni penali; sebbene la gravità o il carattere transnazionale del fenomeno siano criteri fondamentali (cui fa oggi espressa menzione anche l'art. 83 TFUE) sembra che un ruolo decisivo lo abbia spesso giocato, piuttosto, l'attualità del problema, di modo che l'armonizzazione diventa un modo per rispondere all'esigenza di prendere posizioni su temi che focalizzano l'attenzione dell'opinione pubblica<sup>246</sup>. Così, ritenendo sufficiente dare seguito agli

---

<sup>245</sup>WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: cit.*, 259.

<sup>246</sup>*Ibidem*, 261-262.

strumenti sovranazionali, non si tiene minimamente in conto il principio di *ultima ratio* nell'introduzione di nuovi crimini, che viene stabilita caso per caso. In conclusione, essendo, peraltro, controversa la possibilità di abolire i nuovi crimini senza contravvenire agli obblighi internazionali, si dovrebbe prestare molta più attenzione alla qualità della legislazione e alla chiarezza della definizione degli illeciti<sup>247</sup>.

#### 5. Il ruolo della giurisprudenza.

Tra le ragioni del ruolo, indubbiamente protagonista, acquisito dal formante giurisprudenziale vi è certamente la pluralità di norme; quanto più la norma applicabile è incerta, infatti, tanto più si amplia lo spazio di intervento della giurisprudenza. E il diritto europeo, i cui ci occupiamo, è, non a caso, stato considerato come un diritto di stampo marcatamente pretorio, come si desme dalle stesse disposizioni contenute nelle carte istituzionali e dal ruolo di interpretazione autentica riconosciuto alla Corte di Giustizia<sup>248</sup>.

Più in generale, l'ascesa dell'universo giuridico - e del potere giudiziario in particolare - può considerarsi il prodotto della rivoluzione del mercato e dell'opinione. In un contesto di forte crisi dei valori tradizionali, dei partiti politici e dei sindacati, l'opinione pubblica, potente forza motrice del cambiamento, dedica attenzione e ripone speranze nell'attività della magistratura. Un altro importante fattore da tenere in considerazione è il processo di costituzionalizzazione e internazionalizzazione del diritto, che pure contribuisce a fare dei giudici il principale motore del sistema, mettendo fine alla tradizionale e positivista onnipotenza della legge; infine, un'ulteriore giurisdizionalizzazione comporta anche il passaggio da uno stato amministratore a uno stato regolatore.

Vi è certamente una grossa difficoltà a risolvere i problemi più complessi e le questioni più sensibili in modo consensuale a causa della sparizione degli attori sociali e della conseguente difficoltà a trovare compromessi, e ciò conduce alla sopravvalutazione del sistema penale e ad affidare alla magistratura problemi che si collocherebbero al di fuori della loro sfera di competenza. In verità, il potere

---

<sup>247</sup>NOWAK, *The internationalization of the Polish criminal law: how the Polish criminal law changed under the influence of globalization*, *Crime Law Soc Change* (2013) 59:139, 151-154.

<sup>248</sup> Così PALIERO, *Il diritto liquido*, cit., 1113 ss.

giudiziario dovrebbe essere un contropotere, ma ciò può avvenire solo quando vi sia un potere sufficientemente consolidato e funzionante cui contrapporlo, diventando, altrimenti, un potere assoluto. A tale problema si aggiunge il fenomeno corporativo della classe magistratuale e la loro irresponsabilità politica e mediatica<sup>249</sup>. Inoltre, consegnare alle corti il governo dei diritti significa da un lato sottrarlo alle istanze decisionali democratiche e dall'altro produrre decisioni non più affidate all'autorità ma all'autorevolezza<sup>250</sup>.

Oggi assistiamo dunque alla nascita di una diffusa politica criminale giudiziaria che, seppure in realtà c'è sempre stata, non può più essere considerata una "*kriminalpolitik im kleine*", perché arriva a ridisegnare le coordinate di interi istituti, argomentando a partire da principi sovraordinati o da accumuli e revisioni di massime-precedente, e quindi proprio da norme di origine giudiziaria<sup>251</sup>. E in questo processo, sia di produzione che di rielaborazione, un ruolo centrale è svolto dalle corti di Strasburgo e Lussemburgo<sup>252</sup>. Quest'ultima, in particolare, ha avuto un ruolo determinante nel ricavare i principi generali del diritto europeo utilizzando il metodo comparatistico e applicandoli – anche per la prima volta – come se si trattasse di principi comuni e diffusi nei vari sistemi nazionali<sup>253</sup>.

Poiché non esistono statistiche specifiche, è difficile conteggiare con esattezza i ricorsi in materia penale introdotti davanti alla Corte di Giustizia, anche perché non ci si dovrebbe limitare ai procedimenti relativi alla cooperazione giudiziaria e di polizia, ma si dovrebbe tenere conto, altresì di alcuni ricorsi sulla politica estera e di sicurezza comune a esempio in materia di terrorismo (che pure toccano questioni di *ius puniendi* o anche i casi in cui il diritto penale domestico interferisce

---

<sup>249</sup>MINC, in CASSUTO, *Une Europe, deux lois pénales*, Bruylant, 2013, 73-80.

<sup>250</sup> Così PALIERO, *Il diritto liquido, it.*, 1130.

<sup>251</sup> È stato sostenuto, in proposito, che, nello spazio giuridico europeo, lo stesso principio di legalità assume un volto "polifonico", non soltanto perché non risulta più incentrato sulla *lex parlamentaria*, ma anche perché pure il diritto penale giurisprudenziale assume una funzione determinante per la fissazione dei presupposti e dei limiti dei fatti punibili: cfr. FIANDACA, MUSCO, *Dirito penale. Parte generale*, cit., 63.

<sup>252</sup>DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, 44-45.

<sup>253</sup> Cfr. HILF, *The role of comparative law in the jurisprudence of the court of justice of the European communities*, in *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Quebec, 1986, 558 ss.

con le libertà fondamentali dell'Unione); ma, nonostante tutto, nessuno può negare che di tutti questi ricorsi vi sia stato un sensibile aumento<sup>254</sup>.

Sebbene l'obbligo d'interpretazione conforme trovi il suo limite in una lettura *contra legem* degli strumenti europei, sembra che la Corte di Giustizia possa partecipare alla funzione incriminatrice, come può ricavarsi dalla giurisprudenza *Cantoni*<sup>255</sup>. Tutto questo dimostra la funzione cruciale del procedimento pregiudiziale, che può risolvere le questioni sulla fondatezza di un'incriminazione allorché il diritto dell'Unione determini la punibilità del comportamento incriminato dal diritto nazionale, anche quando recepisca una direttiva<sup>256</sup>.

Il fatto che, in virtù dei principi del primato e dell'effetto diretto, si imponga accanto all'interpretazione costituzionalmente conferme anche una "eurounitariamente orientata", per rendere le disposizioni penali coerenti col diritto europeo, costituisce un segno della dimensione costituzionale dell'Unione. Questo è confermato dall'apicalizzazione dell'attività interpretativa nelle mani della Corte di Giustizia, secondo una logica verticale che applica il criterio di conformità mediante i meccanismi di invalidità e disapplicazione, ciò che permette di distinguere questa tecnica dall'interpretazione sistematica.

Va considerato, in proposito, che le fonti europee chiamate a orientare la lettura delle disposizioni di diritto interno, condizionandone il significato, racchiudono sempre più spesso norme valoriali di principio e di garanzia, determinando così obblighi di conformazione non solo per ragioni essenzialmente gerarchiche ma

---

<sup>254</sup> Come emerge dalla lettura delle relazioni annuali della Corte, disponibili sul sito [www.curia.eu](http://www.curia.eu); sul punto v. anche WEYEMBERGH, RICCI, *Le traité de lisbonne et le controle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, in BRAUM, WEYEMBERGH (a cura di), *Le controle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2009, 227 ss.

<sup>255</sup> CEDU, 22 ottobre 1986, *Cantoni c. Francia*, Ric. n. 17862/91; nello stesso senso NIETO MARTIN, *Architecture judiciaires du droit pénal européen*, in GIUDICELLI-DELAGE, *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, Paris, Société de législation Comparée, 2010, 284-285. Nel caso indicato, l'incriminazione nazionale poggiava su di una definizione adottata in una direttiva; dal momento che la Corte aveva più volte interpretato la nozione, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la prevedibilità della pena era stata rispettata nella misura in cui la giurisprudenza europea aveva partecipato alla precisione della legge penale.

<sup>256</sup> COVOLO, *Et la judiciarisation de l'Espace pénal fut... mais où se cache le juge pénal européen?*, in *Cahiers de droit européen*, 1/2011, 113.

anche e prima ancora -al pari di quanto avviene con le costituzioni nazionali - su istanza di prevalenza assiologica<sup>257</sup>.

L'idea di costituzione evoca una legge superiore, l'osservanza della quale è assicurata dalla revisione giudiziale, e, a ben vedere, è proprio grazie ad alcune decisive sentenze della Corte di Giustizia che ha cominciato a prendere forma l'attuale assetto dell'Unione, a partire dal suo riconoscimento come autonoma comunità di diritto<sup>258</sup>. Tale autonomia si manifesta nella transnazionalizzazione delle varie materie coinvolte e nella pretesa che tale processo conduca ad un'unità, ordine e coerenza del sistema, e lo stesso superamento del sistema dei pilastri, espressione dell'esigenza di unità e coerenza di ogni costituzionalizzazione, è il segno evidente di quest'ultima, in cui un ruolo di non poco rilievo sarà giocato, ancora una volta, dalla Corte di Giustizia<sup>259</sup>.

In ogni caso, non può non rilevarsi, indipendentemente dall'impatto degli strumenti normativi di armonizzazione, l'enorme "europeizzazione" del diritto penale domestico ad opera, anzitutto, dei giudici - e tale fenomeno sembra destinato ad acquisire ulteriore rilievo con la futura adesione dell'Unione alla CEDU, prevista dal Trattato di Lisbona. Anzitutto perché le norme della Convenzione sono (già) strumentali all'individuazione dei principi fondamentali, e dunque, in tal senso, vere e proprie norme primarie; in secondo luogo perché, con l'equiparazione della Carta ai Trattati, in virtù dell'art. 52 della stessa, le sue norme si intendono sostanzialmente equivalenti a quelle della Convenzione, per la cui interpretazione si deve fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In terzo luogo, quando avverrà l'adesione, il giudice ordinario potrà addirittura disapplicare norme interne incompatibili con la CEDU, in virtù del

---

<sup>257</sup> Così BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Brevi osservazioni di un penalista*, *Dir. pen. contemporaneo*, n. 3/2013, 230-241.

<sup>258</sup> A partire dalle note sentenze 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* C 26/62 e 15 luglio 1964, *Costa c. Enel*, C 6/64.

<sup>259</sup> Lo stesso Autore riconosce, però, che, sebbene il trattato di Lisbona abbia accresciuto la coerenza al livello costituzionale "di superficie", assemblando le previsioni sullo Spazio comune sotto un unico titolo del Trattato e armonizzando gli strumenti e le procedure legislative disponibili, permane una cospicua frammentazione, che mina ancora l'ordine e l'unità del sistema, spesso definito, infatti, "a geometria variabile": cfr. TUORI, *European Security Constitution?*, in *Legal studies research paper series*, 2013, n. 12.

novellato art. 6 TUE, che ad esse conferisce il rango di diritto primario dell'UE, al pari dei Trattati. Tale potere non esclude sempre l'obbligo di sollevare questione pregiudiziale alla Corte costituzionale e non privo di limiti, i quali sono stati prontamente individuati da quest'ultima con la sent. 80/2011. In essa, i giudici non hanno negato affatto il nuovo assetto sopra descritto, ma hanno delimitato il conseguente potere del giudice ordinario ai casi in cui le norme CEDU vadano riferita a materie di competenza dell'Unione o, più precisamente, unicamente rispetto a norme nazionali che costituiscano attuazione della normativa dell'Unione, e ciò appare in linea con il disposto dell'art. 6 TUE, secondo cui tali innovazioni «non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati»<sup>260</sup>.

## 6. La dimensione costituzionale del diritto penale dell'Unione

Il diritto penale è la branca del diritto per la quale una sanzione è pronunciata in nome della società in seguito a un turbamento dell'ordine pubblico causato dalla trasgressione di una norma ritenuta essenziale, indipendentemente da ogni altra considerazione, in particolare sul pregiudizio subito dalla vittima<sup>261</sup>. In questo senso l'ordine pubblico può considerarsi un dato astratto di cui il diritto penale fornisce il contenuto. Incriminare un comportamento, quindi, significa affermare che il valore sociale minacciato costituisce uno dei pilastri dell'ordine pubblico<sup>262</sup>, così che i valori sociali protetti dal diritto penale offrono un'idea dell'ordine pubblico in un dato momento in una data società.

Si ritiene, generalmente, che vi sia una sorta di consustanzialità tra ordine pubblico e Stato. Eppure, riconoscendo come l'ordine pubblico abbia un substrato politico, e non solo giuridico, e che lo Stato non sia che una delle possibili forme di organizzazione dei rapporti tra gli individui, si può forse concepire l'ordine

---

<sup>260</sup> Sul punto cfr. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 657 ss.

<sup>261</sup> DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n. 2, 1.

<sup>262</sup> CONTE, MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, XXI° ed., Dalloz, 2009, n. 1, 1.

pubblico anche nella dimensione sovrastatale, trans-statale o interstatale<sup>263</sup>. Per quanto la la sovranità costituzionale sia tradizionalmente riferibile agli Stati nazionali, e l'Unione non sia uno Stato, ma un ordinamento giuridico autonomo di nuovo genere<sup>264</sup>, può affermarsi, anche in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che questa abbia acquisito una sua propria dimensione costituzionale, come prova il fatto che sia stata capace di fornire direttamente agli individui diritti positivi perfetti. Ma se l'Unione è costituzionalmente legittimata a riconoscere e fornire diritti, lo potrebbe essere anche a restringerli, in particolare promuovendo l'adozione di norme incriminatrici. Inoltre, se la legittimazione dello Stato, in termini hobbesiani, deriva dal cedimento di diritti di libertà al sovrano perché protegga gli individui da determinati rischi, è ragionevole ritenere che se l'Unione mostra ai cittadini che vi sono rischi dai quali lei sola può proteggerli, essi accetteranno di concederle questo potere<sup>265</sup>.

Una comunità usa le pene per preservare la propria integrità e identità, e in questo senso la legislazione e le sanzioni penale sono un elemento importante per l'autorappresentazione della comunità e la sua proiezione all'esterno. Nel caso dell'Unione, però, il problema è se l'autorità e la giustificazione dell'uso legittimo della forza possano essere fondati su un insieme metagiuridico e transnazionale di valori cardine attraverso i quali gli organi dell'Unione possano “parlare il linguaggio” della comunità – ovviamente considerando che tale insieme di valori non può semplicemente essere identificato in un catalogo di diritti fondamentali, ma va in qualche modo internalizzato per poter essere “comunicato” ai cittadini, anche attraverso norme penali per risultare legittimo ai loro occhi.

Una tra le più autorevoli posizioni contrarie ai risvolti penalistici del processo costituzionale dell'Unione sinora espresse è certamente quella del Tribunale costituzionale tedesco che ha chiarito la propria posizione sul punto con la nota

---

<sup>263</sup> Per approfondimenti v. ROLAND, *L'ordre public et l'Etat, Breves réflexions sur la nature duale de l'ordre public*, in DUBREUIL, *L'ordre public, Actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le centre Michel de l'hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I)*, Editions Cujas, 2013, 9-20.

<sup>264</sup> Secondo COOPER, *The breaking of nations*, Atlantic books, Londra, 2004, l'Unione può essere qualificato come un “UPO” (*unidentified political object*).

<sup>265</sup> UGELVIK, *States of security. How the Lisbon treaty changes area of freedom, security and justice*, HUDSON, UGELVIK, *Justice and security in the 21st century. Risks, rights and the rule of law*, Routledge, 2012, 225-228.



sentenza “*Lissabon*” del 30 giugno 2009<sup>266</sup>. Secondo i giudici di Karlsruhe, il diritto penale non sarebbe uno strumento tecnico-giuridico destinato a rendere più effettiva una cooperazione internazionale, servendo piuttosto a garantire la decisione sul minimo etico del diritto. Quindi, a prescindere dall’esistenza di valori condivisi a livello europeo, la criminalizzazione di comportamenti sociali sarebbe solo in parte da ciò desumibile, poiché la decisione relativa alla punibilità di un determinato comportamento e alla pena adeguata andrebbe affidata al processo decisionale democratico, che a sua volta presuppone un’opinione pubblica efficace, collegata in maniera rilevante a modelli di identificazione nazionale<sup>267</sup>. A ciò si potrebbe rispondere, però, che proprio la retorica della sicurezza sembra essere crescentemente mobilizzata come veicolo per costruire dall’alto un’opinione pubblica europea. In assenza di simboli comuni intorno ai quali realizzare l’affiliazione postnazionale in modo positivo, si fonderebbe così un’identità politica europea costruita “in negativo” attraverso la minaccia alla sicurezza e al benessere poste ai cittadini europei da un’ampia gamma di pericoli<sup>268</sup>. D’altronde, la costruzione di una cittadinanza dell’Unione sembra avere costantemente timore della stagnazione e cercare legittimazione attraverso il ricorso a miti orientati al futuro<sup>269</sup>. Così, in assenza di supervisione democratica, e seguono seguendo la tendenza presente anche livello nazionale a collassare la legittimazione democratica nella legittimazione sociale, le *elite* politiche e giuridiche avrebbero buon gioco a costruire un’opinione pubblica che legittimi i loro

---

<sup>266</sup> La cui traduzione italiana è reperibile all’indirizzo: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Traduzione\\_sentenza.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Traduzione_sentenza.pdf)

<sup>267</sup> Cfr. in particolare §§ 249, 253 e 357 ss. sent. Anche in dottrina continua ad essere diffusa la convinzione che manchino allo stato, nello spazio sovranazionale, un vero popolo o comunque una pubblica opinione europei e, di conseguenza, un livello accettabile di democraticità delle scelte di politica criminale che dei primi abbisognano: cfr. FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, 69.

<sup>268</sup> Secondo PALIERO, *Il diritto liquido. cit.*, 1126, proprio l’innegabile impatto che può esercitare la penalità come strumento di costruzione di un’identità comune sarebbe tra le ragioni della progressiva espansione della materia penale.

<sup>269</sup> SHORE, *Building Europe: the cultural politics of european integration*, London, Routledge, 200, 206.

interventi di securitizzazione, agitando lo spettro di minacce esistenziali all'Unione<sup>270</sup>.

Più in generale, una comunità in senso ampio è un'aggregazione sostanziale di individui che condividono storia e obiettivi, indipendentemente dal fatto che sia organizzata gerarchicamente o orizzontalmente o in modo ibrido; in secondo luogo, oltre alla *leadership*, è necessario che tutte le unità del complesso sociale si possano riconoscere mutualmente come egualmente meritevoli dei benefici della vita comune ed egualmente responsabili, ciascuno in proporzione del ruolo ricoperto, per i costi della stessa. In questo senso, il diritto penale serve a distinguere normativamente o simbolicamente chi sta dentro la comunità (gli individui responsabili) da chi ne sta fuori (chi non rispetta i limiti stabiliti dalla legge)<sup>271</sup>. Naturalmente una tale teoria basata su valori non deve necessariamente portare a rimpiazzare l'autorità dello Stato, potendo comunque contribuire a un discorso tra attori transnazionali in cui non necessariamente prevale una visione etica particolare. Inoltre, se quello di democrazia è un concetto normativo che presuppone la capacità di una comunità politica di formare una volontà comune, un *demos* europeo che soddisfi quest'esigenza potrebbe essere riconosciuto come una comunità politica che poggia sulla base di valori condivisi. Le ulteriori condizioni necessarie non sono – da un punto di vista giuridico – presupposti di un potere democraticamente legittimato, ma dovrebbero piuttosto essere formate nell'ambito di questa. A favore di tale impostazione depone, tra l'altro, l'esperienza storica del fatto che la Nazione, ovvero il popolo quale comunità

---

<sup>270</sup> Cfr. LOADER, *Policing, securitisation and democratisation in Europe*, in NEWBURN, SPARKS, *Criminal justice and political cultures. National and International dimensions of crime control*, Willan, 2004, in particolare 63-73; anche FICHERA, *op. cit.*, 200 pur ammettendo che l'Unione possa essere qualificata come una comunità, nota come essa non sarebbe ancora divenuta una comunità politica in cui v'è un adeguato dibattito pubblico su ciò che è bene e ciò che non lo è, e come ciò dovrebbe frenare dal riconoscere una competenza diretta all'Unione in materia penale; per le stesse ragioni nega la legittimità di obblighi di criminalizzazione di fonte europea MANES, *Il giudice nel labirinto, Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, 86 ss.

<sup>271</sup> Così FICHERA, *op. cit.*, 187-189., che pure non nega che un tale modello possa degenerare in un diritto penale del nemico in cui si ritenga necessario neutralizzare singoli o gruppi ritenuti pericolosi per i valori comuni designati.

politica, è nata dallo Stato, e non viceversa<sup>272</sup>. Ed è proprio assicurando la protezione dei valori essenziali e la garanzia delle regole del funzionamento della società che il diritto penale dell'Unione, vegliando sull'efficace attuazione del suo progetto politico, partecipa all'emersione di una società europea<sup>273</sup>. Ragionare diversamente significherebbe porre a fondamento del discorso un concetto di sovranità che non sarebbe in grado di cogliere adeguatamente il processo di integrazione, mentre parrebbe più opportuno riflettere su come articolare altri possibili modelli di sovranità e democrazia. A ben vedere, infatti, da un lato gli ambiti determinanti per l'identità culturale non appartengono alle funzioni esclusive dello Stato mentre, dall'altro, modelli culturali e di identità sono rintracciabili in settori che sono già da tempo soggetti a massicci interventi di armonizzazione. Sembra dunque possibile concepire un ordine pubblico senza Stato, come interesse collettivo che si manifesta concretamente e normativamente nella sfera sovranazionale o internazionale<sup>274</sup>. E in effetti un apparato politico e istituzionale autonomo come l'Unione europea, che si pone scopi di ordine sociale e protezione di diritti non può non avere un suo autonomo concetto di ordine pubblico<sup>275</sup>, sebbene l'esistenza di un'unità di valori costituzionali che renda possibile l'esistenza di un tale ordine pubblico europeo sia da verificare attentamente<sup>276</sup>. Più in particolare, dovendoci occupare della legittimità delle scelte di criminalizzazione effettuate in sede europea, occorre tenere a mente che è la compresenza di espressione costituzionale del valore tutelato dalla norma penale e del consenso sulla stessa, come espressione del principio democratico, che

---

<sup>272</sup> Cfr. BOSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per l'europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009.

<sup>273</sup> DE LAMY, *La construction d'un espace penal européen, propos introductifs*, Dr. Pénal, 2010, n. 8.

<sup>274</sup> Non manca, però, chi obietta che lo Stato, anche se non in modo immediatamente visibile, è fortemente presente anche nella determinazione di questo ordine pubblico "astatale", tanto nella sua dimensione normativa che materiale. Non solo la sua determinazione giuridica proviene da convenzioni e accordi negoziati dagli Stati, ma anche il suo rispetto dipende dalle agenzie nazionali: così LATTY, *L'ordre public sans l'état (quelques remarques sur un oxymore en tromp-l'oeil)*, in DUBREUIL, *L'ordre public, Actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le centre Michel de l'hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I)*, Editions Cujas, 2013, 21-31.

<sup>275</sup> Così CORTHAUT, *op. cit.*, 34-37.

<sup>276</sup> In senso affermativo, CORTHAUT, *op. cit.*, 40-43, che pone al centro di questa riflessione le indicazioni provenienti dall'art. 2 TUE.

fornisce un contenuto all'esegesi del bene giuridico come valore da proteggere e determina la meritevolezza e necessità di pena<sup>277</sup>. Ma se qualcosa di simile esista nel sistema dell'Unione va attentamente verificato; ricordando, peraltro, che ogni legislatore non può considerarsi del tutto libero nelle scelte di criminalizzazione in quanto deve rispettare, come parametro imposto, la costituzione - sia che la si intenda come un vincolo in senso debole, quale limite invalicabile, che in senso forte, quale base giustificativa. Nel contesto dell'Unione, quanto di meglio disponiamo come catalogo sistematico di valori, principi e diritti sembra essere la Carta dei diritti fondamentali, che pure presenta un contenuto più ridotto di quello generalmente riscontrabile nelle Costituzioni nazionali<sup>278</sup>. Per questa ragione non sembra che ci si possa limitare a prendere in considerazione tale testo, dovendosi piuttosto fare riferimento ai Trattati nel loro insieme e nelle parti che disciplinano le diverse materie<sup>279</sup>. La base da cui far scaturire i beni giuridici

---

<sup>277</sup>La meritevolezza di pena è un concetto per cui la “sanzione penale deve essere applicata non in presenza di qualsivoglia attacco ad un *bene degno di tutela*, bensì nei soli casi in cui l'aggressione raggiunga un tale *livello di gravità* da risultare *intollerabile*”<sup>277</sup>. I due indici sono, dunque, la dignità di tutela del bene e il livello di gravità intollerabile. Sul punto v. FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, 28.

<sup>278</sup> Riconosce centralità alla Carta dei diritti fondamentali quale riferimento privilegiato – di natura sostanzialmente costituzionale MILITELLO, *I diritti fondamentali fra limite e legittimazione di una tutela penale europea, Ragion pratica*, 22, giugno 2004, 139-160. L'A. ritiene che da tale documento derivino indicazioni chiare (e “indipendenti dal decisionismo di mutevoli maggioranze”), sulle condotte meritevoli di incriminazione a livello europeo; in questo senso, sebbene la Carta non contenga obblighi di criminalizzazione in senso stretto, una verifica contestuale lesione della dignità umana – interesse centrale nella assiologia della Carta – e di un altro bene o interesse ivi contemplato, sarebbe un indice di meritevolezza di pena; sul punto cfr. anche FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, *cit.*, 159-160, che sottolinea come, in una prospettiva liberaldemocratica, la Carta non possa che avere valenza orientativa solo potenziale, dovendo la decisione ultima sulla meritevolezza e necessità di pena poggiare sul presupposto di un dibattito pubblico secondo un modello di democrazia liberale; l'A. solleva altresì l'interrogativo se, nonostante il riconoscimento della centralità della persona umana e dei suoi diritti fondamentali in documenti di grande rilievo – come, per l'appunto, la Carta – l'orientamento del processo di armonizzazione alla repressione della criminalità economica e organizzata non tradisca, piuttosto, una mentalità mercantile.

<sup>279</sup> Di questa idea è PORTERO HENARES, *Principio de efectiva proteccion de bienes juridicos?: derecho penal europeo y principio de proporcionalidad*, in DIEZ-PICAZO, NIETO MARTIN, *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Thomson Reuters, 2010, 301-326; v. però MILITELLO, *op. ult. cit.*, 155, per cui i

meritevoli di tutela penale sarebbe, dunque, il novero di obiettivi mirando ai quali l'Unione intende realizzare il progetto politico di integrazione e promozione di un ordine sociale equilibrato, mediante la promozione di un'economia di mercato socialmente orientata<sup>280</sup>. Un'analisi critica dell'iniziativa dell'Unione in materia penale come *corpus* organico non può non poggiare sulla ricognizione del senso delle funzioni e degli obiettivi dell'iniziativa penale stessa. E questo, per contro, importa considerazioni sugli interessi che un tale regime tenta di soddisfare e assicurare attraverso il riconoscimento di certi valori cardine come fondamento del contenuto e dell'orientamento di regole di dettaglio. La ricerca e il riconoscimento dei valori sottostanti e la collocazione gerarchica degli stessi nell'ordinamento giuridico, che potremmo chiamare assiologia del soggetto, può dunque essere impiegata come strumento di comprensione del senso del processo di evoluzione dell'ordinamento stesso. In altre parole, una teoria assiologica - o approccio valoriale - può aiutarci a svelare ciò che accade (o potrebbe accadere) nell'emersione del diritto penale dell'unione come processo storico in atto<sup>281</sup>.

Se consideriamo l'ordine pubblico come l'insieme delle norme che costituiscono il cuore di un'entità politica, e consideriamo che l'Unione ha una serie di valori fondanti e di norme istituzionali, concludiamo che esiste un ordine pubblico UE, che esprime le scelte di base nella protezione del suo ordine politico, economico,

---

Trattati, nell'indicare i fenomeni criminali che richiedono armonizzazione, sembrerebbero non tanto voler individuare il tipo di beni da tutelare, quanto priorità di contrasto alla criminalità.

<sup>280</sup>SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, 2011, 16-18.

<sup>281</sup>BENACH-GUTIERREZ, HARDING, *Fundamental rights in European criminal justice, An axiological perspective*, in *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 20/2012, 239-264; cfr. anche MILITELLO, *op. cit.*, 56, per cui una lettura sistematica dei diritti contemplati dalla carta rivela come il processo europeo sia parte della transizione dallo stato liberale allo stato sociale, che legittima un maggiore intervento delle autorità richiesto dai cittadini. Come sottolinea anche HUGES, MCLAUGHLIN, MUNCIE, *Teetering on the edge. The futures of crime control and community safety*, in HUGES, MCLAUGHLIN, MUNCIE, *Crime prevention and community safety. New directions*, Sage, 2002, 334, tra l'inasprimento del sistema penale contemporaneo sarebbe ricollegabile al fallimento del progetto di solidarietà dello stato liberale socialdemocratico che voleva risolvere il crimine con l'inclusione dei cittadini piuttosto che con l'esclusione. L'inversione di questo *trend* si accompagnerebbe, dunque, ad un abbandono della prospettiva statalista verso una comunitarista in cui, riteniamo, l'Unione si inserisca come un soggetto che offre un'alternativa alle ansie e alle aspettative sociali.

sociale e culturale<sup>282</sup>. Di tale ordine pubblico - che pure è soggetto a continua evoluzione e, anche per questo, rimane difficile da afferrare una volta per tutte - può farsi una quadripartizione per meglio individuare beni e interessi meritevoli di protezione. Così andrebbe considerato, in primo luogo, il complesso di norme che proteggono l'ordine politico, ovvero il corretto sviluppo del procedimento istituzionale, assicurandone il risultato, nonché i principi costituzionali di tale apparato e di tale procedimento istituzionale; in secondo luogo va considerato l'ordine economico, che in un'organizzazione nata come cooperazione economica regionale, ha importanza centrale, e che riguarda la protezione della moneta unica, della competizione e del mercato interno, oltre che la tutela dei consumatori e dei lavoratori. In terzo luogo vanno considerati i valori etici e sociali<sup>283</sup> e in quarto luogo l'ordine culturale<sup>284</sup>. Particolarmente interessante per la nostra trattazione risulta l'analisi del primo nucleo, che può essere ulteriormente suddiviso in "sottogruppi". In primo luogo bisogna garantire, infatti, le condizioni necessarie per poter prendere liberamente decisioni democratiche, ragioni per cui si stabiliscono norme contro il terrorismo e altri fenomeni che turbano la pubblica sicurezza<sup>285</sup>, il rispetto delle competenze e la garanzia dei risultati che dal processo politico dipendono, per cui si affermano i principi di primazia, effetto diretto e leale cooperazione, nonché l'effettiva tutela degli interessi finanziari<sup>286</sup>.

Per quanto riguarda i valori costituzionali al centro dell'ordine politico UE, degni di nota sono i valori fondamentali del diritto internazionale di cui l'Unione è parte, lo stato di diritto e connessi principi di democrazia, trasparenza, responsabilità e

---

<sup>282</sup>CORTHAUT, *EU ordre public*, Wolters Kluwer, 2012, 308.

<sup>283</sup>Nell'ambito della protezione dell' "ordine pubblico sociale" dell'Unione rientra anche il corretto funzionamento del sistema sanitario, come protezione sociale, e la tutela della salute, come diritto fondamentale degli individui; in materia risulta particolarmente importante anche la giurisprudenza sul principio di precauzione, per cui v. CGCE *National farmers' union*, 1998, *Agrarproduktion Staebelow*, 2006, *Raverco 2006*, e *Affisb 1997*.

<sup>284</sup>CORTHAUT, *op. cit.*, 253-254.

<sup>285</sup>V. art. 1 decisione quadro 2002/475/GAI art. 1, artt. 75, 82 e 215 TFUE e C.G. U.E. e cfr. sentenza CGCE causa C-130/2010, *Parlamento c. Consiglio*; in quest'ottica risulta di fondamentale importanza anche la sicurezza dei documenti e delle informazioni riservate che attengono al processo istituzionale, per cui cfr. art. 4 Regolamento CE 1049/2001 sull'accesso ai documenti europei e Decisione del Consiglio 2001/264 del 19 marzo 2001).

<sup>286</sup>cfr. sentenza CGCE Causa C-455/06

certezza del diritto sanciti all'art. 2 TUE; i valori legati alla struttura istituzionale e quindi alla diversità delle componenti dell'Unione e il fondamentale principio di sussidiarietà; il principio di cittadinanza e il conseguente rispetto e protezione dei diritti fondamentali<sup>287</sup>.

I trattati contemplano molteplici interessi e finalità che pretendono tutela affinché il progetto europeo possa svilupparsi. Tra questi pare possibile operare alcune distinzioni. Sono beni giuridici europei in senso proprio quelli che hanno una relazione diretta e immediata con il progetto dell'UE, in modo che l'offesa agli stessi implica una grave disfunzione di tutto il sistema. Si tratterà dunque di beni giuridici collettivi – in prevalenza, beni funzionali – preposti a garantire il corretto funzionamento dell'Istituzione e la cui lesione sarà realizzata da comportamenti che comportino alterazioni apprezzabili in una prospettiva macroeconomica e macrosociale<sup>288</sup>. Un primo bene sarebbero dunque le quattro libertà, per favorire le quali il bilancio europeo si è espanso e si è passato ad un sistema di risorse proprie, così che diventano bene da tutelare gli interessi finanziari (a norma dell'art. 325 TFUE)<sup>289</sup>; strettamente connessa all'esigenza di tutela degli interessi finanziari è quella dell'imparzialità, della correttezza e del buon funzionamento della pubblica amministrazione europea. La corretta allocazione delle risorse, però, costituisce un bene da tutelare non solo nell'ottica pubblicistica, ma anche privatistica, secondo il progetto di equilibrio sociale basato su un mercato concorrenziale che giustifica l'adozione delle direttive in materia di *insider trading*, abuso di mercato e trasparenza dell'informazione societaria a garanzia dei soci e dei terzi. Altro bene europeo in senso proprio è costituito dalla moneta unica e, in particolare, la legalità della circolazione della moneta unica, la fiducia nella circolazione della nuova moneta e la fede pubblica europea. In sintesi, sarebbe possibile riconoscere come bene giuridico europeo in senso stretto tutte le condizioni essenziali per il funzionamento e lo sviluppo del progetto unionista – e

---

<sup>287</sup>CORTHAUT, *op. cit.*, 2012, 257-275

<sup>288</sup>Sebbene vada precisato che nessun comportamento lesivo o addirittura meramente pericoloso per beni collettivi funzionali potrà mai causare, in sé considerato *apprezzabili alterazioni* in una prospettiva sistemica.

<sup>289</sup>cfr. FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, 557, per cui il gettito va visto non solo in ottica statica, ma anche dinamica e, in questo senso, saremmo di fronte ad un bene prestazione); v. altresì SILVA SANCHEZ, *L'espansione*, cit., 77 sulla funzione critica del bene giuridico anche in chiave funzionalista.

quindi, *in primis*, del mercato comune - salvo la difficoltà di individuare una volta per tutte un insieme definito di beni di tale tipo, dovuta alla continua espansione delle competenze dell'Unione sulla scorta della teoria dei poteri impliciti.

D'altra parte possiamo chiamare beni giuridici comuni o a rilevanza europea quelli che, pur collocandosi originariamente nella dimensione nazionale, hanno nel tempo acquisito una specifica rilevanza europea in forza delle azioni dell'Unione che li investono, tutelano o sviluppano, per il perseguimento di obiettivi fissati dai Trattati; alcuni esempi sono, in questo senso, la tutela dei consumatori o la protezione dell'ecosistema, il diritto delle società, la salute pubblica e la protezione dei lavoratori. A ben vedere, però, è difficile tracciare una netta linea di confine, dal momento che la distinzione si regge, comunque, sulla verifica dell'indispensabilità dell'azione europea per la tutela di quel bene, più che sulla natura dello stesso<sup>290</sup>.

L'europeizzazione del diritto penale sarebbe attribuibile all'istituzione e al rafforzarsi di un nuovo apparato pubblico meta-nazionale con vocazione federale che avrebbe gradualmente determinato l'emersione di nuove esigenze di tutela: pubblica amministrazione, compresa l'amministrazione fiscale (art. 113 TFUE), fede pubblica europea (artt. 3 TUE, 114 TFUE), concorrenza, trasparenza societaria, sicurezza sul lavoro (art. 153 TFUE), ambiente (3 TUE)<sup>291</sup>.

Tali istanze politico-criminali hanno dei risvolti dogmatici ben precisi. Infatti, dall'analisi delle caratteristiche strutturali delle nuove oggettività giuridiche europee, emerge che esse sono in buona parte riconducibili allo schema dogmatico della tutela penale delle funzioni, che copre un campo vastissimo, e a cui si rimprovera spesso di coincidere con reati di mera infedeltà, pertanto contrastanti con i principi di stretta legalità, materialità e offensività. Ma non si tratterebbe di qualcosa di assolutamente nuovo, potendosi ricondurre ai tradizionali reati contro la P.A., e si giustifica con l'individuazione del bene protetto "buon andamento ed imparzialità della P.A." ad opera dell'art. 41 della Carta di Nizza<sup>292</sup>. Ma dal momento che la maggior parte dei beni giuridici europei appartiene al *genus* dei beni collettivi o funzionali, la critica al processo di

---

<sup>290</sup>SALCUNI, *op. cit.*, 18-28.

<sup>291</sup> Cfr. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, GIAPPICHELLI, 2004, 483 ss.

<sup>292</sup>SALCUNI, *op. cit.*, 66-70.



europizzazione del diritto penale riguarda anche le tecniche di tutela utilizzate per queste oggettività giuridiche<sup>293</sup>, e in particolare il reato di pericolo astratto, e il fatto che la tutela di tali beni reprimerebbe spesso reati senza vittima<sup>294</sup>. Il carattere artificiale e super-individuale dei beni o interessi giuridici coinvolti rende problematica l'implementazione tecnica dei principi di offensività o lesività in senso forte e l'illecito tende ad assumere necessariamente la struttura del pericolo astratto o presunto<sup>295</sup>.

Seppure non manchino sostegni alla piena legittimità dei beni collettivi in quanto *nuovi* beni giuridici dotati di piena autonomia<sup>296</sup>, secondo un'impostazione riconducibile alla teoria della seriazione dei beni giuridici, i beni individuali sarebbero alla base di quelli collettivi nel senso che questi ultimi costituirebbero gli strumenti atti a migliorare le condizioni di vita e di fruibilità dei beni individuali; in questo senso, però, tutelando i primi si tutelerebbero i secondi solo quando il pericolo per il bene finale protetto sia concreto, mentre per tutte le altre forme di pericolo andrebbero adottate altre forme di controllo sociale<sup>297</sup>. Ma, a ben vedere, tale impostazione non sembra giustificata in tutti quei casi – invero, la maggior parte - in cui l'intervento dell'Unione abbia un legame molto tenue con l'interesse dell'individuo; da questo punto di vista, l'avversione per l'europeizzazione della

---

<sup>293</sup> Cfr. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, 55-56 e DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002, 235 ss.

<sup>294</sup> Cfr. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in RIDPP, 2004, 75.

<sup>295</sup> FIANDACA, *Diritto penale europeo: spunti problematici di riflessione intorno a possibili modelli di disciplina*, in ALLEGREZZA, *Le sfide*, 2013, 135-148; v. però SALCUNI, *op. cit.*, 78 ss., secondo cui sarebbe ontrovertibile l'assunto secondo cui nei reati ad offesa funzionale non sarebbe distinguibile il pericolo dal danno, ragion per cui contrasterebbero col principio di offensività e, dal momento che il vero bene tutelato è in tal caso costituito dall'attività di mediazione della p.a., l'offesa andrebbe parametrata al *quantum* di distorsione della stessa.

<sup>296</sup> Si consideri, in proposito, la posizione di ARROYO ZAPATERO, *op. cit.*, 19, per cui la sicurezza collettiva del traffico sarebbe un bene giuridico materiale e formalmente distinto dalla vita e dall'integrità fisica, e lo stesso accadrebbe in relazione a non pochi delitti "moderni" relativi alla gestione del rischio, dai delitti relativi alla sicurezza dei lavoratori a quelli relativi alla tutela dell'ambiente.

<sup>297</sup> Cfr. HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in AA.VV., *Critica e giustificazione del diritto penale del cambio di secolo*, Milano, 2004, 357 ss. e PRITTWITZ, *Società del rischio e dirittopenale*, *ivi*, 371 ss.

materia penale, altro non sarebbe se non la resistenza all'utilizzo del pericolo astratto e del diritto penale che disciplina situazioni a c.d. contesto lecito di base. Per conciliare la tutela dei beni collettivi con il principio di offensività, si è spesso ritenuto opportuno adottare la tecnica dei reati di pericolo astratto, che tipizzerebbe l'offesa di un determinato bene giuridico intermedio (cui sarebbe riferibile il singolo atto individuale) così anticipando la tutela del bene finale. In questo modo, per la configurabilità del tipo, non sarebbe richiesta la prova della lesione del bene immateriale, suscettibile di essere leso solo in via mediata, e, per quanto riguarda la colpevolezza, solo la lesione del bene intermedio rientrerebbe nel dolo, e non il bene finale. Tuttavia, tali ipotesi non solo non sembrano offrire criteri sufficientemente precisi per l'individuazione delle condotte da incriminare, ma determinano l'esaurimento di ogni funzione critica del bene giuridico, configurando una disciplina dirigista al servizio della quale viene messa la sanzione penale<sup>298</sup>, che finisce per punire l'inosservanza di norme organizzative più che la realizzazione di fatti socialmente dannosi. Tutelando interessi di mera creazione legislativa, si finirebbe col degradare l'illecito penale in illecito di trasgressione: il bene funzionale nasconderebbe così un reato di mera infedeltà il cui presupposto politico criminale non sarebbe la lesione di un bene ma la prevenzione di tutte le condotte disfunzionali. Se dovessimo però concludere per l'incompatibilità costituzionale dei beni funzionali, negheremmo ogni possibilità di tutela dei beni giuridici europei, che si sostanziano principalmente in questo nuovo modello punitivo. In realtà, se è vero che, a differenza dei beni classici, il bene-funzione mira al raggiungimento di un risultato che non preesiste alle attività regolate, avendo, quindi, carattere intrinsecamente propulsivo, ciò non significa che il bene sia solo il risultato del controllo. Infatti, il controllo stesso è un interesse funzionale a risultati ulteriori, giacché in sua assenza i beni protetti sarebbero esposti a pericolo. La funzione di controllo produce un bene in quanto previene la lesione dello stesso; è un tipico bene strumentale, o meglio, il bene che è al

---

<sup>298</sup> Così JAKOBS, *Que protege la norma penal? Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, in *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al Profesor G. Jakobs*, Bogotá, 2003, 39 ss, secondo cui è la norma che crea il bene giuridico, anziché tutelarlo.

contempo il risultato e l'oggetto della funzione<sup>299</sup>.La tutela delle funzioni appresterebbe protezione, dunque, al modo di risoluzione di un conflitto di beni, e la sua legittimità non potrebbe essere affermata una volta per tutte, ma sarebbe condizionata alla tecnica legislativa di volta in volta adottata<sup>300</sup>.Tale impostazione, se anche risulta utilizzabile per beni come l'ambiente e la sicurezza sui luoghi di lavoro, non pare possa essere estesa anche alla tutela penale delle funzioni in senso proprio: queste sono estranee a qualsiasi logica di seriazione perché si tratta, piuttosto, di tutelare i punti di mediazione tra contrapposti interessi di volta in volta individuati dall'amministrazione, mentre i reati che si collocano in una prospettiva di seriazione dei beni giuridici hanno un interesse solo sullo sfondo; in altre parole, per un corretto impiego di tale tecnica, occorre garantire che la condotta sia dotata quantomeno di un'astratta pericolosità per il bene.Per i beni superindividuali – e quindi anche quelli funzionali - la tecnica del pericolo astratto sarebbe una scelta pressoché imposta,dal momento che la vaghezza del bene renderebbe diabolica la prova del danno e dell'offesa al bene, spingendo il giudice a ritenerla solo in base a valutazioni extrapenali a carattere emozionale<sup>301</sup>, e inoltre perché tali beni possono essere lesi solo dal cumulo delle condotte, data l'impossibilità di provare la pericolosità della singola condotta<sup>302</sup>.Inoltre, nei reati ad offesa funzionale il bene tutelato è l'attività di mediazione tra interessi contrapposti demandato all'organo amministrativo, e per questo potremmo accettare di essere in presenza di un vero bene giuridico solo rinunciando requisito della preesistenza dello stesso.

---

<sup>299</sup> Cfr. DONINI, *Modelli di illecito penale minore, un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in DONINI, CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 245-246.

<sup>300</sup> Così MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, *passim*.

<sup>301</sup> Cfr. FIANDACA, DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 145-148.

<sup>302</sup> È pur vero, però, che tale figura criminosa presenterebbe punti di frizione col principio di colpevolezza, in quanto il suo prevalente utilizzo nei c.d. contesti leciti di base, fa sì che il retroterra empirico-criminologico della fattispecie sia "incoloro" al punto da rendere non facilmente percepibile l'antisocialità della condotta: il dolo, in questi casi, rischia di esaurirsi in *culpa juris*, ovvero nella mancata attivazione dell'autore nel riconoscere l'illiceità del fatto, specialmente nei frequenti casi di rinvio di norme penali di origine europea a regolamenti o ad altri atti dell'Unione.

È inoltre di fondamentale importanza verificare quali criteri legittimo l'intervento penale dell'Unione. Una prima possibilità è quella di considerare solo i beni europei in senso stretto, o, ancora, trasporre a livello sopranazionale la teoria costituzionalmente orientata del bene protetto, assumendo quale riferimento i diritti fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza e gli scopi prioritari dei Trattati. Tale ipotesi suscita, però, riserve critiche, oltre che per la strutturale incapacità selettiva del bene giuridico, anche per la difficoltà di distinguere ciò che è bene sopranazionale e ciò che non lo è. I beni infatti non sono in sé europei o nazionali, e in questo senso il mutamento d'ordinamento giuridico comporterebbe un mutamento delle sole tecniche di tutela, a secondo dei soggetti deputati alla protezione del bene e dei poteri a loro disposizione. Inoltre, una reinterpretazione europea della teoria costituzionalmente orientata del bene protetto, rischia di estromettere arbitrariamente dall'ambito di tutela penale beni che invece possono rientrarvi anche in mancanza di un richiamo esplicito -nella Costituzione, ovvero nei Trattati. Volendo invece adottare criteri di legittimazione positiva, troviamo indicazioni utili nei Trattati e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Da qui emerge il concetto di necessità/indispensabilità rispetto ai fini perseguiti dal diritto dell'Unione: la tutela penale viene attratta tra le competenze dell'Unione in quanto necessaria (in caso di beni europei essenziali – allargando la categoria fino a farvi rientrare le sfere di criminalità di cui all'art. 83 §1 TFUE) o indispensabile (in caso di beni non centrali in ottica europea) alla tutela di un bene che rientra nella sua competenza. Pertanto, la verifica dei criteri di legittimità della legislazione penale dell'Unione dovrebbe consistere nell'individuazione dell'esatta portata dei due concetti e di un corretto impiego degli stessi<sup>303</sup>. In proposito, si è osservato che la Corte tende a interpretare la sussidiarietà europea secondo una logica di doppio binario, a seconda della natura degli interessi in gioco e della gravità dei danni da prevenire<sup>304</sup>. Per i pochi beni europei in senso stretto, il corretto esercizio della

---

<sup>303</sup> Nota però SALCUNI, *op. cit.*, 29-41, che senza dimenticare, però, che proprio perché si tratta di criteri elaborati per verificare il corretto esercizio delle competenze dell'Unione non necessariamente saranno adatti come criteri per valutare la legittimità e l'opportunità dell'intervento penale.

<sup>304</sup> Cfr. SIRACUSA, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo tassello della Corte di Giustizia dell'unione europea*, in RIDPP, 2008, 251; secondo l'A., inoltre, l'indispensabilità della

competenza penale dovrà solo rispettare il principio di proporzione (articolato in idoneità dei mezzi, necessità delle misure e conformità o adeguatezza del rapporto costi-benefici). Per i beni a rilevanza europea, l'esercizio della competenza dovrà rispettare invece, oltre che la proporzione, anche la sussidiarietà, che impone sia una valutazione di idoneità in astratto che una verifica in concreto su base empirico-criminologica in chiave negativa, ovvero valutando l'insufficienza del ricorso alle legislazioni nazionali e solo in un secondo momento la maggiore efficienza della tutela europea (aspetto, peraltro, ben più difficile da provare). L'intervento europeo dovrà essere preferito, insomma, solo in presenza di una serie articolata di ragioni che lo legittimino, e in particolare ragioni di carattere simbolico, ravvisabili nell'implementazione del senso di appartenenza ad una civiltà comune europea, espressiva di valori omogenei<sup>305</sup>, ragioni di carattere pratico, che indurrebbero ad evitare la creazione di paradisi criminali, per esigenze di prevenzione generale e speciale, e ragioni di carattere tecnico-giuridico, relative alla facilitazione della cooperazione giudiziaria e di polizia.

## 7. La costituzione securitaria dell'Unione europea

Per spiegare come la sicurezza sia riuscita ad orientare il più recente sviluppo del diritto penale dell'Unione europea, pare molto utile fare riferimento al concetto di *costituzionesecuritaria* elaborato da TUORI<sup>306</sup>. Assumendo che quello di costituzione sia un concetto relazionale - descrittivo di un processo attraverso il quale il diritto si relaziona a qualcos'altro, in modo non solo "costituzionale" o "costituito" ma anche "costituente" - l'A. ritiene che il valore costitutivo della relazione implica che la tassonomia delle costituzioni debba basarsi sull'individuazione dell'altro termine della relazione cui il diritto si rapporta. L'essenza di ogni dimensione

---

sanzione penale dipenderà, oltre che dalla trasversalità del fine perseguito, anche dalla gravità dei danni al bene protetto che si intendono prevenire.

<sup>305</sup>Sebbene sia consentito dubitare in proposito non solo della attuale esistenza di tale realtà, ma anche della legittimità di una tale operazione di orientamento culturale del diritto penale, che dovrebbe piuttosto limitarsi al rafforzamento di valori già avvertiti.

<sup>306</sup> Per cui v. TUORI, *European Security Constitution*, in SHEININ, *op. cit.*

costituzionale starebbe, quindi, proprio nel fornire un'unità strutturale ad entrambi i termini del rapporto, il diritto ed il suo oggetto. Da questo punto di vista, si possono individuare una molteplicità di costituzioni susseguitesi nell'evoluzione del diritto dell'Unione: una costituzione *economica*, relativa ai fondamenti del sistema economico; una giuridica, legata alle caratteristiche dell'ordinamento giuridico; una politica, relativa alla progressiva strutturazione di un sistema di governo; una sociale, relativa alle condizioni sociali dei cittadini; e, da ultimo, una costituzione securitaria<sup>307</sup>.

Tutte le moderne costituzioni comprendono due principali elementi costituzionali: l'organizzazione istituzionale e l'organizzazione orientata alla tutela dei diritti, funzioni di base, che servono rispettivamente alla legittimazione e al contenimento del potere. A ben vedere, però, il caso della sicurezza è del tutto peculiare, giacché questa non può considerarsi una funzione politica qualsiasi, e il carattere peculiare della costituzione securitaria è evidente nella relazione che istituisce con gli individui. Mentre le prime progressive ondate di costituzionalizzazione dell'Unione hanno rappresentato un graduale arricchimento della cittadinanza europea attraverso l'aggiunta di nuovi strati di diritti (economici, politici, sociali), nell'ambito della costituzione securitaria l'individuo non è concepito, primariamente, come portatore di diritti quanto, piuttosto, come un rischio per la sicurezza<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> Così TUORI, *Ibidem*, per cui Nel peculiare contesto dell'Unione, la costituzione andrebbe intesa come un "discorso costituzionale in espansione" in cui, ai classici elementi fondativi -potere costituente, *demos* e momento costituzionale - si è sostituito un *processo* di costituzionalizzazione, passibile, appunto, di una certa periodizzazione. Anche a volere, poi, ricostruire diversamente il "percorso" costituzionale europeo, è certo che L'Europa stia facendo un passaggio cruciale da un'integrazione meramente economica e giuridica ad una culturale e valoriale, come sottolinea anche VIOLA, *Europe's path to public reason*, in BALLESTEROS, FÉRNANDEZ RUIZ-GALVEZ, TALAVERA, *Globalizations and human rights. Challenges and answers from a European perspectives*, Springer, 2012, 159.

<sup>308</sup>La costituzione securitaria rappresenterebbe, in un certo senso, il limite e il rovescio della cittadinanza garantita dalle precedenti fasi costituzionali; secondo uno schema foucaultiano, l'edificio dei diritti costituzionali verrebbe ad essere eretto su di una infrastruttura disciplinare strumentale a formare soggetti che possano essere dotati di diritti e, inoltre, la costituzione securitaria rappresenterebbe un limite della cittadinanza anche nell'includere ed escludere, nello specificare e supervisionare i confini della comunità politica.

Nel contesto dell'Unione, riferimenti al tema della sicurezza sono stati inclusi nei Trattati –la “superficie” del diritto costituzionale europeo – a partire dal 1992, ma, per dare un senso all'idea di una costituzione securitaria, occorre individuare non tanto elementi normativi isolati quanto un certo grado di coerenza unificatrice. Pur osservando un'evoluzione della dimensione securitaria dai comuni “interessi di sicurezza” individuati a Maastricht alla c.d. comunitarizzazione dell'area di Libertà, Sicurezza e Giustizia a Lisbona, tale accresciuta attenzione alla questione della sicurezza non corrobora di per sé l'esistenza di una dimensione di sicurezza della costituzione europea paragonabile a quella economica. Elementi che danno coerenza all'insieme normativo in senso costituzionale sono, infatti, sia l'oggetto della regolazione costituzionale che la cultura costituzionale, che anima l'applicazione e l'interpretazione delle singole disposizioni. Nel caso della costituzione securitaria, questi elementi potrebbero coincidere con la sicurezza intesa come oggetto di comune regolamentazione tramite le disposizioni normative e la “cultura della sicurezza” che le pone in connessione. Poiché una costituzione non è un fenomeno superficiale né meramente formale, le norme rimarrebbero lettera morta senza una cultura costituzionale a riempirle di significato. La cultura giuridica di un ordinamento è, quindi, il suo indispensabile punto di partenza, che fornisce agli operatori la *Vorverständnis* attraverso la quale approcciarsi ai problemi giuridici. In questo senso, essa non è qualcosa di esterno all'ordinamento, un'entità simbolico-normativa, giacché quest'ultimo non può esistere senza supporti culturali, senza risorse normative, concettuali e metodologiche. La verifica cruciale dell'esistenza di una costituzione securitaria dell'Unione consiste, dunque, nel saggiare la consistenza di un retroterra concettuale sufficientemente unificante, che dia significato alle singole disposizioni in materia di sicurezza e informi di sé la *Vorverständnis* degli attori della sicurezza in Europa. Tale coerenza può provenire dall'oggetto della regolamentazione o da una nozione di sicurezza distinta e preesistente, sebbene questi due elementi potenzialmente ordinanti non siano del tutto indipendenti tra loro. L'oggetto di una regolamentazione non esiste, infatti, indipendentemente dal sistema interpretativo di una “teoria sociale nascosta” che è parte integrante della cultura giuridica interessata, e ciò vale anche per la sicurezza come oggetto

---

costituzionale, che non può esistere in quanto tale, ma solo attraverso un distinto schema concettuale<sup>309</sup>. Il concetto di sicurezza, quindi, potendo portare la necessaria coerenza, occupa una posizione chiave sia sul piano culturale sia nell'individuazione dell'oggetto di regolamentazione della presunta costituzione securitaria dell'Unione<sup>310</sup>, e il diritto costituzionale dell'Unione, quindi, va analizzato alla luce del generale contesto culturale in cui un concetto lampante di emergenza o stato di eccezione ha ceduto il passo ad un concetto di sicurezza tanto dirompente ed espansivo quanto sfuggente e difficile da definire.

In realtà, ciò che chiamiamo “sicurezza” o “problema securitario” non ha alcuna esistenza oggettiva e indipendente: «per definizione, qualcosa si definisce un problema di sicurezza quando le *elite* lo dichiarano tale»<sup>311</sup>. E nel contesto dell'Unione ritroviamo tutto l'espansionismo inerente al concetto di sicurezza, per come già analizzato *supra*, particolarmente evidente già nel percorso di evoluzione istituzionale dell'Unione, dalla modesta partenza della cooperazione antiterrorista del gruppo Trevi negli anni '70, alla strategia di sicurezza interna approvata dal Consiglio europeo nel marzo 2010, che identifica quali principali minacce alla sicurezza dell'Unione il terrorismo, la criminalità organizzata, quella informatica, quella transnazionale, la violenza (in particolare sportiva e giovanile), nonché disastri naturali (anche con concause umane) come gli incendi, i terremoti le tempeste e alluvioni, la siccità, le carenze energetiche, e i guasti nei sistemi di informazione e comunicazione<sup>312</sup>.

---

<sup>309</sup> Così TUORI, *op. ult. cit.*

<sup>310</sup> La ritenuta dipendenza dell'oggetto della regolazione dal concetto di sicurezza si avvicina all'approccio costruttivista della Scuola di Copenhagen, che ha il pregio di porre l'accento sui presupposti culturali del discorso sulla sicurezza, che la sua legittimazione tanto nell'*elite* politica e giuridica quanto nell'opinione pubblica, ma appare criticabile rispetto alla netta distinzione che opera tra stato di eccezione e tempi “normali”. Molti hanno osservato, infatti, come recentemente il confine che separa i tempi eccezionali da quelli normali sia sempre più indistinto: sul punto v, tra gli altri, GROSS, *The Normless and Exceptionless Exception, cit.*, 1825-1860.

<sup>311</sup> Così WAEVER, *Securitization and Desecuritization*, in LIPSCHUTZ (A CURA DI), *On Security*, New York, Columbia University Press, 1995, 46-86. Secondo BUZAN, WAEVER, DE WILDE, *Security: a New Framework for Analysis*, Boulder, Rinner, 1998, p. 26, “*Security is the move that takes politics beyond the established rules of the game and frames the issue either as a special kind of politics or as above politics*”.

<sup>312</sup> Sui numerosi ambiti in cui l'Unione ritiene di dover intervenire con lo strumento penale v., in particolare, la Comunicazione della Commissione COM 573 (2011).



## 2. Presupposti normativi

### 1. La competenza dell'Unione in materia penale

La competenza<sup>313</sup> dell'Unione in materia penale è prevista e disciplinata dall'art. 83 TFUE, che rappresenta la base giuridica per atti di armonizzazione delle legislazioni dei paesi membri tramite direttive<sup>314</sup>. Questo sistematizza le attuali competenze penali indirette, sia di primo che di terzo pilastro, rispettivamente nel primo e nel secondo paragrafo, che contemplano rispettivamente un tipo di armonizzazione *autonoma* e un tipo di armonizzazione *accessoria*<sup>315</sup>.

---

<sup>313</sup>Il concetto di competenza indica la capacità di esplicare una funzione modificativa dell'ordinamento giuridico. In particolare, per il livello legislativo, la competenza indica la capacità di un organo di creare norme vincolanti per determinati soggetti, e se le norme vincolano gli stessi soggetti che le hanno prodotte, parliamo di competenza autonoma, mentre quando le norme vincolano soggetti altri si parla di competenza eteronoma. Rispetto a livello giudiziario, invece, si distingue la competenza di giudicare i casi, applicando le norme, e quella di giudicare le norme stesse, e che queste due sono ripartite, rispettivamente, tra i giudici nazionali e la Corte di Giustizia. Nessuna competenza ha, invece, l'Unione nel campo dell'esecuzione: per approfondimenti cfr. ASP, *op. cit.* 40-50.

<sup>314</sup> Se in vigore del regime "a pilastri" l'Unione aveva in materia penale una competenza solo formale, adesso che il Consiglio può decidere senza l'unanimità, il diritto dell'Unione possiede una vincolatività simile a quella delle decisioni degli Stati nei confronti dei loro cittadini. Si badi che poiché le direttive vincolano solo gli Stati, la definizione dell'illecito andrà pur sempre ricercata nella legislazione nazionale. Come sottolineato da SATZGER, *International and european criminal law*, Monaco, 2012, 46 ss, questa rappresenta la fondamentale diversità tra l'armonizzazione e la capacità di produrre direttamente norme. Le direttive non possono esplicare alcun effetto diretto in mancanza di recepimento da parte del legislatore nazionale quando ciò comporti un aggravamento della posizione del reo, tanto in base alle consolidate regole di funzionamento dell'Unione che in ossequio ai tradizionali principi del diritto penale, nonché in forza dell'art. 7 CEDU, come riconosciuto anche dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Kolpinguis Nijmegen* (1987), ECR 3969, §13, C-74/95, *Criminal proceedings c. X* (1996) ECR I-6609, C-186/95, *Arvaro* (1996), ECR I-4705, §§39 ss. e C-60/02, *Criminal proceedings against X* (2004), ECR I-651. Le direttive non possono inoltre, secondo la medesima logica, imporre una reinterpretazione estensiva di una norma incriminatrice nazionale.

<sup>315</sup> Così MOUNCIF-MOUNGACHE, *Les méthodes normatives : intégration, uniformisation, harmonisation, coordination, coopération dans l'espace pénal européen*, in ZEROUKI-COTTIN, *op. cit.*, 49-69.

Nel primo caso la competenza viene definita *ratione materiae* e affiancata -non più subordinata - alle esigenze di cooperazione. Le direttive che stabiliscono norme minime non rappresenterebbero un limite al legislatore nazionale che voglia punire di più o più severamente, o comunque, se anche il diritto dell'Unione può stabilire dei limiti allo *jus puniendi* degli Stati membri, ciò non avviene certo attraverso l'esercizio delle competenze che le attribuisce l'art. 83 TFUE<sup>316</sup>. Tuttavia, la possibilità che le direttive delineino per ciascun illecito tanto il tipo quanto i livelli edittali delle pene non soltanto conferisce effettiva pregnanza agli obblighi di criminalizzazione di fonte europea, ma per di più li rende pienamente conformi al principio dell'*effet utile* che sta alla base della competenza normativa penale dell'Unione, in quanto attribuisce alle norme penali europee qualcosa di più che una funzione meramente simbolica o di promozione culturale di valori sociali da condividere, connotandole di una vera e propria vocazione preventiva e retributiva, in rapporto alla gravità dei fatti puniti e dalla significatività dei beni protetti. Va, di contro, prestata attenzione al rischio di un accrescimento del catalogo dei beni per i quali può apparire necessario un intervento normativo di carattere penale dell'Unione, tenuto conto che l'art. 83 §2 TFUE riferisce la competenza penale dell'Unione espressamente alle politiche europee, e non a beni o interessi di rilievo europeo. Nondimeno, spesso si ritiene non decisivo il ruolo che la natura dei beni tutelabili potrebbe svolgere in funzione selettiva, per l'ovvia ragione che qualunque bene o interesse può avere una proiezione o una vocazione europea e può essere trasversalmente collegato alle politiche europee, di per sé connotate da un ampio raggio di azione. La predisposizione di un catalogo di beni europei come base di partenza per l'esercizio dell'azione penale si rivelerebbe nei fatti uno strumento inadeguato a contenere il pericolo di fenomeni degenerativi del processo di intersezione e di interferenza tra le scelte del legislatore penale nazionale e quello europeo, poiché vi sarebbe l'esigenza di un aggiornamento costante, in corrispondenza non solo dell'emersione di nuovi beni di autentica rilevanza europea, ma anche della facile trasmigrazione di taluni beni da una dimensione nazionale ad una dimensione sovranazionale<sup>317</sup>. Più correttamente, deve ritenersi che la possibilità per l'Europa di intervenire direttamente in materia

---

<sup>316</sup> Così ASP, *op. cit.*, 102 – 110.

<sup>317</sup> Così SIRACUSA, *Il transito del diritto penale cit.*, 797.

penale richieda la verifica dell'esistenza di beni giuridici europei e della loro meritevolezza e bisogno di pena, sia che si tratti di beni europei in senso stretto e in senso ampio o "a rilevanza europea"<sup>318</sup>. Per i beni del primo tipo, il cui titolare esclusivo è l'Unione, sarà senz'altro lecito l'intervento diretto con l'introduzione di fattispecie incriminatrici. Sebbene, come precisato, non ci si occuperà in questa sede di questo tipo di competenza relativa, fondamentale, agli interessi finanziari dell'Unione, va nondimeno accennato che l'art. 325 TFUE, nello stabilire l'adozione di "misure" (tra le quali rientrano senz'altro anche quelle penali, come conferma la genesi dell'articolo in parola dall'originario art. 280 TCE) può considerarsi una speciale sfera di competenza fondata sulla necessità e meritevolezza di tutela degli interessi finanziari propri dell'Unione quale istituzione, costituenti un bene giuridico europeo autonomo rispetto agli analoghi degli Stati membri o altri via via europeizzati. Il bene protetto, in questo caso, è infatti riconducibile - anche se non riducibile - al "patrimonio" di natura pubblica e sovranazionale di cui è istituzionalmente titolare l'Unione. Peraltro, si tratta di una competenza che prescinde dal carattere di gravità e transnazionalità dei delitti, per cui la necessità di pena non nasce da esigenze di cooperazione, ma proprio dalla natura del bene tutelato<sup>319</sup>. L'Unione godrebbe, infatti, della massima legittimazione a intervenire a tutela dei suoi interessi finanziari perché se una comunità è legittimata ad esistere lo è anche a difendere la sua esistenza, o comunque il fondamento delle sue varie attività<sup>320</sup>.

Per i beni del secondo tipo - ovvero beni comuni a carattere sopranazionale - sarebbe, invece, legittima solo la promozione dell'armonizzazione<sup>321</sup>.

L'art. 83 §2 TFUE, norma di riferimento per la c.d. competenza penale accessoria dell'Unione, è una clausola aperta di armonizzazione, un meccanismo di implementazione del c.d. *effct utile* delle più diverse politiche dell'Unione, che rende il diritto penale un mero meccanismo di *enforcement*<sup>322</sup>. Le competenze di cui

---

<sup>318</sup> Così SALCUNI, *op. cit.*, 11-12..

<sup>319</sup> Così PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni reattive ai reati oggetto della competenza della procura europea*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>320</sup> Cfr. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 76 ss; nello stesso senso BOSE, *op. cit.*, 295.

<sup>321</sup> Per una tripartizione vedi, invece, SOTIS, *op. ult. cit.*, 71 ss.

<sup>322</sup> SATZGER, *op. ult. cit.*, 76 ss.

all'art. 83 §2 TFUE non sono individuate per specifici settori, ma sono genericamente ricollegate all'esigenza di ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari, ovvero alla condizione che il settore sia già stato oggetto di armonizzazione. E però tale condizione sembra essere generalmente letta in modo talmente estensivo che finisce per rappresentare un filtro quasi nullo<sup>323</sup>. Potrebbe pensarsi, quindi, che il vero filtro selettivo sia costituito dal requisito dell'indispensabilità; ma, in verità, neanche questo sembra garantire il carattere sussidiario dell'uso della pena, dal momento che il riferimento non è alla tutela di un bene giuridico, ma all'attuazione efficace di una politica: un tale diritto penale a tutela di una norma e non di un bene<sup>324</sup> sarebbe rivelatore di un passaggio dal paradigma teleologico a quello di un diritto penale "normativista"<sup>325</sup>.

Non è però fuori luogo chiedersi se davvero la riflessione sulla legittimità dell'intervento penale dell'Unione debba prendere le mosse da un concetto, tutto sommato controverso e comunque evidentemente in crisi quale quello di bene giuridico. Inoltre, occorre chiedersi quale utilità avrebbe tale operazione, specie considerando che un tale utilizzo del concetto sembrerebbe confermare l'allontanamento dalla sua originaria funzione critica e la consacrazione, anche sul piano europeo, della sua funzione "promozionale". Per cui, indipendentemente dagli esiti di questa riflessione, è in ogni caso opportuno rivedere ogni ripartizione sistematica, anche in base a criteri di valore, alla luce del nuovo assetto delle competenze stabilito dal Trattato di Lisbona. In tal senso, è forse possibile proporre una tripartizione degli interessi rilevanti in materia penale, che coincide con le tre diverse possibili forme di intervento penale ex art. 83 §1, 83 §2 e a tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Ciò posto, andrebbe però preso sul serio il monito lanciato dal tribunale costituzionale tedesco, con la celebre sentenza *Lisabon* del 2009, ad analizzare criticamente, di volta in volta, la concreta necessità di una armonizzazione del diritto penale. La questione relativa a quali settori possano esserne oggetto, infatti, non può essere risolta solo mediante interpretazione delle basi pattizie delle competenze, ma costituisce il presupposto

---

<sup>323</sup> Nello stesso senso, Grasso, *La costituzione per l'Europa*, 695.

<sup>324</sup> MANNOZZI, CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03*, p. 926 ss.

<sup>325</sup> PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, In RIDPP, 1983, 484 ss.

per l'evoluzione di un concetto politico-criminale sulla cui base le competenze possono essere rese vitali<sup>326</sup>.

Nei paragrafi successivi si cercherà di analizzare la competenza prevista dagli articoli 83 §§ 1 e 2 TFUE. Ulteriori riflessioni potrebbero essere condotte a partire dall'art. 325 TFUE; ma, per le ragioni precedentemente esposte, si è scelto di non occuparsi delle tematiche concernenti la tutela degli interessi finanziari dell'Unione che, rappresentando forse l'unico bene giuridico sovranazionale in senso pieno, meriterebbe tutt'altra considerazione. Ci si limita a notare, per completezza di analisi, che una piena tutela degli stessi non potrebbe essere certo fornita dall'art. 83, in quanto gli atti che esso consente di adottare non vincolano tutti gli Stati membri. Peraltro, mentre l'art. 29 del Trattato pre-Lisbona includeva la lotta alle frodi nelle politiche dell'area di Libertà, Sicurezza e Giustizia, adesso non ve n'è alcun riferimento, restando gli art. 310 e 325 TFUE gli appigli che possano legittimare un'autonoma competenza penale dell'Unione. Tale competenza, considerata autonoma anche da coloro che la fondano sull'art. 86 TFUE, andrebbe forse, ragionevolmente, considerata come sottoposta agli stessi vincoli che l'art. 83 §2 detta per la tutela penale di tutti gli interessi dell'Unione<sup>327</sup> e, *in primis*, se esercitata mediante direttive, anche soggetta all'eventualità del c.d. freno di emergenza<sup>328</sup>. Ma, mancando evidenti vincoli testuali in tal senso, ci si può aspettare che verrà esercitata, invece, in maniera molto più libera.

### 1.1 L'articolo 83§1 TFUE

L'articolo 83 §1 TFUE rappresenta il principale riferimento utile a delimitare l'ambito della c.d. competenza penale autonoma – che è, comunque, una competenza *indiretta*<sup>329</sup> - in quanto elenca tassativamente le sfere di criminalità su

---

<sup>326</sup>BOSE, *op. cit.*, 301.

<sup>327</sup> Così STURIES, *Ermächtigt der Vertrag von Lissabon wirklich zum Erlass supranationaler Wirtschaftsstrafgesetze?*, *Onlinezeitschrift für Hochsrichterliche Rechtsprechung zum strafrecht* 20012, 273-288.

<sup>328</sup> Così SATZGER, *op. ult. cit.*, 82.

<sup>329</sup> Queste le conclusioni di SOTIS, *Le competenze penali dell'Unione, cit.* La competenza in questione sarebbe indiretta in quanto non vincola del tutto il legislatore del recepimento, venendo esercitata

cui l'Unione può intervenire<sup>330</sup>, fissando le condizioni di tale intervento nel rispetto di alcuni requisiti, ovvero la particolare gravità di un dato fenomeno criminale, la dimensione transnazionale e la necessità di combatterlo su basi comuni<sup>331</sup>. Il limite principale della norma è, però, che tale elencazione comprende tipi di illecito, peraltro, in non pochi casi, molto generici. Per quanto un trattato non possa essere preciso come un codice, nell'elencare non fattispecie criminose ma aree, sfere di criminalità, la vaghezza terminologica dell'art. 83 §1 TFUE lascia indeterminato l'ambito della competenza, che solo la rigorosa osservanza di chiari principi di criminalizzazione potrebbe bilanciare e contenere<sup>332</sup>. Parlare, ad esempio, di criminalità organizzata o criminalità informatica, lascia spazio alla criminalizzazione di un numero indeterminato di illeciti, possibilmente accomunati solo dalle modalità di commissione o dal "contesto criminale" da cui

---

mediante l'emanazione di direttiva, e perché si occupa solo della definizione di alcune condotte e dell'indicazione di massima dei livelli sanzionatori ritenuti adeguati: nello stesso Fiandaca, Musco, *Diritto penale, Parte generale*, VII ed., Bologna, 2015, 67 e GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in Aa.Vv., *Studi in onore di M. Romano*, IV, Napoli, 2011, 2326.

<sup>330</sup> Si tratta di: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata. Il Consiglio europeo può deliberare l'aumento di tali "sfere", sebbene la lista sia già adesso più estesa di quella contenuta negli artt. 29 e 31 del vecchio TUE.

<sup>331</sup>Secondo SATZGER, *op. ult., cit.*, 72., infatti, l'origine storico-politica della di cui all'art. 83 §1 TFUE sarebbe da ricercare proprio nella crescita del crimine transfrontaliero dovuta all'abbattimento delle frontiere tra gli Stati membri

<sup>332</sup>SATZGER, *op. ult. cit.*, 73; ritiene che la competenza penale *autonoma* non porrebbe particolari problemi né rispetto al principio di sussidiarietà di cui all'art. 5.3 TUE, né rispetto al principio di proporzionalità-*extrema ratio* di cui all'art. 5.4 TUE. Eppure, anche le fonti penali europee espressive di una competenza penale autonoma possono presentare problemi rispetto al principio di *extrema ratio*, laddove le gravi sfere di criminalità rientranti in tale competenza vogliano essere contrastate dall'Unione attraverso il ricorso a reati a consumazione oltremodo anticipata (esemplari, in questo senso, talune norme contenute nella decisione quadro 2008/919/GAI integrativa sulla lotta contro il terrorismo, criticate anche dagli autori del c.d. *Manifesto sulla politica criminale europea*) ovvero a reati volti a colpire mere tipologie criminologiche di autore anziché comportamenti offensivi di beni giuridici (si pensi, ad es., al reato di pedopornografia virtuale di cui al combinato disposto degli artt. 1, lett. b), iii e 3 comma 1 della decisione quadro 2004/68/GAI: sul punto v. ancora il *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., e FOFFANI, *Il "Manifesto sulla politica criminale europea"*, in *Criminalia*, 2010, 669 ss.

traggono origine, e crea non poche incertezze circa gli illeciti che effettivamente potranno essere interessati dall'azione dell'Unione se alle sfere di criminalità venisse data un'interpretazione estensiva<sup>333</sup>.

La *transnazionalità del reato* – almeno con riguardo agli illeciti espressamente elencati nella disposizione – sembrerebbe costituire un contrassegno, un requisito ontologico idoneo ad assicurare *a priori* la conformità delle connesse iniziative legislative al principio di sussidiarietà. In questo senso, la competenza penale per campo di materia potrebbe leggersi come un'applicazione diretta del principio di sussidiarietà, esposta soltanto al giudizio di proporzione e di coerenza nella formulazione delle fattispecie<sup>334</sup>. Nondimeno, occorre chiedersi se i requisiti di transnazionalità e particolare serietà vadano di volta in volta verificati o se - come spingerebbe a ritenere la formulazione all'indicativo della norma, affermando che le sfere di criminalità in cui l'Unione può intervenire "sono" quelle da essa individuate – quelle forme di criminalità possano sempre essere oggetto di disciplina comune, e i suddetti requisiti abbiano valore meramente descrittivo, giacché tutte le sfere, in effetti, riguardano forme di criminalità grave e rispettano altresì gli ulteriori requisiti indicati dall'art. 83 per l'azione dell'Unione in ambito penale, la cui valorizzazione garantisce il rispetto del principio di sussidiarietà<sup>335</sup>. Tale interpretazione, però, lascia perplessi, in quanto non tutte le sfere sembrano presentare naturalmente i caratteri della particolare gravità e transnazionalità delle condotte<sup>336</sup>. E, tuttavia, l'impressione è che per la Corte di Giustizia la sola

---

<sup>333</sup> Sul punto, v. ancora. ASP, *op. ult. cit.*, 80-93.

<sup>334</sup> Cfr. SIRACUSA, *op. cit.*, 795, per cui nel caso della competenza per campo di materia di cui al §1, la sussidiarietà dell'azione europea verrebbe stabilita già a livello ordinamentale dalle stesse disposizioni del Trattato (*sussidiarietà presunta*), riguardando solo forme di criminalità grave che, per l'entità dei danni cagionati o per le caratteristiche delle condotte necessitano di un'azione comune di contrasto.

<sup>335</sup> Questa la posizione di SATZGER, *Quels principe pour une politique criminelle européenne après le traité de Lisbonne? Le droit pénal européen – état des lieux et perspectives ouvertes par le traité de Lisbonne*, *Rev. int. droit pen.*, 1-2/2011, 137-151 e ID., *International and European Criminal Law*, 2012, 73-76.

<sup>336</sup> D'altronde, è chiaro che la particolare gravità non è caratteristica di una forma di criminalità, ma, eventualmente, di determinati atti criminali. Se alcune forme di criminalità (come ad es. la tratta di esseri umani) non possono che essere transnazionali, altre, pur non essendolo necessariamente, lo sono nella prassi (ad es. alcune forme di terrorismo), e altre ancora lo sono solo occasionalmente (ad es. la corruzione o lo sfruttamento sessuale dei minori).

inclusione nell'elenco sia sufficiente per considerare le sfere di criminalità talmente gravi da giustificare la limitazione dei diritti di cittadinanza e l'espulsione di cittadini europei per ragioni di pubblica sicurezza, anche qualora la condotta illecita in sé considerata non rappresenti una vera minaccia per la sicurezza pubblica<sup>337</sup> sebbene, ritenendo la gravità di queste sfere di criminalità *in abstracto*, la Corte finirebbe per avallare un diritto penale securitario epuramente simbolico<sup>338</sup>. Sembrerebbe dunque più ragionevole ritenere che l'art. 83 §1 imponga un doppio test di legittimità dell'esercizio della competenza penale, per verificare non solo che la condotta rientri in una delle forme di criminalità elencate nel Trattato, ma anche che presenti i caratteri della transnazionalità<sup>339</sup> e della particolare gravità, da intendersi cumulativamente e non alternativamente<sup>340</sup>.

La *dimensione* transnazionale di un illecito può risultare dalla sua natura, dal suo impatto o da un particolare bisogno di farvi fronte su basi comuni, mentre la *natura* transnazionale verrebbe in rilievo quando la commissione dell'illecito comporti un effettivo attraversamento dei confini nazionali<sup>341</sup>. Ancora più evidente sembra la relazione tra il concetto di impatto con la dimensione transnazionale del crimine, da riferirsi alle sue conseguenze: questo sarebbe verificato quando, pur senza avervi attraversamento dei confini, la commissione dell'illecito produca conseguenze in più Stati, come nel caso dei reati ambientali o della contraffazione dell'Euro.

Per quanto riguarda, infine, il requisito del *bisognodi combattereun dato fenomeno criminale su basi comuni*, si ritiene invece che esso non potrà che verificarsi congiuntamente ad uno degli altri due, dovendosi escludere che una mera

---

<sup>337</sup> Cfr. CGUE causa C-348/09 *PI c. Oberburgemeisterin der Stadt Remscheid*.

<sup>338</sup> Così MITSILEGAS, *EU criminal law competence after Lisbon*, *cit.*, 115.

<sup>339</sup> Ritiene che la dimensione transnazionale di un illecito debba essere effettivamente verificata, e non meramente potenziale, anche LONG, *Harmonisation of substantial criminal law in the European Union. The concepts of "serious crime" and "particularly serious crime"*, in R.A.E. – L.E.A. 2011/11, 159-173.

<sup>340</sup> Così anche ASP, *op. cit.*, 80-84, che però ritiene che tali considerazioni abbiano scarsa rilevanza pratica in quanto allo stesso risultato potrebbe pervenirsi con una corretta applicazione del principio di sussidiarietà.

<sup>341</sup> Sebbene non risulti del tutto chiaro se il trattato voglia fare riferimento propriamente alla natura transnazionale, ovvero alla natura grave o "europea", come ottolinea LONG, *op. cit.*, 162.



ambizione politica possa essere sufficiente a legittimare l'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali<sup>342</sup> e, da questo punto di vista, tale requisito appare ridondante ove sia verificata la dimensione transnazionale. In questo senso sarebbe proprio quest'ultimo il requisito determinante, mentre gli altri due potrebbero considerarsi alternativi tra loro<sup>343</sup>. La dimensione transnazionale, infatti, è stata sempre ritenuta la ragione giustificatrice del valore aggiunto dell'azione dell'Unione; e però l'ambito di intervento si dimostra, in realtà, molto più ampio di quanto non appaia a prima vista, dal momento che la competenza a definire illeciti e stabilire sanzioni può esercitarsi in aree di criminalità che hanno dimensione transnazionale anche quando le fattispecie che in tali categorie possano essere sussunte esauriscano il loro impatto a livello nazionale.

In secondo luogo, si ritiene che vada attentamente verificata anche la *particolare gravità* delle condotte criminose per cui si vuole procedere ad armonizzazione. Quella di *crimini di particolare gravità* è una locuzione introdotta con l'ultima modifica dei Trattati<sup>344</sup>. Tale nozione sarebbe centrale in quanto esprime il bisogno di considerare la proporzionalità dell'azione. Dovendosi, però, determinare la legittimità di una tale azione anche oltre le ragioni storiche da cui ha preso le mosse – che la limiterebbe a quegli illeciti per i quali l'Unione risulti una (potenziale) “vittima” – la nozione dovrebbe essere interpretata estensivamente fino ad includere la vittimizzazione dei cittadini europei in aree di fondamentale interesse nella regolamentazione da parte del diritto dell'Unione.

---

<sup>342</sup> Su questa linea anche il Tribunale costituzionale tedesco: cfr. la sentenza del BVerfG 2 be 2/08, del 30 giugno 2009, § 359.

<sup>343</sup> Così LONG, *op. cit.*, 163.

<sup>344</sup> Per questa ragione, tale requisito non dovrebbe essere sottovalutato, essendo stato introdotto, con buona probabilità, proprio per limitare l'azione dell'Unione in materia penale alla lotta contro fenomeni criminali che meritino davvero questo ulteriore sforzo a livello sovranazionale e giustificano la correlativa cessione di sovranità da parte degli Stati: di quest'avviso anche WADE, *op. cit.*; a riprova della sua rilevanza, bisognerebbe, altresì, considerare che esso non è richiesto né al paragrafo successivo, che disciplina la competenza penale c.d. *indiretta*, né all'art. 325 TFUE, che rappresenta la base giuridica delle azioni di contrasto alle condotte che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Diversamente, SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, 2011, 74-78, ritiene che la gravità vada letta in relazione al grado di lesione del bene e non in chiave funzionalista, ovvero in base alla esigenza di commisurare la risposta penale alla dimensione transnazionale del fenomeno criminale.

D'altra parte, vi sono certamente condotte che, per la loro gravità, richiedono, proprio nell'ottica della sussidiarietà, l'azione dell'Unione per darvi una risposta efficace, e che sono, d'altro canto, fenomeni tanto gravi da fondare un interesse collettivo di tutti i cittadini europei nella loro efficace repressione. E sono, per altro verso, reati che si fondano sull'uso delle libertà garantite dai Trattati per scopi illegittimi, per cui l'Unione avrebbe un obbligo morale di assicurare un sistema penale adeguato a farvi fronte. Nonostante l'evidente importanza della nozione, però, tale riferimento non sembra poi molto di aiuto da un punto di vista giuridico per stabilire entro quali limiti un reato possa legittimamente essere sottoposto all'attenzione dell'Unione. Quella di *crimine grave* sembra, infatti essere una nozione più politica più che giuridica. È vero che taluni sistemi nazionali contemplano la nozione di forme aggravate di criminalità, ma ciò non è di alcun aiuto per determinare in che cosa consista un crimine grave e, quindi, quale sia la base legittima per un intervento dell'Unione a norma dell'art. 83 TFUE, che fa solo riferimento a forme particolarmente gravi di un dato tipo di illecito – e che, in concreto, può essere più o meno grave – senza con ciò dire se esso sia di natura tale da richiedere l'attivazione di meccanismi speciali per il suo contrasto. In mancanza di una chiara definizione al livello dei Trattati, si potrebbe tentare di reperirne il significato ispirandosi ad altri documenti. E una indicazione utile allo scopo si trova, ad esempio, all'art. 2 della Convenzione di Palermo, che individua un crimine grave in ogni offesa che sia punibile con una pena detentiva di almeno quattro anni nel massimo. Qualcosa di simile si riscontra anche nella decisione quadro sul mandato di arresto europeo, che all'art. 3.2 richiede un massimo di almeno tre anni; le decisioni istitutive di EUROPOL e EUROJUST, invece, si limitano a fare una lista di quei crimini che sono da considerarsi gravi – sebbene l'art. 83 §1 TFUE fa riferimento al *quantum* di pena come indice della gravità, né potrebbe farlo se consideriamo che alcune infrazioni, come nel caso dei reati informatici, siano punite anche con una pena detentiva di un anno nel massimo. Secondo un'altra impostazione, il riferimento alla *particolare gravità* presupporrebbe un intervento su settori che devono avere già registrato, a livello nazionale, una reazione di tipo penale. Più che una primigenia valutazione di necessità di pena, quella che emergerebbe, quindi, è una necessità di lotta comune mediante pena

di fatti a vario titolo già penalizzati<sup>345</sup>.E in tal senso si potrebbe tentare un approccio comparatistico, partendo dai casi in cui i sistemi nazionali adottino procedure alternative o speciali per far fronte a determinati tipi di illecito, per trarne indicazioni utili per il sistema dell'Unione, sebbene neanche questo garantisca necessariamente conclusioni chiare – anche perché spesso avviene esattamente il contrario, ovvero che vi siano meccanismi semplificati per i reati di minore gravità.

Occorre, a questo punto, individuare l'esatta portata dell'espressione *norme minime*<sup>346</sup>, che pone due fondamentali questioni. In primo luogo, va accertato se sia consentito agli Stati membri, nel recepire le direttive in materia, introdurre ulteriori elementi nella definizione delle condotte incriminate, restringendo in tal modo l'ambito di punibilità individuato dal legislatore europeo; in secondo luogo, bisogna chiedersi se essi possano, al contrario, estendere la punibilità a condotte non ricomprese nella definizione comune dell'illecito. A ben vedere, in entrambi i casi l'effetto sembrerebbe essere frustrante degli intenti di armonizzazione e, in tal caso, entrambe queste possibilità andrebbero escluse<sup>347</sup>, ma, a parte ciò, le due questioni sembrano potersi risolvere in modo diametralmente opposto. Certamente deve ritenersi esclusa la possibilità di restringere l'ambito di punibilità mediante la previsione di elementi non contemplati dalle direttive. A tale conclusione, invero, la Corte di Giustizia è giunta già in passato, in materia di *insider trading*, escludendo che la legge nazionale possa, discostandosi dalla direttiva, limitare la punibilità ai soli casi di consapevolezza dell'illiceità della condotta comunque sanzionabile ai sensi della normativa europea<sup>348</sup>. La seconda questione, invece, viene generalmente risolta in senso affermativo: la punibilità di certi comportamenti, infatti, potrebbe essere preclusa dal diritto europeo solo con l'esplicita previsione di liceità di un dato comportamento, e non con la mancata criminalizzazione. Allo stesso modo, gli Stati potrebbero punire un

---

<sup>345</sup>SOTIS, *op. ult. cit.*, 46.

<sup>346</sup>Talmente incerta da non essere stata impiegata altrove nei Trattati, come nota MOUNCIF-MOUNGACHE, *Les méthodes normatives*, cit., 49-69.

<sup>347</sup> Cfr. KLIP, *Towards a general part of criminal law*, cit. 15-33.

<sup>348</sup> Corte di Giustizia, 23 dicembre 2009, Causa C-45/08, *Spector photo group NV*, 2009, in particolare ai §§ 34-62.

comportamento in modo più severo di quanto richiesto dall'Europa. Ciò porterebbe a ritenere che le prospettive di armonizzazione in materia penale si riducano solo alla semplice possibilità di punire di più e più severamente, e un tale unilateralismo rivelerebbe un'attitudine marcatamente repressiva del diritto penale in Europa, aggravata dal fatto che gli Stati non potrebbero depenalizzare quanto criminalizzato in esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati<sup>349</sup>. Ma, comunque vada interpretata, la locuzione pone dei limiti alla libertà di criminalizzazione degli Stati membri<sup>350</sup>, come proverebbe il fatto che l'art. 82 §2 espressamente attribuisce la facoltà agli Stati di prevedere una disciplina più dettagliata a garanzia della persona sottoposta a procedimento, ma ciò non avviene con l'art. 83, dato che una tale operazione avrebbe l'effetto esattamente opposto<sup>351</sup>. Armonizzazione minima significa, quindi, possibilità di imporre un minimo di criminalizzazione, lasciando impregiudicata la possibilità di più severe normative nazionali mentre, sfortunatamente non vi è alcuna competenza dell'Unione per un minimo di depenalizzazione e questo determina un *trend* inflazionistico<sup>352</sup>. Così, l'unico rimedio ad una incontrollabile espansione che turbi sarebbe costituito dal c.d. "*freno di emergenza*" di cui all'art. 83 §3 TFUE. Il funzionamento di tale meccanismo di salvaguardia solleva, però, non pochi dubbi e, comunque, per comprenderne la reale rilevanza pratica, bisognerà capire, anzitutto, cosa si intenda per aspetti fondamentali del sistema di giustizia penale e, inoltre, se il punto di vista da adottare sia quello nazionale o europeo - e solo la Corte di giustizia potrebbe

---

<sup>349</sup> Così SATZGER, *Quels principe pour une politique criminelle européenne, cit.* 137-151.

<sup>350</sup> Secondo KLIP, *EU criminal law*, Intersentia, 2012, 162, Con tale espressione non ci si riferirebbe al numero di elementi costitutivi della fattispecie, ma si tratterebbe, piuttosto, di rendere la normativa nazionale severa almeno quanto richiesto dalla normativa dell'Unione, si tratta di un "minimo di criminalizzazione.

<sup>351</sup> Sul punto cfr. NILSSON, *How to combine minimum rules with maximum legal certainty?*, 2011, *Europarättslig tidskrift*, 665.

<sup>352</sup> SATZGER, *International and European Criminal Law*, 2012, 78; Considera problematica la progressiva estensione della ambito della punibilità in una prospettiva di politica criminale a lungo termine anche ASP, *op. cit.*, 110-127.

chiarire il punto, spettandole in via esclusiva l'interpretazione dei Trattati a norma dell'art. 267 §1.a TFUE<sup>353</sup>.

In conclusione, secondo l'interpretazione tradizionalmente dominante, le regole minime sarebbero requisiti che vanno in una sola direzione, chiedendo agli Stati di punire non meno di quanto richiesto dallo strumento europeo ma consentendo loro di punire di più. I possibili limiti alla criminalizzazione da parte degli Stati non andrebbero cercati, dunque, in un'interpretazione garantista del concetto di norme minime, ma in apposite disposizioni che introducano cause di non punibilità<sup>354</sup>.

## 1.2 L'articolo 83 §2 TFUE

L'articolo 83 §2 TFUE prevede un'ulteriore forma di competenza penale indiretta dell'Unione, che potremmo definire *accessoria* in quanto non espressiva del nucleo duro della politica criminale europea, ma asservita alle esigenze di effettività delle sue altre politiche, e che sembra rispondere a istanze niente affatto ideali, bensì immediatamente pratico-securitarie, oltre che evidentemente disancorate da quelle di cooperazione giudiziaria<sup>355</sup>. In particolare si stabilisce che, tramite direttive, possano essere introdotte norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nei settori che siano già stati oggetto di misure di armonizzazione «*allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace*» della politica dell'Unione in tali settori. Tale competenza sembrerebbe, dunque, avere come scopo ultimo la tutela di beni e interessi di rilievo europeo<sup>356</sup>.

---

<sup>353</sup>Tuttavia, secondo SATZGER, *ibidem*, tanto più la legislazione penale europea sarà guidata da precise linee di politica criminale coerente, tanto meno sussisterà il rischio di utilizzo del freno di emergenza.

<sup>354</sup>Così MITSILEGAS, *EU criminal law competence after Lisbon, cit.*, 122-124, che porta come esempi gli artt. 12-14 della direttiva sul commercio elettronico, l'art. 5 direttiva 2005/35/CE sull'inquinamento marittimo e l'art. 4 §3 della direttiva 2009/52/CE sull'impiego dei migranti irregolari.

<sup>355</sup>Così BERNARDI, *La competenza penale accessoria, cit.*, 43-78.

<sup>356</sup>Con tale espressione si vogliono indicare i beni-interessi dalla violazione di norme prodotte nell'ambito delle competenze concorrenti dell'Unione; essi vanno distinti dai beni giuridici esclusivi

L'art. 83 §2 TFUE consente, dunque, il ricorso a direttive che stabiliscano «*norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione*», per assicurare l'esigenza iscritta in via generale nel principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 §3 TUE in virtù del quale «*l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati*», di scongiurare il rischio di un'inadeguata attuazione di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione.

Poiché tale competenza può essere esercitata solo in settori che siano stati già oggetto di precedente armonizzazione - sebbene il Trattato non specifichi in quale misura<sup>357</sup> - non risulterebbe accettabile una direttiva che regolasse una certa materia per la prima volta, contemplando altresì delle sanzioni penali a tutela di quella determinata azione<sup>358</sup>. Ma nonostante lo stesso uso del termine *armonizzazione* porterebbe, a primo acchito, a considerare interessate le sole materie di competenza concorrente, tale competenza potrebbe estendersi, secondo alcuni, anche al di là, considerando che sarebbe del tutto irragionevole riconoscere che l'Unione, attraverso apposite direttive, possa dare vita a processi di armonizzazione sanzionatoria in chiave penale in relazione a discipline extrapenali oggetto di una mera armonizzazione a livello europeo e, allo stesso tempo, negare che possa dar vita ad analoghi processi di armonizzazione penale in relazione a discipline extrapenali rivelatesi bisognose addirittura di norme europee di unificazione rispetto alle quali, *a fortiori*, dovrebbe ritenersi legittimo il

---

dell'Unione, tendenzialmente privi di un carattere nazionale, *in primis* gli interessi finanziari dell'Unione, la cui tutela penale, secondo alcuni, troverebbe una sua specifica base giuridica nell'art. 325.4 TFUE.

<sup>357</sup> Non avendosi, quindi, indicazioni utili a restringere il campo, deve ritenersi che siano suscettibili di intervento ex art. 83 §2 almeno le seguenti materie: l'agricoltura (art. 39), l'immigrazione (art. 79), i trasporti (art. 90ss.), la concorrenza (art. 101ss.), la tassazione indiretta (art. 113), il mercato interno (art. 114), la proprietà intellettuale (art. 118), la protezione dei consumatori (art. 169) l'ambiente (art. 191); In proposito, v. anche COM 573 (2011), 10 ss.

<sup>358</sup> Così SATZGER, *op. cit.*, 78; ulteriori dubbi sull'opportunità di utilizzare tale competenza in materie non ancora sufficientemente regolate solleva anche la possibilità di *opt-out* di Danimarca, Regno Unito e Irlanda sulla cooperazione in materia penale, che lascerebbe così del tutto sguarnito di sanzioni l'intervento armonizzatore promosso per la prima volta facendo affidamento sulla sola arma penale.

ricorso alla pena<sup>359</sup>. Quest'ultima ragione, in particolare, spingerebbe a non far dipendere l'esercizio della competenza penale dall'avvenuta armonizzazione di determinati settori, che non sembra, a questo punto, rappresentare un filtro particolarmente selettivo. Piuttosto, il vero freno ad un'espansione incontrollata potrebbe essere il rispetto del requisito dell'indispensabilità, cui l'art. 83 §2 TFUE subordina il legittimo esercizio della competenza che esso stesso attribuisce<sup>360</sup>. Tale norma delinea una potestà penale dell'Unione di tipo funzionalista, incentrata sui criteri della *necessità* e dell'*effetto utile* che trova senz'altro origine nella giurisprudenza *Ambiente e Inquinamento marittimo*<sup>361</sup> della Corte di Giustizia<sup>362</sup>, anche se, a ben vedere, l'art. 83 §2 sembrerebbe sottoporla a limiti più stringenti: secondo queste sentenze, infatti, laddove l'Unione aveva competenza di "primo pilastro", avrebbe potuto usare anche i regolamenti<sup>363</sup> e, inoltre, tali iniziative non sarebbero state sottoponibili ad alcun "freno di emergenza". Ma, nonostante i limiti posti, il Trattato in vigore sembra tuttavia aprire a grandi possibilità di intervento penale, come rilevato dal Tribunale costituzionale tedesco con la sentenza *Lissabon*<sup>364</sup>. La corte costituzionale tedesca considera che con l'art. 83§2 « *le competenze dell'UE nell'ambito della giustizia penale si sono considerevolmente accresciute e che non è, in linea di principio, possibile conciliare una tale norma di competenza con il principio*

---

<sup>359</sup> Così BERNARDI, *op. ult. cit.*; nello stesso senso GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, cit., p. 2329 e RUBI-CAVAGNA, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne*, in *Rev. sc. crim.*, 2009, 506 ss.

<sup>360</sup> Una simile interpretazione estensiva del requisito della avvenuta armonizzazione è fatta propria da ASP, *op. cit.*, 134; propone una più moderata PEERS, *EU Justice and Home affairs*, Oxford, 2011, 775-6, che esclude la legittimità dell'intervento penale dove non vi sia ancora stata alcuna armonizzazione, perché in tal caso non vi sarebbe nessuna politica di cui garantire l'effettività, ma nota come nulla richieda la piena armonizzazione nel settore.

<sup>361</sup> Sentenze CGCE 13 settembre 2005, Causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio* e 23 ottobre 2007, Causa C-400/05, *Commissione c. Consiglio*, reperibili alla pagina <http://www.curia.europa.eu>.

<sup>362</sup> Così anche SIRACUSA, *op. cit.*, 791.

<sup>363</sup> Anche se lo stesso principio di sussidiarietà avrebbe sempre impedito, in pratica, il ricorso ai regolamenti in certe materie, ritengono che la più ampia libertà d'azione riconosciuta alle Istituzioni nel 2005 e nel 2007 non possa sopravvivere alla riforma dei Trattati, e debba considerarsi superata, tra gli altri, KLIP, *EU criminal law*, 2012, 7 e SATZGER, *op. ult. cit.*, 78.

<sup>364</sup> Cfr. BverfG, 2/08 30 settembre 2009, in particolare §§ 361-362, [www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208fr.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208fr.html).

di attribuzione delle competenze limitate e materialmente determinate, né con la protezione necessaria del legislatore nazionale che è democraticamente legato in modo particolare alla decisione maggioritaria del popolo»; e, d'altronde, «semplici considerazioni di effettività non possono da sole legittimare il ricorso al diritto penale»<sup>365</sup>. Si reputa, quindi, necessaria la previa verifica - ad opera della Corte di giustizia, e secondo criteri restrittivi - dell'esistenza di un deficit incolmabile di effettività di una data politica dell'Unione, che faccia risultare indispensabile il ricorso alla sanzione penale, ritenendo che l'esercizio della competenza di cui all'art. 83 §2 rappresenti un'ipotesi eccezionale<sup>366</sup>. A ben vedere, però, viene in tal modo presupposta una concezione funzionale delle competenze attribuite nei Trattati - e del diritto penale - che non si discosta poi tanto da quella dell'Unione, come a prima vista potrebbe sembrare<sup>367</sup>. Per quanto molti vedano nella pretesa di tutela dell'ordinamento dell'Unione una strumentalizzazione del diritto penale, occorre sottolineare che la giustificazione costituzionale della pena secondo il principio di proporzionalità presuppone necessariamente uno scopo, per la cui realizzazione la norma penale è impiegata come mezzo. Poiché la competenza accessoria si collega ad un ambito già armonizzato, sarebbe possibile giustificare una competenza ulteriore rispetto all'art. 83 §1, tanto più che l'armonizzazione riguarda ambiti meno contrassegnati da concezioni di valore. In questo senso, anche la Corte costituzionale tedesca riconosce che la competenza accessoria non lascia al legislatore nazionale alcuno spazio sostanziale per l'elaborazione della fattispecie, poiché la norma di condotta è già oggetto di una misura di armonizzazione di diritto europeo. In base a tale diversa funzione di armonizzazione non vi sarebbe, dunque, nessuna ragione per limitare la competenza accessoria, in analogia col §1, al campo della criminalità grave<sup>368</sup>. Il requisito dell'essenzialità sembrerebbe, però introdurre, uno standard più elevato della semplice necessità, che va generalmente verificata relativamente alla proporzionalità di tutti gli interventi dell'Unione in materie concorrenti ai sensi dell'art. 5(4) TEU<sup>369</sup>; eppure, da un punto di vista

---

<sup>365</sup> Ibidem, §§ 123, 267, 411;

<sup>366</sup> Ibidem, §362.

<sup>367</sup> Cfr. BOSE, *La sentenza della Corte costituzionale*, cit., 288.

<sup>368</sup> BOSE, *op. ult.*, 2009, 292-293.

<sup>369</sup> Così SUHR in CALLIESS, RUFFERT, *EUV/AEUV*, Monaco di Baviera, 2011, art. 83, §24.



logico, se già la necessità implica che l'uso della pena sia una *condicio sine qua non* per il raggiungimento di un dato scopo, sarebbe difficile immaginare qualcosa che sia *essenziale* oltre la necessità, e in tal senso i due termini, finirebbero con l'essere equivalenti. Tuttavia, poiché il principio di conservazione delle norme vuole che ogni termine giuridico sia interpretato in modo che abbia un senso e un valore peculiare nel testo, bisogna ammettere che il Trattato, parlando di essenzialità e non di necessità, abbia voluto introdurre un parametro più rigido<sup>370</sup>. Il requisito dell'essenzialità, però, potrà funzionare davvero come discriminante solo se la Corte sarà in grado di esaminare caso per caso se davvero non vi siano alternative allo strumento penale<sup>371</sup>. E tuttavia sembra improbabile che la Corte voglia, in futuro, sindacare l'intervento delle Istituzioni in base a criteri di necessità o essenzialità. Ad ogni modo, l'indispensabilità dell'intervento non sembra affatto coincidere con il rispetto del principio di *extrema ratio*, dal momento che la valutazione dell'opportunità della pena non è operata in relazione alla possibile lesione di beni giuridici, bensì al grado di attuazione di una politica dell'Unione, secondo uno schema di diritto penale (non teleologico, ma) normativista<sup>372</sup>. L'*indispensabilità* della sanzione penale, criterio richiamato già dalla celebre sentenza della Corte di Giustizia del 23 ottobre 2007, pur richiamando apparentemente il postulato del diritto penale come *extrema ratio*, circoscrivendone il raggio di azione alla prevenzione e repressione dei danni gravi e subordinandone l'intervento all'esigenza di garantire un'efficace attuazione delle politiche dell'Unione in assenza di altre misure normative adeguate a tale scopo, rischia di rivelarsi inefficace sul piano applicativo; infatti la vaghezza e la forte connotazione

---

<sup>370</sup> Queste le conclusioni di ASP, *op. cit.*, 127-135; lo stesso A., tuttavia, nota come la Corte di Giustizia, nel noto caso *Ambiente*, abbia però utilizzato, in modo disinvolto, i due termini come, per l'appunto, equivalenti (v. ad es. il §48 della sentenza). Il requisito dell'essenzialità dovrebbe imporre un test di stretta proporzionalità secondo OBERG, *Union regulatory criminal law competence after the lisbon treaty*, 2011, 19 *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 289, 290; conviene sulla poca chiarezza del requisito anche MITSILEGAS, *EU criminal law competence after Lisbon, cit.*, 117-118.

<sup>371</sup> SATZGER, *op. ult. cit.*, 2012, 78.

<sup>372</sup> Non a caso, il punto di partenza di questa evoluzione è stata l'esigenza di intervenire in materia di ambiente, un bene che, evidentemente, non riceve sufficiente tutela dal sanzionare semplicemente un evento dannoso, data la *probatio diabolica* del relativo nesso di causalità.

discrezionale del criterio ne rendono possibile l'adattamento a qualunque iniziativa legislativa, in relazione alle esigenze del momento, con conseguente perdita di ogni capacità selettiva<sup>373</sup>.

Il limite dell'indispensabilità non appare, di per sé, del tutto rassicurante, giacché l'attribuzione di competenza penale si basa su un criterio funzionalistico<sup>374</sup>, che potrebbe indurre il legislatore europeo a ritenere ineludibile un ampio ricorso alla pena rispetto a fatti illeciti commessi nei settori costituenti il nucleo essenziale delle politiche UE (concorrenza, trasporti, agricoltura, ecc.), ma spesso non altrettanto centrali in una prospettiva politico-criminale di diritto interno<sup>375</sup>. Vi è, insomma, il rischio che si faccia abuso dell'art. 83 §2 TFUE come strumento per il raggiungimento degli obiettivi dei trattati<sup>376</sup>. Da questo punto di vista, "il giudizio di necessità di pena, sembrerebbe rapportarsi ad esigenze di effettività di norme eurounitarie extrapenali UE, anziché ad esigenze di protezione dei beni giuridici sottostanti<sup>377</sup>, e ciò rischierebbe di legittimare qualsiasi intervento penale volto a implementare una politica dell'Unione<sup>378</sup>.

La vocazione «funzionalista» tradizionalmente propria dell'azione comunitaria, trasferita in ambito penale, può senza dubbio determinare fenomeni distortivi rispetto al criterio della sussidiarietà, aprendo il varco ad un potenziale eccesso di pervasività del diritto penale europeo. Ogni valutazione sulla necessità della pena implica, infatti, giudizi ed opzioni di politicacriminale che, per loro stessa natura, difficilmente possono fungere da parametri formali, idonei a guidare nella selezione dei beni giuridici da tutelare e nel contenimento della proliferazione di obblighi di incriminazione.

---

<sup>373</sup> Cfr. HERLIN-KARNELL, *Subsidiarity in the Area of EU Justice and Home Affairs Law - A lost cause?*, in *European Law Journal*, 2009, 353 ss.

<sup>374</sup> Tra gli altri, lamenta "il carattere scarsamente selettivo del requisito della 'indispensabilità'", SICURELLA, *Questioni di metodo*, cit., 2606.

<sup>375</sup> Cfr. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit. 272.

<sup>376</sup> SATZGER, *op. ult. cit.*, 82.

<sup>377</sup> SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione*, cit., 1155, ID., *Les principes de nécessité et de proportionnalité*, in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, cit., p. 9 ss. del testo dattiloscritto.

<sup>378</sup> Cfr. KAIKIFA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, in *EuCLR*, 1, 2011, 19.

La previsione di cui all'art. 83 §2, disegna il diritto penale come un mezzo normativo cui far ricorso in via sussidiaria per assicurare efficacia a settori di politiche europee che siano già stati oggetto di interventi di ravvicinamento delle legislazioni statali. Si profila dunque il rischio di una potenziale deviazione dal criterio/guida della sussidiarietà, giacché il legislatore europeo non dispone di una lista di reati predefinita ed è tenuto a compiere una valutazione di «necessità» e di meritevolezza di pena che può prescindere dal requisito della transnazionalità dei crimini<sup>379</sup>.

La preoccupazione che l'attribuzione all'Unione di una competenza penale accessoria faccia perdere all'intervento penale il suo carattere sussidiario, determinando un'ipertrofia del sistema penale ancor più incontrollabile di quella dovuta alle misure varate nell'ambito del terzo pilastro<sup>380</sup> è ampiamente diffusa in dottrina. Tuttavia si potrebbe, nel tentativo di disinnescare i rischi di una penalizzazione ad oltranza, valorizzare la lettera dell'art. 83 §2 TFUE, in base alla quale il giudizio di indispensabilità potrebbe avere ad oggetto non già direttamente il ricorso alla sanzione penale, bensì il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale. In questo caso, il requisito dell'indispensabilità costituirebbe una specificazione del principio di sussidiarietà del diritto europeo, mentre il riconoscimento della legittimità del carattere *criminale* delle norme d'armonizzazione penale accessoria potrebbe essere cercata nel principio di proporzione-*extrema ratio* (principio di "sussidiarietà del diritto penale"), correlato, se non proprio al bene giuridico tutelato, quantomeno alla gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito, ovvero al danno da esso causato<sup>381</sup>. Inoltre, il requisito dell'indispensabilità del ravvicinamento penale, pur funzionalizzato all'efficace attuazione di una politica

---

<sup>379</sup>SIRACUSA, *op. ult. cit.*, 795.

<sup>380</sup> Le quali si sono spesso poste in contrasto con taluni principi tradizionalmente accolti dal sistema giuridico nazionale: si considerino, ad es. la norma che prescrive l'incriminazione della detenzione di materiale pedopornografico virtuale (per cui v. BERNARDI, *Rinascita e metamorfosi della difesa sociale in Italia*, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze Giuridiche*, vol. XXIII, 2009, 50, nt. 107) che pone problemi di compatibilità coi principi di offensività e materialità, o certe norme in tema di terrorismo improntate a forme di anticipazione della punibilità che stridono con i principi di proporzione ed *extrema ratio*.

<sup>381</sup> Così BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, *cit.*, 43- 78.

dell'Unione, presuppone una valutazione di tipo proporzionalistico, che dovrebbe innescare processi selettivi non dissimili, secondo alcuni, a quelli connaturati alla teoria del bene giuridico<sup>382</sup>. D'altra parte, finalizzare le norme penali minime contenute nelle direttive di armonizzazione accessoria (e conseguentemente le relative norme penali nazionali di trasposizione) all'attuazione efficace di una politica dell'Unione anziché alla tutela dei beni giuridici sottostanti a tali norme appare legittimo dal momento che il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 §3 TUE impone agli Stati di assicurare l'attuazione efficace del diritto dell'Unione. Inoltre, pur considerando che l'attribuzione all'Unione di una competenza penale indiretta ben potrebbe consentire di innescare una riflessione sui fondamenti e gli obiettivi del diritto penale, va riconosciuta l'attuale difficoltà di elaborare teorie sofisticate come quella del bene giuridico<sup>383</sup> che, del resto, non è ad oggi universalmente diffusa in ambito europeo, specie nella sua accezione funzionale a circoscrivere l'utilizzo dello strumento penale<sup>384</sup>. Peraltro, la stessa dottrina critica verso la possibilità di introdurre norme penali d'armonizzazione in base ad un parametro di indispensabilità focalizzato sull'attuazione efficace di politiche dell'Unione anziché sulla tutela di beni giuridici primari «*disconosce al concetto di 'bene giuridico comunitario' (...) qualsiasi significativa funzione di contenimento della politica*

---

<sup>382</sup>Sottolinea lo stretto rapporto tra principio di proporzionalità e principio di sussidiarietà/necessità penale nell'ambito della giurisprudenza delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo, sia pure rispetto al solo sistema sanzionatorio amministrativo dell'Unione, MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in GRASSO, SICURELLA (a cura di) *Per un rilancio del progetto europeo: esigenza di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, 2008, 102 ss.

<sup>383</sup>Sulla traslazione della funzione critica del bene giuridico dall'ambito nazionale all'ambito europeo cfr. PORTERO HENARES, *¿Principio de efectiva protección de bienes jurídicos? Derecho penal europeo y principio de proporcionalidad*, in *Garantías penales*, a cura di GARCIA RIVAS - RIQUERT, Buenos Aires, 2011, 230 ss.

<sup>384</sup> Si noti, infatti, come anche nel *Manifesto sulla politica criminale europea* ci si è guardati bene dall'utilizzare l'espressione "bene giuridico", limitandosi a sottolineare l'esigenza, in ambito penale, di *un legittimo scopo di tutela*: sul punto, FOFFANI, *Il "Manifesto sulla politica criminale europea"*, cit., 665 ss.

*criminale europea*»<sup>385</sup> in quanto la funzione selettiva del bene giuridico sarebbe strettamente correlata alla concezione nazional-costituzionale del bene stesso<sup>386</sup>. Nell'attuale stato di avanzamento del diritto penale europeo, un'ipotetica elevazione della tutela del bene giuridico a elemento di riferimento del giudizio di indispensabilità necessario a consentire il varo di norme penali europee di armonizzazione accessoria potrebbe, quindi, non comportare conseguenze significative per quanto concerne la complessiva espansione del diritto penale<sup>387</sup>, come condiviso anche da chi tende a ridimensionare il ruolo del bene giuridico quale fondamento di una politica criminale espressiva della competenza penale accessoria dell'Unione<sup>388</sup>. A ciò si potrebbe aggiungere che una certa "inerenza" tra funzione critica del bene giuridico e sussidiarietà sarebbe provata dal fatto che pochissime volte la Corte costituzionale italiana avrebbe dichiarato l'incostituzionalità di una fattispecie incriminatrice per assenza di bene giuridico (esposizione di bandiere straniere<sup>389</sup>, eccitamento dell'immigrazione<sup>390</sup> e ubriachezza in luogo pubblico del recidivo<sup>391</sup>) mentre per il resto le considerazioni sul bene giuridico sarebbero sempre state diluite in un più ampio giudizio di ragionevolezza, comprendente il bilanciamento tra esigenze di prevenzione e libertà costituzionali. Tale forma di giudizio sarebbe, secondo alcuni<sup>392</sup>, non dissimile dalle logiche di controllo della CGUE sulla sussidiarietà europea a norma dell'art. 83 §2 TFUE. E questo consisterebbe, come emerge dalle sentenze ambiente e inquinamento marittimo, nella verifica del concorso di due requisiti

---

<sup>385</sup>Così GRANDI, *Le qualità della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, 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, par. 4, nt. 73.

<sup>386</sup>Cfr. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit. 70 ss.

<sup>387</sup> Così BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., 43- 78.

<sup>388</sup>Sul punto cfr. BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interest (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)*, in *Eu CLR*, 1, 2011, 38, secondo cui possono e devono esserci eccezioni alla regola secondo cui le norme penali minime adottate a livello europeo debbano essere poste esclusivamente a tutela di beni giuridici fondamentali in base al diritto primario dell'Unione.

<sup>389</sup> C. Cost., 189/1987

<sup>390</sup> C. Cost. 269/1986

<sup>391</sup> Corte cost. 17 luglio 2002, n. 354.

<sup>392</sup>SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, 2011, 74-78.

che legittimano l'iniziativa di armonizzazione penale: la gravità della violazione e la necessità/indispensabilità dello strumento penale. Ciò significa che, verificata la meritevolezza di pena, la Corte dovrà valutare il bisogno di un intervento europeo in tal senso alla luce dell'effettività che la sanzione potrà esplicare su tutto il territorio dell'Unione<sup>393</sup>. È però facile replicare che, come dimostra l'esperienza giudiziale fin qui maturata, difficilmente la Corte potrebbe lasciarsi andare a tale tipo di valutazioni che, sostanzialmente, andrebbero ad intaccare la discrezionalità politica del legislatore europeo.

Il giudizio di indispensabilità, inoltre, risulta condizionato anche da parametri incentrati sul tipo e sull'entità dell'offesa già da prima che il principio di proporzione venisse formalmente iscritto nei Trattati, risultando correlato a quei principi generali impliciti che permeano il sistema giuridico europeo nel suo insieme. Ma il fatto che tale principio di stretta necessità della sanzione penale si sia affermato e sviluppato per garantire le libertà sancite dai Trattati e l'effetto utile delle norme europee potrebbe giustificare la difficoltà di riproporlo in funzione limitativa della competenza penale accessoria dell'Unione<sup>394</sup>.

Per altro verso, però, non può non notarsi come le norme penali di origine europea frutto dell'armonizzazione accessoria mostrino una propensione all'ipertrofia non dissimile da quella propria delle norme penali di matrice puramente nazionale<sup>395</sup>. Questo stato di cose troverebbe spiegazione in una sorta di tendenziale parallelismo tra i Paesi membri e l'Unione europea a livello *lato sensu* costituzionale, legislativo, interpretativo; e, d'altronde, non poche Costituzioni nazionali, al pari dei Trattati UE, tendono a trascurare i principi di sussidiarietà e

---

<sup>393</sup> Cfr. anche PORTERO HENARES, *Principio de efectiva proteccion de bienes juridicos?: derecho penal europeo y principio de proporcionalidad*, in DIEZ-PICAZO, NIETO MARTIN, *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Thomson Reuters, 2010, 301-326, per cui, in mancanza di una solida ricostruzione del bene giuridico in sede europea, lo strumento che potrebbe venire maggiormente in aiuto sarebbe il principio di proporzionalità, nella sua classica tripartizione: idoneità (capacità di protezione penale), necessità di intervento (sussidiarietà o *ultima ratio* e necessità di pena) e proporzionalità in senso stretto (meritevolezza di pena, necessità di pena e carattere frammentario del diritto penale).

<sup>394</sup> Così BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., 43- 78.

<sup>395</sup> Sul punto v. SICURELLA, *Questioni di metodo* cit., 2619.

frammentarietà e la valenza selettiva costituita dalla gravità dell'illecito in rapporto ai beni giuridici che vengono in rilievo<sup>396</sup>.

L'armonizzazione delle legislazioni nazionali operata dall'Unione mediante l'esercizio della sua competenza penale accessoria non si limita a perseguire il ravvicinamento di alcune incriminazioni delle sanzioni conseguenti, ma si spinge spesso anche a imporre la punibilità di talune forme di manifestazione del reato, prevedendo per questi casi, in genere, anche una gradazione delle sanzioni, mostrando una capacità di compressione della discrezionalità del legislatore nazionale non minore di quella che hanno le norme emanate in ragione della competenza penale autonoma: in entrambi i casi, queste disposizioni tendono a perdere il loro carattere di norme minime, prevedendo così qualcosa di più di un mero vincolo per gli Stati membri per quanto riguarda il risultato da raggiungere (art. 288, comma 3, TFUE), e finendo col comprimere quella competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi che le direttive dovrebbero, in linea di principio, fare salva. A ben vedere, le norme penali minime di armonizzazione accessoria sembrano capaci di erodere spesso la discrezionalità del legislatore nazionale ancor più di quanto non facciano quelle di armonizzazione autonoma, incanalandosi entro gli argini delle norme extrapenali europee di cui mirano a garantire l'effettività, e che sono peraltro, spesso, caratterizzate da contenuti molto dettagliati, con conseguente ulteriore erosione della discrezionalità del legislatore interno nella costruzione del precetto<sup>397</sup>. D'altra parte, l'indeterminatezza dell'espressione norme minime appare incapace di indicare in misura sufficiente il livello di incisività e di dettaglio concesso alla normativa europea. Con una certa approssimazione pare possibile affermare che tale espressione circoscriva la competenza penale dell'Unione alla descrizione degli elementi oggettivi e soggettivi costituenti il "cuore" della infrazione penale (e dunque le scelte di fondo in merito ai comportamenti vietati)<sup>398</sup>, nonché talune

---

<sup>396</sup>Così BERNARDI, *op. ult. cit.*.

<sup>397</sup>*Ibidem.*

<sup>398</sup>Per una interpretazione particolarmente restrittiva del concetto di norme minime cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?*, in *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, a cura di ARROYO ZAPATERO, NIETO MARTÍN, MUÑOZ DE MORALES, Cuenca, 2007, 80 ss.

scelte in ordine alle cosiddette forme di manifestazione del reato (circostanze, tentativo, concorso psicologico e materiale di persone nel reato). Ma, invero, il particolare livello di incisività delle norme minime di armonizzazione penale accessoria discende dal fatto che le parallele norme di armonizzazione bisognose di tutela penale coordinata su base europea risultano di frequente molto puntuali e tecniche, con conseguente tendenza a comprimere all'estremo gli ambiti della discrezionalità legislativa nazionale. L'attitudine delle suddette norme minime a sacrificare la discrezionalità nazionale toccherebbe ovviamente il suo apogeo nei casi in cui la competenza penale accessoria dell'Unione abbia ad oggetto precetti extrapenali previsti in regolamenti. In tali casi, il contenuto tecnico dei precetti penali iscritti nelle norme nazionali di trasposizione non potrà discostarsi dal parallelo contenuto dei precetti di fonte regolamentare, necessariamente uguale in tutti i Paesi membri. Così, l'unificazione su scala europea dei precetti extrapenali tutelati da norme minime espressive della competenza penale accessoria dell'Unione non potrà non riflettersi sul contenuto di queste ultime, caratterizzate da forme di "rinvio parziale" ai suddetti precetti extrapenali attraverso il ricorso ad elementi normativi specificativi di alcuni degli elementi costitutivi del fatto tipico<sup>399</sup>. D'altro canto, però, ogni opportuna interpretazione restrittiva della competenza penale accessoria dell'Unione - così come, tradizionalmente, di ogni disposizione, anche interna, capace di incidere negativamente sulla libertà dei cittadini - non potrebbe però tradursi nella neutralizzazione della stessa. Pur imponendosi cautela nell'utilizzo di norme penali europee, anche in ragione della loro capacità di minare la coerenza interna dei sistemi penali nazionali, una volta appurata l'imprescindibilità del ravvicinamento delle disposizioni penali interne ai fini dell'attuazione efficace di una politica dell'Unione, tale ravvicinamento non potrebbe essere rimesso in discussione in nome di un generico primato della competenza statale in materia penale, ovvero opponendo presunte esigenze di salvaguardia di peculiarità, valori dogmatiche, valori valoriali, di matrice nazionale, tanto più ove si consideri che l'armonizzazione penale accessoria appare destinata ad operare prevalentemente in settori della vita sociale rispetto ai quali queste ultime esigenze assumono in genere scarso rilievo<sup>400</sup>. È forse per questa ragione

---

<sup>399</sup> Così BERNARDI, *op. ult. cit.*

<sup>400</sup> *Ibidem.*



che la legittimità della competenza accessoria non dovrebbe fondarsi su una previa valutazione del livello di gravità, come invece è richiesto per la competenza autonoma dall'art. 83 §1 TFUE, e che in questo caso non sarebbe invece giustificato<sup>401</sup>.

## 2 La politica criminale dell'Unione europea

Che il diritto europeo influenzi il diritto penale nazionale è evidente, e ciò comporta, in qualche misura, che l'Unione esercita una politica criminale *de facto*<sup>402</sup>. La prospettiva dell'omogenizzazione, d'altronde, investe, oltre ai principi fondamentali dell'imputazione penalistica rientranti nella competenza della teoria generale del reato, anche le scelte politico-criminali relative alle finalità e ai contenuti della tutela penale<sup>403</sup>.

Se anche la politica criminale europea ha cominciato ad essere oggetto di interesse scientifico oltre vent'anni fa<sup>404</sup>, una seria riflessione sul punto sembra essere oggi assolutamente necessaria considerato il progressivo accrescimento delle competenze e dell'incisività dell'azione dell'Unione in materia penale. Nonostante il sistema penale europeo si presenti ancora frammentario, e risulti difficile la ricostruzione delle sue regole e dei suoi principi, non manchi intravede una certa maturità nella politica criminale europea<sup>405</sup>.

In effetti, l'emanazione di un numero sempre crescente di decisioni quadro, prima, e direttive, poi, che incidono sulla legislazione nazionale dei Paesi membri, nonché l'adozione di alcuni importanti documenti politici da parte delle Istituzioni<sup>406</sup>, confermerebbe che, indipendentemente dalle valutazioni di merito che possano

---

<sup>401</sup>*Ibidem*; *contra* BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca*, cit., 293.

<sup>402</sup>SATZGER, *International and European Criminal Law*, cit., 82.

<sup>403</sup>FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, cit., 152.

<sup>404</sup>L'espressione compare in DELMAS-MARTY, *Quelle politique pénale pour l'Europe*, *Economica*, 1993, e, più di recente, in SOTIS, *Criminaliser sans punir. Reflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévue par le Traité de Lisbonne*, in *RSC*, 2010, 773, nonché nel Manifesto sulla politica criminale europea, in *RIDPP*, 2010 e in SATZGER, *Quels principes pour une politique criminelle européenne après le traité de Lisbonne?*, in *RID pén.*, 2011, 137.

<sup>405</sup> Considerazioni sulla maturità della politica criminale europea si trovano in MANACORDA, *L'“age de la maturité”*, cit. 931 – 943.

<sup>406</sup>V. *infra* §§ successivi.

farsi sulla stessa, una politica criminale europea vada prendendo forma in modo sufficientemente significativo per poter essere analizzata. Allo stesso modo, non manca nemmeno chi sostiene che, finora, non solo non sia stato elaborato un concetto di politica criminale europea, ma anche che l'esigenza di criteri orientativi non sia stata sufficientemente avvertita, e per questo il diritto penale sarebbe stato utilizzato con lo scopo di far rispettare una norma europea o di meglio raggiungere qualche obiettivo, come semplice ed efficace mezzo di *enforcement*, nel quadro del primo pilastro e, anche nel quadro del terzo, come strumento generale per assicurare sicurezza nello spazio giuridico europeo, e non come arma eccezionale, risorsa di ultima istanza a fronte di aggressioni particolarmente pericolose per beni giuridici meritevoli e bisognosi di tutela<sup>407</sup>; e per questo occorrerebbe elaborare un'autentica politica criminale che non sia mera appendice di quella degli Stati membri ma assuma autonoma rilevanza, pur tenendo conto dei principi accolti dalle tradizioni penalistiche dei singoli Stati<sup>408</sup>.

Com'è noto, l'ultima modifica dei Trattati introduce espressamente la possibilità per l'Unione di determinare non solo l'*an*, ma anche la specie e la misura delle pene, in settori di criminalità transnazionale particolarmente grave, o quando ciò sia indispensabile alla piena realizzazione di politiche europee. Così, sotto la spinta, oltre che delle esigenze di cooperazione, da un'esigenza *autonoma* di armonizzazione - e, in un certo senso, anche extra-penale - il diritto penale diviene oggetto privilegiato della normativa europea, rendendo ineludibile la questione relativa alle direttrici ed ai principi di politica criminale, nonostante quest'ultima non sia una politica espressamente riconosciuta dai Trattati. E ciò spiega la poca consapevolezza nell'emanazione di numerosi atti che incidono sulla materia penale, con ricadute negative in termini di coerenza nonché di efficacia e prevenzione. Il fatto che il diritto penale sia spesso ridotto ad un meccanismo di rafforzamento del diritto europeo, e che sia prevista un'armonizzazione minima, peraltro rispetto a scopi specifici, fa sì che lo sviluppo dei sistemi penali sia

---

<sup>407</sup>Le ragioni principalmente addotte a giustificazione di questo fenomeno sarebbero da un lato, l'esigenza di eliminare isole di impunità anche se il grado di pericolo derivante fosse minimo, e dall'altro l'uso in chiave accessoria funzionale a perseguire obiettivi puramente simbolici.

<sup>408</sup>SATZGER, *Politica criminale europea: pericoli o prospettive per gli ordinamenti penali nazionali all'interno dell'Unione europea*, in PALIERO, VIGANÒ, *Europa e diritto penale*, cit., 298-299.

influenzato in maniera selettiva e unilaterale, senza una visibile e razionale politica criminale a livello europeo. In questo senso, il privilegio accordato ad una prospettiva di tipo pragmatico-funzionalistico, che si vorrebbe ineluttabilmente imposta dalle esigenze dei mercati e della lotta al crimine internazionale, avrebbe indotto a dare già per maturati i presupposti politico-culturali di un comune sentire penalistico europeo; e, a voler estremizzare, potremmo riconoscere in questo atteggiamento un'unilaterale visione tecnocratica che promuove dall'alto l'uniformazione penale di campi di materia di fondamentale importanza<sup>409</sup>.

Bisogna, dunque, guardare al diritto penale europeo come a una materia autonoma bisognosa di sistematizzazione, promuovendo l'elaborazione di principi convincenti, ricavati dallo stesso diritto europeo, e non appiattiti sulle caratteristiche dei sistemi nazionali. Come suggerisce la Corte costituzionale tedesca nella più volte richiamata sentenza *Lisbona*, il diritto penale nel suo nucleo essenziale non serve come strumento tecnico-giuridico per la realizzazione di una cooperazione internazionale, bensì rappresenta una decisione democratica particolarmente sensibile sul piano etico-giuridico; e ciò sembra rafforzare la convinzione che tali principi, pur coincidendo spesso con quelli riscontrabili negli ordinamenti nazionali, vanno, invero, ricavati fondati sullo stesso diritto dell'Unione.

Tale necessità di sistematizzazione ha visto il prezioso contributo di un gruppo di studiosi europei che, nel 2008, hanno sottoscritto un Manifesto<sup>410</sup> in cui hanno individuato i principi fondamentali che, avendo caratterizzato la civilizzazione dell'Europa prima, e la sua integrazione poi, ed essendo comuni alle tradizioni penalistiche dei paesi membri, dovrebbero ispirare il programma criminale dell'Unione. Questo lavoro rappresenta, senza dubbio, uno dei più preziosi contributi forniti alla razionalizzazione della politica criminale europea - almeno in termini di "dover essere" - e per questo i principi che individua meritano un breve accenno.

Il Manifesto mette in evidenza che, nell'elaborazione delle scelte di criminalizzazione, andrebbe anzitutto verificata la sussistenza di un *legittimo scopo di tutela*: si ritiene che il diritto penale possa essere usato solo a protezione di interessi

---

<sup>409</sup> Così FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa*, cit. 152-154.

<sup>410</sup> In RIDPP, 2010, 127.

fondamentali individuati dal diritto primario dell'Unione, che non siano in contraddizione con le tradizioni costituzionali degli Stati membri e con la Carta dei diritti fondamentali, e la cui lesione risulti oltremodo socialmente dannosa; pertanto, viene escluso che il mero rafforzamento dell'attuazione di politiche dell'Unione possa, di per sé, legittimare l'impiego del diritto penale.

In secondo luogo, si afferma l'esigenza di rispettare il principio di *ultima ratio* – considerato anch'esso espressione del più generale principio di proporzionalità del diritto europeo – per due fondamentali ragioni: perché la centralità della persona nel quadro valoriale dell'Unione imporrebbe una valutazione sulla *necessità di pena*, onde evitare la compressione delle libertà e le conseguenze stigmatizzanti della pena in tutti i casi ciò non sia strettamente necessario, e perché un'ingiustificata inflazione del diritto penale vanificherebbe la sua efficacia.

Si sottolinea, poi, l'importanza di rispettare il principio di *colpevolezza*: ciò limiterebbe la criminalizzazione ai casi in cui sia possibile muovere un rimprovero al soggetto (ovvero solo in caso di comportamenti particolarmente dannosi socialmente). Si dice anche che il principio di colpa andrebbe rispettato in quanto espressione della dignità umana, nonché per coerenza con l'impianto del diritto amministrativo sanzionatorio dell'Unione e con la presunzione di non colpa garantita dalla Carta. Infine, il principio di colpa permetterebbe anche una migliore valutazione della proporzionalità della sanzione, da verificarsi anche commisurandola, appunto, alla colpa. Un tale riconoscimento del principio di proporzionalità, non dovrebbe comunque interferire con l'esigenza, ugualmente avvertita, di predisporre modelli adeguati, in accordo con i principi di ciascun sistema nazionale, per muovere un rimprovero di colpa nei confronti delle persone giuridiche.

Si riconosce, inoltre, il principio di *legalità* come fondamentale ai sensi dell'art. 6 §3 del TUE, e da esso si fanno discendere tre fondamentali corollari sotto il profilo politico-criminale, ovvero i principi di determinatezza, irretroattività/*lex mitior* e riserva di legge<sup>411</sup>. Più precisamente, si ritiene che, in omaggio al principio di

---

<sup>411</sup> Si tratta, a ben vedere, dei “sotto-principi” che compongono il più generale principio di legalità penale, per cui v. FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, 47-110. La ragione per cui nel manifesto non compare il divieto di analogia come ulteriore corollario del principio di legalità è, presumibilmente,

*determinatezza*, il testo normativo europeo debba essere “comprensibile di per sé”, indicando con chiarezza i presupposti oggettivi e soggettivi della punibilità, nonché le conseguenze giuridiche, di modo che l’individuo possa prevedere le eventuali conseguenze penali cui si espone adottando un certo comportamento. Si aggiunge che quanto minori siano i margini lasciati al legislatore, tanto maggiore dovrà essere la determinazione della fattispecie contemplata dalla norma di armonizzazione e che, parimenti, dovrebbero essere sufficientemente determinate le altre norme europee cui quest’ultima eventualmente rinvii. Sono poi presi in considerazione il divieto di *retroattività* e il principio di *lex mitior*, considerati non solo principi fondamentali in quanto conosciuti in tutte le tradizioni costituzionali e sanciti dall’art. 49.1.3 della Carta, ma anche in quanto posti al rango più elevato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>412</sup>. Sul principio di *riserva di legge parlamentare*, si nota che, circoscrivendo i margini di decisione dei parlamenti nazionali, gli atti penali europei devono essere altrettanto democraticamente legittimati e, pertanto, si saluta con favore l’estensione della codecisione e i meccanismi di collaborazione tra Istituzioni e Parlamenti nazionali.

Si considera, inoltre, il principio di *sussidiarietà*, ritenendo che occorra un’attenta valutazione di tutte le possibili alternative prima della scelta dello strumento penale, poiché la priorità nella determinazione di tale materia appartiene agli Stati, e passa all’Unione solo se certi obiettivi non possano essere adeguatamente conseguiti a livello statale e se per la dimensione di certi fenomeni possano essere meglio conseguiti a livello dell’Unione. La definizione del quadro dei valori tutelati penalmente è, infatti, una questione di identità nazionale, che l’Unione si impegna a salvaguardare, in virtù del’art. 4 §2 TUE.

Infine, sempre per la salvaguardia dell’identità nazionale che si rispecchia nell’ordine del sistema penale di ciascuno Stato membro, viene ritenuto centrale il principio di *coerenza*. In questo senso, andrebbero preventivamente valutate le conseguenze dell’adozione di un atto di armonizzazione sul sistema di ciascuno Stato, prestando un’attenzione particolare ai livelli sanzionatori, indice prezioso

---

da ricercare nel fatto che tale divieto si pone all’interprete, mentre il Manifesto tenta di individuare, piuttosto, principi che guidino l’azione del legislatore europeo.

<sup>412</sup> Il riferimento è alla nota sentenza CGCE (grande sezione) 3 maggio 2005, Cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi ed altri*, in Racc. 2005 I-03565.

per verificare la coerenza dei sistemi penali, da momento che rivelano, di solito, l'ordine e la gerarchia dei valori, il cui rispetto a sua volta costituisce il presupposto dell'accettabilità dello stesso diritto penale. Se non si riuscirà ad esercitare un controllo serrato sul rispetto degli indicati principi di politica criminale, non potrà esservi alcuna garanzia di un diritto penale coerente con gli ideali di civiltà che fondano la comune cultura europea.

Sembra, tuttavia, che, seppure si possa apprezzare una certa stabilizzazione della politica europea in materia penale, questa sollevi non pochi dubbi sulla sua compatibilità con un programma liberale di legislazione penale. Anzitutto si rileva, infatti, un'eccessiva sopravvalutazione della funzione retributiva, confermata dall'acquisita centralità della vittima nel discorso penale<sup>413</sup>, un grado ancora insufficiente di protezione dei diritti fondamentali, e il rischio frequente di scivolare verso una politica eccessivamente securitaria e d'esclusione, come avviene, tra l'altro, per ciò che concerne i flussi migratori<sup>414</sup>. E tuttavia, a ben vedere i principi di politica criminale offrono riferimenti solo parziali: anche ammessa la legittimità della protezione di un dato interesse, o bene giuridico, la valutazione dei costi e benefici sociali della criminalizzazione rimarrebbe, infatti, molto complessa<sup>415</sup>. In proposito, è stato anche sostenuto che, se si trova con difficoltà una coerenza razionale tra i momenti giuspolitico e sistematico sarebbe proprio perché i principi politico-criminali che regolano la dimensione sovranazionale potrebbero trovare una loro coerenza solo se ricondotti ad un'unità sistematica, mentre il sistema multilivello appare privo della capacità ordinante indispensabile per questi fini. Basti un esempio: i principi di effettività e di proporzionalità, di per sé teleologicamente antagonisti, vengono usati nel

---

<sup>413</sup> Salvo doversi constatare una certa ambiguità anche nel discorso vittimario. Si consideri, ad esempio, la posizione della Corte nella sentenza 15 settembre 2011, cause C-483/09 e C-1/10, *Gueye e Sánchez*, che sembra avallare la prevalenza di istanze repressive dei sistemi penali interni in nome di una pretesa neutralità del diritto dell'Unione, negando l'autodeterminazione della vittima e violandone l'autonomia e dignità in virtù di un interesse pubblico considerato prioritario: sul punto cfr. MANACORDA, *L'age de la maturité*, cit., 931 – 943, che, tuttavia, sottolinea come la protezione della vittima sia divenuta una priorità assoluta della politica penale europea, e CALÒ, *Vittima del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario europeo post Lisbona*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>414</sup> Vedi, ancora, MANACORDA, *op. ult. cit.*, e giurisprudenza ivi citata.

<sup>415</sup> PIRJATANNIEMI, *op. cit.*, 39-54.

contesto dell'Unione come due “pedali”, azionabili indipendentemente l'uno dall'altro, con possibili conseguenze in termini di coerenza del sistema politico-criminale<sup>416</sup>.

### 3 Lo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia.

Gli sviluppi del diritto penale dell'Unione vanno considerati come parte integrante dello sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Per questa ragione, si cercherà di ricostruire tale fenomeno e cogliere le sue principali caratteristiche, onde meglio comprendere il concreto atteggiarsi del diritto penale che l'Unione va costruendo. Infatti, sebbene quest'ultimo sia solo una delle discipline interessate da tale evoluzione, si segnalapèr la sua particolare importanza e capacità di penetrazione in diversi settori della vita sociale<sup>417</sup>.

Già nel 1999, il Parlamento europeo esprimeva l'opinione che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dovesse essere “concretizzato” prima del futuro allargamento dell'Unione, invitando il Consiglio e la Commissione a adottare al più presto le misure del caso<sup>418</sup>. E nel definire il ruolo dell'Unione in materia di reati e di pene, riteneva essenziale che l'elaborazione in seno all'Unione di una strategia per sostenere l'azione degli Stati membri rispetto ad una serie di fenomeni criminali.

Anche secondo la Commissione, lo spazio sarebbe un elemento chiave della risposta dell'Unione a sfide globali di lungo periodo, e contribuirebbe a rafforzare e sviluppare il modello europeo di economia sociale di mercato<sup>419</sup>. Come si evince, poi, dalle priorità indicate dal programma di Stoccolma<sup>420</sup>, che presenta

---

<sup>416</sup> Così PALIERO, *Il diritto liquido, cit.*, 1128.

<sup>417</sup> FICHERA, *op. cit.*, 174.

<sup>418</sup> Cfr. Parlamento europeo, Commissione LIBE, Relatore Bontempi, Relazione 18 marzo 1999 sul Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, PE 229.987/def, punto III.I.

<sup>419</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione 20 aprile 2010 COM(2010) 171, Creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per i cittadini europei Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma.

<sup>420</sup> Documento del Consiglio 17024/09, adottato dal Consiglio europeo l'11 dicembre 2009.

essenzialmente le ambizioni espresse dalla Commissione nella sua Comunicazione del giugno 2009<sup>421</sup>, l'intento principale dell'azione dell'Unione in questo settore sarebbe portare avanti "l'Europa dei cittadini" dando loro i mezzi per trarre pieno beneficio dall'integrazione europea ed esercitare i diritti che ne conseguono.

Stando alla lettera dei Trattati, i Popoli (o cittadini) avrebbero il diritto di aspettarsi che l'Unione si occupi delle minacce che varie forme di criminalità, tentando di sfruttare le differenze tra gli ordinamenti nazionali, pongano alla loro libertà e ai loro diritti; inoltre risulta altrettanto rilevante la dimensione territoriale insita nell'idea di spazio. In base a questi elementi, l'Unione potrebbe essere considerata una comunità politica con un popolo e un territorio<sup>422</sup> – elementi essenziali della sovranità - e la criminalità come un problema di ordine pubblico e sicurezza "interni". L'articolo 3 TUE, in questo senso, è certamente una grande novità, perché rende lo spazio qualcosa di prioritario anche rispetto all'unione economica e monetaria, qualcosa che mette direttamente in comunicazione l'Unione e i cittadini, e che rappresenta altresì la concretizzazione degli obiettivi e valori dell'Unione di cui all'art. 2 TUE.

Il presupposto per il funzionamento dello spazio è che tutte le persone possano liberamente circolare ed esercitare le proprie attività nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali<sup>423</sup>. La permeabilità delle frontiere interne si traduce in una condizione effettiva di libertà solo se quest'ultima si accompagna alla consapevolezza di vivere e operare in un contesto di legalità: spazio di sicurezza è dunque quello entro il quale le autorità pubbliche sono in grado di limitare l'azione di chi si propone di negare tali libertà o ne abusi<sup>424</sup>, assicurando un alto livello di protezione ai cittadini.

---

<sup>421</sup> COM(2009) 262, Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini.

<sup>422</sup>Nonostante l'assenza di riferimenti testuali alla libertà di movimento (tranne l'« *in which* » che indicherebbe la dimensione spaziale) è implicito il legame tra le due realtà, anche se, guardando l'evoluzione dei vari programmi, da Tampere in poi, notiamo come lo spazio comune, come obiettivo politico, è passato dall'essere una ragione per le misure compensatorie della libera circolazione a un obiettivo di integrazione autonomo.

<sup>423</sup>In questo senso, FICHERA, *op. cit.*, 177, nota la connessione tra lo spazio ed il mercato interno, definibile come uno spazio senza frontiere in cui è garantita la libera circolazione delle persone.

<sup>424</sup> v. Piano d'azione di Vienna, del 3 dicembre 1998, §6.



Il Trattato dà esplicita priorità a libertà, sicurezza e giustizia come valori fondanti, e un segno della particolare attenzione dedicata ad esse è forse il fatto che, nell'elenco di cui all'art. 3 §2 TUE, precedano il mercato interno e la Giustizia sociale, prese in considerazione solo dal successivo §3<sup>425</sup>. A tal fine, l'Unione si vede conferite le competenze necessarie ad « adottare “*misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità, il razzismo e la xenofobia*”, a realizzare il “*coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie e altre autorità competenti*”, facilitare il «*riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e, se necessario, il ravvicinamento delle legislazioni penali*»<sup>426</sup>.

Lo spazio sarebbe stato formalmente stabilito con il Trattato di Amsterdam, e il suo sviluppo sarebbe gradualmente divenuto una delle priorità politiche dell'Unione, peraltro particolarmente sensibile ad eventi significativi della vita collettiva nonché alle dinamiche politiche interistituzionali a vari livelli. La riforma del 1999 di Amsterdam aveva già superato di tanto (almeno formalmente) la visione del Trattato di Maastricht, sostituendo il concetto di spazio di libertà, sicurezza e giustizia a quello di «cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni», passando così da un «interesse comune» a un progetto fondamentalmente politico.

Poiché lo spazio è un disegno a formazione progressiva<sup>427</sup>, nel solco della tradizione dei piccoli passi, non si presenta come un concetto fisso, ma dinamico<sup>428</sup>; tuttavia, i vari pezzi che vengono progressivamente aggiunti, con ogni

---

<sup>425</sup> Cfr. FICHERA, *op. cit.*, 177-178.

<sup>426</sup> Cfr. art. 67 §3, TFUE

<sup>427</sup> Secondo BERTHELET, *op. cit.*, 273, di spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia è un concetto globale, egioica un ruolo federatore per gli Stati membri; v. però LABAYLE *De nouveaux instruments pour un espace judiciaire européen : aspects normatifs*, in *L'espace judiciaire européen. Actes du colloque d'Avignon, La documentation française*, 1999, 130, secondo cui « *Le droit de punir, les matières d'ordre publique, ne se traitent pas comme la politique agricole ou la commercialisation des pots de yaourt* ». Tuttavia, è innegabile che il termine “spazio comune” fornisce un'indicazione che, nonostante l'adozione di varie misure in ordine sparso, sulla base delle previsioni dei Trattati, indica comunque un obiettivo di sistema: cfr. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, 2° ed., Oxford University Press, 2006, 8.

<sup>428</sup> Secondo PERILLO, *Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté, sécurité et justice deux ans après Lisbonne*, in *Il diritto dell'Unione europea* 3/2012, 615, la comunitarizzazione dello spazio sarebbe un processo legislativo e giurisprudenziale *in action* alimentato in via continuativa e principalmente dagli impulsi provenienti dalle richieste dei cittadini e dei giudici nazionali, cui la Commissione ha

direttiva ed ogni sentenza della Corte di Giustizia che ne chiarisce il significato e la portata, divengono a poco a poco un sistema, cosicché arriverà un momento in cui gli Stati dovranno seriamente considerare la loro posizione e il loro ruolo in un meccanismo di cui essi saranno, a un certo punto, solo alcuni ingranaggi<sup>429</sup>. Allo stato attuale lo spazio è fondamentalmente la concretizzazione di un meccanismo di *enforcement* di regole giuridiche e di giustizia per gli individui<sup>430</sup>, ma, se si guarda alle conclusioni, ai programmi e ai piani d'azione del Consiglio, è possibile osservare un'evoluzione in cui possono distinguersi approssimativamente tre fasi. In una prima fase veniva chiaramente enunciata una doppia giustificazione per la creazione dello spazio: da una parte “avvicinare l'Unione ai cittadini” e, dall'altra, assicurare un'effettiva cooperazione giudiziaria attraverso il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie<sup>431</sup>. In questo senso, è stato osservato che la libertà può essere goduta solo in uno spazio di genuina giustizia, in cui le differenze tra sistemi giuridici non siano sfruttate dai criminali a loro vantaggio, le sentenze siano rispettate, la certezza giuridica assicurata, sia garantito un trattamento equo dei cittadini di paesi terzi legalmente residenti e, più in generale, la complessità non ostacoli l'esercizio dei diritti<sup>432</sup>. La nozione di giustizia, invece, è stata considerata principalmente come “amministrazione della giustizia” a garanzia di un corretto funzionamento del mercato interno.

---

il compito di rispondere; ancora diversa l'opinione di KLIP, *European criminal law*, cit., 470, per cui mentre il mercato unico riconoscerebbe le libertà fondamentali direttamente ai cittadini, lo spazio fornirebbe diritti agli stati, poi responsabili della loro eventuale redistribuzione ai cittadini. Lo spazio, quindi, dà più sicurezza ai cittadini senza però dar loro il diritto di richiedere misure concrete per garantirla, ove lo desiderino. Si tratterebbe così di una sorta di flessibilizzazione dei meccanismi di cooperazione tra gli Stati.

<sup>429</sup> Della stessa idea è BERTHELET, *op. cit.*, 273; addirittura secondo KLIP, *Towards a general part of criminal law for the European Union*, in ID., *Substantive criminal law of the European Union*, Maklu, 2011, 33, pur trovandoci agli albori di un diritto penale dell'Unione, non possiamo per ciò solo negare che esso potrebbe divenire, in futuro, la fonte primaria del diritto penale.

<sup>430</sup> Cfr. WALKER, *Europe's area of freedom, security and justice*, Oxford University press, 2006 e ALLEGRE, LEAF, *Criminal law and fundamental rights in the EU: moving towards a closer cooperation*, in *European human rights law review*, 2003, 325-335.

<sup>431</sup> Cfr. le Conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998, §§ 27 e 39, reperibile all'indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/summits/car1\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/car1_en.htm).

<sup>432</sup> Cfr. le Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, §§ 3, 5, 18 e 28.

L'obiettivo della seconda fase, caratterizzata dal Programma dell'Aja, sembra essere stato, principalmente, il rafforzamento dello spazio: la libertà sarebbe stata rafforzata, in particolare potenziando la normativa sulla cittadinanza, mentre la sicurezza attraverso alcuni obiettivi politici, tra i quali la lotta contro alcuni gravi crimini (*in primis* il terrorismo, ma anche il crimine organizzato, la corruzione e il traffico di droga); infine, il rafforzamento della giustizia avrebbe richiesto, primariamente, il mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca. Ancora, il Programma dell'Aja, prendeva in considerazione, oltre alla cooperazione tra autorità, anche la fiducia dei cittadini nelle possibilità di accesso ad un sistema giudiziario di qualità.

La terza fase corrisponderebbe al programma di Stoccolma, che avrebbe confermato lo spazio come elemento chiave per l'integrazione e la costruzione di un certo modello europeo di società. Qui il contenuto di *libertà* e *giustizia* rimane pressappoco lo stesso, mentre la sicurezza si arricchisce di nuovi significati, e in particolare quello di "preoccupazioni di sicurezza relative a disastri di origine umana e naturale", per cui si richiedono un certo numero di risposte coordinate che riguardano, oltre alla cooperazione di polizia e giudiziaria, il controllo della frontiera e la protezione civile. L'ambito di applicazione della nozione di sicurezza appare, dunque, sempre più ampio<sup>433</sup>.

Per quanto la relazione tra le tre componenti dello spazio appaia molto dinamica, e le loro nozioni lontane dall'essere compiutamente definite<sup>434</sup>, e per quanto la corretta interpretazione del senso complessivo della realizzazione dello spazio dipenda dalla prospettiva adottata, occorre nondimeno chiedersi che senso abbia l'etichetta "libertà, sicurezza e giustizia", analizzando attentamente i tre concetti e verificando la loro relazione<sup>435</sup>. Lo spazio, infatti, viene collegato a tre beni

---

<sup>433</sup> Che il Trattato di Lisbona e il programma di Stoccolma abbiano spostato ulteriormente l'attenzione sulla sicurezza nell'Unione è riconosciuto anche da HERLIN-KARNELL, *The constitutional dimension of european criminal law*, Hart, 2012, 226.

<sup>434</sup> FICHERA, *op. cit.*, 178-180.

<sup>435</sup> Gli stessi documenti politici delle Istituzioni, come anche le recenti Conclusioni del Consiglio europeo di Ypres del 27 giugno 2014, tendono ad operare un'ideale distinzione tra le componenti "libertà, sicurezza e giustizia" dello spazio comune europeo, indicando separatamente le misure atte a garantire i controlli alle frontiere e la libera circolazione, quelle volte a garantire la sicurezza e, infine, quelle volte a garantire la giustizia.

pubblici, o funzioni, fondamentali, tipicamente appannaggio dello Stato nazionale e che difficilmente, nonostante la terminologia ambiziosa, un soggetto con competenze limitate potrebbe veramente assicurare, ragion per cui bisogna ritenere che i tre termini abbiano un significato peculiare nel contesto dell'Unione. Il concetto di libertà sembra riferirsi, anzitutto, alle libertà fondamentali, ovvero quelle economiche e, in primo luogo, alla libertà di movimento – e quindi assenza di controlli alle frontiere interne - come espressamente riconosciuto dall'art. 3(2) TEU<sup>436</sup>. Tuttavia, limitarsi a questa considerazione ci porterebbe ad abbracciare una concezione irragionevolmente restrittiva del concetto. Se guardiamo, infatti, al Piano di Azione di Vienna<sup>437</sup> notiamo che, nelle intenzioni delle Istituzioni, il Trattato di Amsterdam darebbe al concetto di libertà un significato più ampio, che va al di là del libero movimento delle persone attraverso i confini nazionali, includendovi anche la libertà di vivere in un contesto rispettoso delle leggi, nella consapevolezza che le autorità pubbliche usano tutto il loro potere individuale e collettivo (a livello nazionale e sovranazionale) per combattere e contenere coloro che cercano di negare la libertà o di abusarne ; nel documento citato, peraltro, si conclude asserendo che la libertà andrebbe arricchita da un'ampia gamma di diritti umani: la libera circolazione nell'Unione sarebbe, in questo senso, garantita solo quando i cittadini europei siano protetti su tutto il suo territorio nel caso dovessero risultare vittime di reato, come enfatizzato dalla Commissione<sup>438</sup> e dal Parlamento<sup>439</sup>. In fin dei conti, però, da questo quadro risulta una definizione essenzialmente negativa della libertà, come contenimento delle minacce poste dal crimine alla libertà individuale, stabilendo un legame col secondo bene, ovvero la sicurezza, ben più saldo che con la cittadinanza europea o l'accesso alla giustizia :

---

<sup>436</sup>Non trovandosi alcun riferimento significativo alle tipiche libertà politiche, sembrerebbero avere scarso rilievo gli aspetti partecipativi di una democrazia pluralista anche se, secondo NUOTIO, *Security and Criminal Law, cit.*, a partire dall'adozione della Carta di Nizza, tra, secondo le libertà potrebbero essere incluse, accanto a quelle economiche, le altre che tale ultimo documento contempla.

<sup>437</sup>Piano di Azione di Vienna del Consiglio e della Commissione del dicembre 1998, 1999 OJ C19, 1, §6.

<sup>438</sup>*Crime victims in the European Union: reflections on standards and action*, 14 luglio 1999.

<sup>439</sup> Risoluzione del 15 giugno 2000.

la libertà di circolazione risulta l'unico, piccolo, elemento positivo in un'ampia dimensione negativa, ovvero l'assenza di minacce criminali<sup>440</sup>.

Dei tre termini, *sicurezza* è forse quello che ha il significato più vicino all'uso tradizionale nell'ambito delle politiche pubbliche, e sembra fare fondamentalmente riferimento al fenomeno criminale<sup>441</sup>.

Già il trattato di Amsterdam –come oggi quello di Lisbona - enfatizzava l'obiettivo di rafforzare la sicurezza, dando l'idea che questa abbia preminenza rispetto alla libertà, anche in ragione di un supposto rapporto di dipendenza<sup>442</sup>.

L'Unione pretenderebbe di essere un attore di primo piano nella sfera della sicurezza interna ed esterna, sebbene cosa ciò significhi realmente rimane una questione molto incerta, anche in ragione del fatto che tanto i 28 Stati quanto il gran numero di soggetti coinvolti in questa impresa potrebbero avere una visione propria e differente del concetto di sicurezza e dei modi in cui essa vada garantita<sup>443</sup>.

Infine, per quanto riguarda la giustizia, può notarsi come non si disponga di una definizione generale, ma solo di alcuni riferimenti a scopi, quali la prevenzione dei conflitti di giurisdizione, e alcune misure, come il mutuo riconoscimento delle sentenze, sebbene non manchino esternazioni di più ampia portata, ma di scarsa concretezza, come quella di voler creare tra i cittadini dell'Unione un comune senso di giustizia<sup>444</sup>. In modo più modesto ci si potrebbe, forse, limitare al tentativo

---

<sup>440</sup>MONAR, *op. ult. cit.*, 556-558.

<sup>441</sup> Da ultimo, il Consiglio di Ypres affermava che un autentico spazio di sicurezza va garantito in particolare mediante la prevenzione e la lotta alla criminalità organizzata e alle "forme gravi di criminalità, tra cui la tratta e il traffico di esseri umani e la corruzione", sottolineando, nel contempo la necessità di un'efficace politica antiterrorismo.

<sup>442</sup>MONAR, *op. ult. cit.*, 559-560.

<sup>443</sup> E, questo proposito, va notata la clausola di salvaguardia, costantemente prevista, rispetto alla possibilità che le misure dell'Unione interferiscano con le strategie di sicurezza interna degli Stati membri, da cui risulta evidente il ruolo essenzialmente sussidiario dell'Unione.

<sup>444</sup>Il Libro verde sul ravvicinamento, il mutuo riconoscimento e *l'enforcement* delle sanzioni penali nell'Unione europea, Bruxelles, 30 aprile 2004 COM (2004) 334 final, § 1.1, ha considerato che l'esistenza di definizioni comuni dei crimini e delle sanzioni penali ha un valore simbolico e (. . .) il ravvicinamento delle pene sosterebbe un comune senso di giustizia, che è una delle condizioni per stabilire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia; in termini sostanzialmente identici cfr. i §§ 10 e 15 del Piano d'azione di Vienna, cit.

di garantire un eguale accesso alla giustizia per tutti i cittadini nell'Unione anche se, in questo caso, non si tratterebbe della creazione di qualcosa di nuovo, bensì della volontà di assicurare l'efficienza dell'adattamento dei sistemi nazionali ad una realtà sempre più dinamica<sup>445</sup>. E però, se guardiamo al §15 del piano d'azione di Vienna, oltre che all'art. 67 §3 TFUE, lo spazio pare un'iniziativa volta ad assicurare alla giustizia coloro che minacciano la libertà e la sicurezza dei singoli e della società, in una visione di *enforcement* come quelle del programma di Tampere, per cui i criminali non trovano il modo di sfruttare le differenze tra i sistemi giudiziari dei paesi membri. Nel linguaggio europeo la Giustizia non sembra individuare, quindi, una soluzione ideale di equità e eguaglianza, ma, piuttosto, fondare la legittimità dell'uso della forza. Il posto per la serena giustizia sembra scomparso nel nome della speditezza del procedimento, dell'emergenza e dei "diritti" delle vittime, e la giustizia diventa un modo di sostenere la sicurezza provvedendo ad una risposta sanzionatoria veloce ed efficace. Essa viene associata all'autonomia delle possibili vittime del crimine e alla repressione di quest'ultimo, mentre dovrebbe comprendere la considerazione di entrambe queste prospettive<sup>446</sup>.

È stato anche sostenuto che la preponderanza del problema securitario ha provocato uno spostamento nel ruolo assegnato alla giustizia penale, considerata come un'istituzione d'urgenza volta a instaurare un ordine sociale, che ci porta a parlare di una "socializzazione della giustizia penale". Possiamo, in effetti, distinguere tra giustizia penale *ultima* e giustizia penale *urgente*: la prima è quella in cui la condanna conferma la comunità nella sua ragione morale, nel secondo caso ci troviamo davanti a una comunità la cui identità è permanentemente in costruzione; e qui la giustizia penale non può avere un ruolo di conferma, ma ne ha uno necessariamente creativo. La sua funzione non è di controllare, ma di dirigere; si punta alla prevenzione speciale e alla correzione dell'individuo, ma al controllo e alla dissuasione della popolazione. Ma il bisogno urgente di giustizia penale che si manifesta nell'utopia della sicurezza è diametralmente opposto alla debolezza dei suoi strumenti: si rivolge una richiesta sempre più pressante ad

---

<sup>445</sup> MONAR, *op. ult. cit.*, 560-562.

<sup>446</sup> Così BLOMSMA, *Mens rea and defences in European criminal law*, Intersentia, 2012, 34.

un’istituzione che quantitativamente, qualitativamente e dogmaticamente non può che essere un rimedio ultimo<sup>447</sup>.

In conclusione, possiamo ritenere che la giustizia non sembra essere stata ancora pienamente consacrata quale principio o valore sostanziale, ma resta ancora soprattutto una questione procedurale ed istituzionale<sup>448</sup>. In tutti i programmi del Consiglio europeo, infatti, è stata definita principalmente in termini di accesso alla giustizia e cooperazione giudiziaria. E però, indiscutibilmente, specie in materia penale, essa mantiene uno stretto legame con la sicurezza, spingendo a credere che la sicurezza sia il principale collante nel raggruppamento tra libertà sicurezza e giustizia<sup>449</sup>.

Guardando alle fonti, una qualche gerarchia nella “triade” dello spazio può forse stabilirsi analizzando l’art. 2 TUE, per cui “l’Unione è fondata sui valori del rispetto per la dignità umana, la libertà, la democrazia, l’uguaglianza (. . .),” e “questi valori sono comuni agli stati membri in una società in cui il pluralismo, la non discriminazione, la tolleranza, la giustizia, la solidarietà e l’uguaglianza tra donne e uomini dovrebbe prevalere”. Similmente, la Carta dei diritti fondamentali chiarisce che l’Unione “pone gli individui al centro delle sue iniziative, stabilendo la cittadinanza dell’Unione e creando un’area di libertà, sicurezza e giustizia”. Tutto ciò suggerisce che la libertà e la giustizia siano promosse al più alto livello, ma l’impressione è che, nonostante la formale priorità di libertà e giustizia, in pratica i Trattati forniscano una definizione molto striminzita di entrambe.

---

<sup>447</sup> Cfr. BOUTELLIER, *op. cit.*, 146-152.

<sup>448</sup> Cfr. anche Conclusioni del Consiglio europeo del 27 giugno 2014, EUCO 79/14, Capo I (Libertà, Sicurezza e Giustizia), punto 11, dove la dimensione della Giustizia sembra essere fatta coincidere esclusivamente con la cooperazione giudiziaria resa necessaria, nel rispetto delle diverse tradizioni giuridiche degli ordinamenti nazionali, dal bisogno di fiducia reciproca necessario alla crescita economica dell’Europa.

<sup>449</sup> Come afferma MONAR, *op. ult. cit.*, 562, la sicurezza sarebbe il punto focale dello spazio, la giustificazione della giustizia e lo strumento della libertà, e le misure volte a garantire la sicurezza sembrano essere prioritarie nell’agenda delle Istituzioni e degli Stati Membri dell’Unione, nonostante, come sappiamo, la nozione di sicurezza risulti piuttosto ambigua; sul bilanciamento tra sicurezza e libertà e giustizia v. anche LOADER, *Policing, securization and democratization in Europe*, 2002, 2 *Criminal justice* 125, e GUILD, *Crime and the constitutional future in an area of freedom, security and justice*, 2004, 10 *European law journal* 218.

Tra i tre termini vi sarebbe, oltre che una stretta connessione, anche un'inevitabile tensione<sup>450</sup>: non si è completamente liberi se non si gode di sicurezza, ma un incremento delle misure a garanzia della sicurezza incide significativamente sulle libertà. La sicurezza dalle minacce interne ed esterne si guadagna al prezzo di libertà negative e positive e, allo stesso tempo, non può esservi giustizia per individui che non siano liberi e sicuri.

Secondo HEGEL, la libertà si realizza solo in una comunità politica organizzata come un sistema razionale di volontà - che lui identificava con lo Stato - che è anche una comunità etica e culturale, che offre condizioni adeguate per un dibattito pubblico<sup>451</sup>. Ne consegue che la libertà di movimento non è piena libertà, poiché non include aspetti partecipativi e contribuisce solo parzialmente allo sviluppo della cittadinanza politica. La libertà moderna si è sviluppata contro lo Stato, in modo ontologicamente differente da quella degli antichi. Gli individui, infatti, sono oggi meno capaci di influenzare direttamente le decisioni pubbliche, vivendo in comunità molto più ampie e complesse di quelle tipiche di epoche precedenti, in cui la libertà era la possibilità di condividere attivamente e continuamente il potere collettivo, mentre oggi viene vista, piuttosto, come il godimento della sicurezza nella sfera privata garantito dall'autorità pubblica<sup>452</sup>: la libertà perde molto del suo potenziale quando collassa in una concezione orientata alla sicurezza, ovvero quando non sia letta in modo autonomo ma attraverso *la* sicurezza<sup>453</sup>. Non a caso, è stato sostenuto che il principale inconveniente del diritto penale dell'Unione sarebbe l'essere stato costruito in un contesto istituzionale ispirato dalla libertà di mercato più che dalla libertà politica, e dovrebbe in questo senso la propria ambiguità al fatto che, fortemente

---

<sup>450</sup> Il Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sull'implementazione del Trattato di Amsterdam, al § 5 dice: infatti che "*Freedom loses much of its meaning if it cannot be enjoyed in a secure environment and with the full backing of a system of justice in which all Union citizens and residents can have confidence. These three inseparable concepts have one common denominator "people" and one cannot be achieved in full without the other two*"; la stessa formula è stata impiegata dalla Commissione nella sua comunicazione del 1998, Verso uno spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia.

<sup>451</sup> HEGEL, *Philosophy of Right*, George Bell and Sons, Londra, 1896.

<sup>452</sup> Cfr. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris, 1819.

<sup>453</sup> FICHERA, *op. cit.*, 193-197.



influenzato dalla prima starebbe adesso tentando di cambiare direzione verso una costellazione di valori molto più sfaccettata – ragion per cui in materia penale il ravvicinamento, strumento molto più idoneo alla promozione di una visione comune, avrebbe progressivamente guadagnato terreno sul mutuo riconoscimento.

La tendenza alla *securizzazione* dello Spazio, ovvero dell'assoggettamento della libertà e della giustizia alla sicurezza e alla loro ridefinizione in relazione a quest'ultima è largamente riconosciuta in dottrina. Ad esempio, nei primi due programmi per la realizzazione dello spazio comune, adottati dal Consiglio europeo a Tampere nel 1999 e all'Aja nel 2004, anche le strategie che idealmente erano pensate per garantire la libertà – come quelle sulla politica comune di asilo, sull'immigrazione e sulle frontiere – mostravano una certa enfasi per le misure relative alla sicurezza<sup>454</sup>. In tale contesto, la libertà sembra essere concepita come sorveglianza e controllo nel nome della protezione e della sicurezza personale dei cittadini europei. Viene presentata come un diritto fondamentale e, più precisamente, come libertà di movimento, e in tal modo riconnessa al principio di eguaglianza e parità di trattamento. Ma, a ben vedere, la maggior parte delle disposizioni contengono, più che altro, limiti e divieti che fanno della libertà più un diritto protetto dall'autorità che una capacità di agire. Seppure la libertà non possa considerarsi come un concetto semplice e generico, ma costituisca sempre un'aggiunta di varie forme di libertà definite, tramite le loro opposizioni e i loro limiti - anche reciproci, nel contesto europeo sembra avere sempre più bisogno di controlli alle frontiere, di un'area libera da intrusi, costruita a partire da norme coercitive dell'altro, fino ad assumere le sembianze di uno strumento per la massimizzazione della sicurezza interna. Inutile sottolineare che in tal modo si sviluppa un concetto di libertà molto più pericoloso per i diritti fondamentali di quanto non siano stati i più tradizionali strumenti al servizio delle esigenze di sicurezza. In realtà il discorso è molto più complesso, perché, come accennato, non è facile definire una volta per tutte il contenuto della libertà nello Spazio

---

<sup>454</sup>Per una ricostruzione di quest'equilibrio, a partire da una dettagliata del c.d. Programma dell'Aja, v. BIGO, *Liberty, whose liberty? The Hague programme and the conception of freedom*, in BALZACQ, CARRERA, *Security vs Freedom? A challenge for Europe's future*, Ashgate, 2006, 35-44, cui si ispirano alcune delle considerazioni che seguono.

europeo, anche in ragione della sua interazione con la sicurezza e la giustizia. Il bilanciamento tra questi termini è, infatti, distorto dalle molteplici possibilità di interpretare i tre termini in modi diversi. Sembra, infatti, possibile concettualizzare la relazione tra libertà e sicurezza in molti modi diversi<sup>455</sup> e, in definitiva, il bilanciamento dipende dalla gerarchia valoriale vigente in una data comunità.

La libertà si atteggia, nel contesto analizzato, più come qualcosa da preservare che non un principio o un mezzo, diviene un posto da monitorare e proteggere, e fatta coincidere con la condotta di vita della maggioranza della popolazione, e il dibattito democratico viene impedito qualificando tali questioni come tecniche, appannaggio delle *elite* di esperti<sup>456</sup>. Tale ragionamento, però, nasconde due false premesse, ovvero che la sicurezza sia la prima delle libertà e che la sicurezza personale sia prima un'esigenza collettiva e poi sicurezza dello Stato. Se anche una maggiore presenza ed interventismo dell'Autorità sia caratteristica comune a tutti i periodi di crisi – o comunque di transizione – la relativa stabilità dello stato di diritto nella cultura giuridica europea dovrebbe sapere proteggere i cittadini dalle fluttuazioni della paura e del populismo, ammesso che vi sia tale intenzione, o non sia puramente strumentale ad assicurare altri interessi. In questo senso, il fatto che l'Unione offra ai suoi cittadini lo spazio, li pone in una posizione nettamente passiva, similmente alle costituzioni ottriate dai sovrani illuminati e li esclude, quindi, da ogni possibilità di orientare il processo<sup>457</sup>.

---

<sup>455</sup> Secondo un approccio *anarchico* la libertà sarebbe un principio senza limiti; secondo una visione *libertaria*, la libertà sarebbe un principio che può subire l'eccezione della sicurezza; secondo una visione *costituzionale*, la libertà includerebbe la sicurezza; secondo una visione *eccezionalistica*, la sicurezza sarebbe la prima delle libertà, quella di sopravvivere; una più *estrema* porterebbe ad inquadrare la sicurezza come bene comune collettivo, come diritto e libertà di prevenire il pericolo e la violenza anche quando ciò comporti una significativa compressione della libertà, ma sempre nell'ottica di garantire maggiore libertà, secondo uno schema di emergenza permanente; infine, in un modello *fascista*, la sicurezza sarebbe un principio che non conosce eccezioni.

<sup>456</sup> Così MITSILEGAS, *Human rights, terrorism and the quest for "border security"*, in PEDRAZZI, VIARENGO, LANG, *Individual guarantees in the european judicial area in criminal matters*, Bruylant, Bruxelles, 2011, 85-112.

<sup>457</sup> E non è un caso, infatti, che il Consiglio europeo si sia riservato il compito di definire le linee del programma legislativo e operativo dello spazio, a norma dell'art. 68 TFUE, come riconosce anche MONAR, *op. ult. cit.*, 578-579.

Nonostante il punto di origine dello spazio possa essere stato la libertà (di circolazione), può nondimeno notarsi un'evoluzione costante che ne ha, almeno in potenza, ampliato la portata, indipendentemente dalla successiva definizione e attuazione delle linee politiche. In tal senso, il sistema dei diritti fondamentali si presenta come naturale punto di riferimento per l'elaborazione di una nozione più comprensiva che si distacchi dal fondamento puramente economico<sup>458</sup>.

Il Programma di Stoccolma è, ad oggi, quello che si è spinto indubbiamente più lontano, almeno al livello di giustificazione teorica, nel distaccare la "libertà" dalla sua più ristretta connotazione di libertà di movimento, definendola in termini di diritti fondamentali e cittadinanza, per rispondere, in qualche modo, alle preoccupazioni sulla sottolineata *securizzazione* dello spazio. Il titolo del Trattato dedicato all'Area non fa menzione della Carta.

Uno stato di diritto democratico, come quello immaginato a partire dai diritti fondamentali come principi costituzionali di base, poggia su una concezione degli individui come persone autonome e responsabili. La costituzionalizzazione europea dovrebbe essere, quindi, non solo un processo di transnazionalizzazione, ma anche di avvicinamento tra individui e Istituzioni. Ma, sebbene, gli obiettivi di sicurezza flirtino con la terminologia della cittadinanza, il loro perseguimento non fornirebbe nessun nuovo diritto, ma farebbe dei cittadini europei, presunti beneficiari delle misure di sicurezza, quali passivi fruitori di beni collettivi piuttosto che cittadini attivi portatori di diritti<sup>459</sup>. Verosimilmente, gli individui rientrano nel focus della sicurezza, in primo luogo, non come beneficiari delle relative misure, quanto come potenziali rischi per la sicurezza: considerandoli più come membri di un gruppo che come soggetti autonomi e responsabili che percepiscono se stessi e gli altri come portatori di diritti e libertà, la sicurezza finisce con lo svolgere un'opera di de-individualizzazione<sup>460</sup>.

#### 4 I documenti programmatici delle Istituzioni europee

---

<sup>458</sup>Così TUORI, *European Security Constitution?*, cit.

<sup>459</sup> Così. MONAR, *op. ult. cit.*, 579.

<sup>460</sup>Così TUORI, *op. ult. cit.*; nello stesso senso v. anche MONAR, *op. ult. cit.*, 553.

Ogni modifica istituzionale dell'Unione è sempre stata accompagnata da documenti indicanti le strategie e le relative agende politiche. Per l'ambito che ci interessa, il punto di origine va ricercato nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere che precisarono le ambizioni del nuovo trattato di Amsterdam e definirono il primo quadro politico pluriennale per il settore della giustizia e degli affari interni, ponendo le basi per una più stretta cooperazione di polizia e giudiziaria, basata sulla fiducia e sul riconoscimento reciproco, prendendo in considerazione una lunga lista di fenomeni criminali bisognosi di una comune azione di contrasto. Poi, gli eventi del 2001 e del 2004 resero prioritari alcuni obiettivi – in particolare la lotta al terrorismo internazionale di matrice islamica – come precisato dalla strategia europea di sicurezza e, ancora, dal Programma dell'Aia del 2004. Quest'ultimo, in particolare, avrebbe, per la prima volta utilizzato la metafora del “bilanciamento” tra libertà e sicurezza nello spazio, promuovendo diverse iniziative per il “rafforzamento” della libertà<sup>461</sup>, della giustizia e della sicurezza<sup>462</sup>.

In contrasto col programma precedente, il programma di Stoccolma, il terzo programma pluriennale di politiche dello spazio comune, non parla più di bilanciamento, ma di una “Europa dei diritti” quale premessa su cui ogni misura di sicurezza deve essere fondata. I principali obiettivi dichiarati nel Programma di Stoccolma erano la promozione dei diritti fondamentali, la costruzione di un'Europa di diritto e giustizia, e di un' “Europa che protegge”, in base all'idea che la globalizzazione delle minacce richieda una risposta comune; ragion per cui

---

<sup>461</sup> In proposito, sono degne di nota alcune iniziative a protezione dei diritti fondamentali, tra cui l'adozione di una decisione quadro che impone agli Stati membri di sanzionare penalmente chi incita alla violenza o all'odio razziale, decisione quadro 2008/913/JHA del 28 Novembre 2008, OJ L 328, 6.12.2008.

<sup>462</sup> Per quanto riguarda il rafforzamento della sicurezza, si segnalerebbero anzitutto le iniziative contro il terrorismo, e in particolare la normativa adottata per incriminare l'addestramento e il reclutamento di terroristi e la pubblica provocazione a commettere reati di terrorismo, anche attraverso Internet, decisione quadro 2008/919/JHA del 28 November 2008, OJ L 330, 9.12.2008; inoltre sono state prese in considerazione le attività criminali dei gruppi organizzati, quali il traffico di droga, il furto di autoveicoli, le rapine e la criminalità ad alta tecnologia come il furto di identità che, assieme ai reati finanziari (frode, contraffazione, riciclaggio di denaro), pregiudicherebbero l'economia dell'Unione.

l'Unione starebbe realizzando lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Il Programma di Stoccolma afferma che le misure di *law enforcement* e di salvaguardia dei diritti fondamentali si rinforzano vicendevolmente. Tuttavia, la strategia di sicurezza interna<sup>463</sup> e la relativa comunicazione della Commissione volta alla sua attuazione<sup>464</sup>, nonostante formalistiche enunciazioni di principio, non sembrerebbero perseguire adeguatamente tale enunciata priorità politica, ma sarebbero fortemente condizionati, così come tutta la costruzione dello spazio comune, da preoccupazioni di sicurezza<sup>465</sup>.

Alla base di un tale assetto starebbe la constatazione di una serie di minacce comuni<sup>466</sup> che giustificerebbero una sempre più accentuata cooperazione europea

---

<sup>463</sup> Consiglio dell'Unione europea, Bruxelles, 8 marzo 2010 (11.03) (OR. en) 7120/10 CO EUR-PREP 8 JAI 182, Progetto di strategia di sicurezza interna per l'Unione europea: "Verso un modello di sicurezza europeo".

<sup>464</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio, La strategia di sicurezza interna dell'UE in azione: cinque tappe verso un'Europa più sicura, Bruxelles, 22.11.2010, COM(2010) 673

<sup>465</sup> In particolare, si sostiene che «Per i cittadini dell'Unione europea, la sicurezza costituisce una delle principali priorità. (...) I principali rischi e minacce connessi alla criminalità che gravano attualmente sull'Europa, quali il terrorismo, le gravi forme di criminalità organizzata, il traffico di stupefacenti, la cibercriminalità, la tratta di persone, lo sfruttamento sessuale di minori e la pedopornografia, la criminalità economica e la corruzione, il traffico di armi e la criminalità transfrontaliera, si adattano con estrema rapidità ai progressi in campo scientifico e tecnologico, nel tentativo di sfruttare illegalmente e compromettere i valori e la prosperità delle nostre società aperte. La strategia di sicurezza interna dell'UE (...) intende rispondere a tale situazione (...) attraverso un modello di sicurezza europeo chiamato a raccogliere le seguenti sfide: tutelare i diritti e le libertà; migliorare la cooperazione e la solidarietà tra gli Stati membri; affrontare le cause dell'insicurezza, oltre che i soli effetti; porre in cima alla lista delle priorità la prevenzione e l'anticipazione; coinvolgere tutti i settori che contribuiscono alla protezione dei cittadini (politico, economico, sociale, ecc.) informare i cittadini sulle politiche in materia di sicurezza; e infine riconoscere l'interdipendenza tra sicurezza interna ed esterna nel definire un approccio di "sicurezza globale" con i paesi terzi.

<sup>466</sup> Come minacce comuni, il Consiglio dell'Unione europea individua: il *terrorismo*, che in tutte le sue forme, denota un disprezzo assoluto per la vita umana e i valori democratici; le *gravi forme di criminalità organizzata*, nella loro molteplicità, tendono a manifestarsi laddove possono trarre il massimo vantaggio economico con il minor rischio, prescindendo dalle frontiere (in questo senso il traffico di stupefacenti, la criminalità economica, la tratta di persone, il traffico di clandestini, il traffico di armi, lo sfruttamento sessuale di minori e la pedopornografia, gli atti di violenza, il riciclaggio di capitali e il falso documentale sarebbero soltanto alcune delle possibili forme gravi di criminalità organizzata nell'UE); la *corruzione*, quale minaccia per il fondamento stesso del sistema democratico e dello stato di diritto; la *cibercriminalità*, una minaccia globale, tecnica, transfrontaliera

tanto rispetto alla procedure quanto alla creazione di un quadro normativo comune, che non sarebbe peraltro mai stato accompagnato da una credibile strategia di cittadinanza, diritti fondamentali e giustizia, che costituisce a tutt'oggi una delle maggiori sfide dell'integrazione europea. E sembra che la fine del sistema a pilastri, piuttosto che condurre all'estensione del metodo e della logica comunitaria di cooperazione alla materia della sicurezza, abbia al contrario, determinato la contaminazione delle aree prima formalmente afferenti all'ex primo pilastro di un approccio condizionato da considerazioni di insicurezza e ispirato ad un approccio poliziesco.

Anche la posizione espressa dalla Commissione nella comunicazione sulla strategia di sicurezza interna sembra univocamente orientata rispetto ad un supposto bisogno di maggiore sicurezza, e sembra dare per assodato che vi sia totale convergenza tra tutti i paesi membri rispetto al bisogno di cooperare per far fronte ad una serie di minacce comuni.

Il problema starebbe proprio in questa tendenza assertiva rispetto a questioni rilevanti per cui non viene data alcuna indicazione basata su evidenze empiriche<sup>467</sup>. In particolare, la commissione identifica cinque temi chiave, o obiettivi strategici, intorno ai quali si sviluppa la strategia di sicurezza interna: smantellare le reti criminali internazionali, prevenire il terrorismo e contrastare la radicalizzazione e il reclutamento, aumentare i livelli di sicurezza per i cittadini e le imprese nel cibernazio, rafforzare la sicurezza attraverso la gestione delle frontiere, aumentare la resilienza dell'Europa alle crisi e alle calamità. Se si guarda ai cinque obiettivi, ci si accorge che nei vari paesi membri vi sono situazioni molto divergenti ancora prima che nella risposta penale, e nell'incidenza statistica, nella forma di manifestazione, e nella percezione sociale dei vari fenomeni criminali presi in

---

e anonima; · la *criminalità transfrontaliera*, come la microcriminalità o i reati contro il patrimonio, spesso ad opera di bande, quando ha un'incidenza notevole sulla vita quotidiana delle persone in Europa; la *violenza stessa*, come la violenza giovanile o il teppismo in occasione di eventi sportivi; le *catastrofi naturali e di origine umana*, quali incendi boschivi, terremoti, inondazioni e tempeste, siccità, penuria energetica e gravi malfunzionamenti delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Inoltre, altri fenomeni diffusi che suscitano preoccupazione e rappresentano una minaccia per la sicurezza delle persone in tutta Europa, come gli *incidenti stradali*.

<sup>467</sup> Così GUILD, CARRERA, *Towards an Internal (In)security Strategy for the EU?*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe, Gennaio 2011, 1-4.

considerazione. Se, secondo alcuni, ciò metterebbe in dubbio l'esistenza di un modello europeo, in senso diametralmente opposto permette altresì di concludere che, per quanto un tale modello condiviso forse non esista, tuttavia tale modello è pur sempre europeo, e precisamente eurounitario.

Il dibattito sull'estensione della competenza UE è inestricabilmente legato alla più ampia discussione sulla natura stessa della politica criminale dell'Unione. In particolare, dopo le ultime modifiche in fatto di competenza penale dell'Unione, vi sarebbero stati un intenso dibattito istituzionale e forti reazioni politiche, sebbene i documenti prodotti dalle Istituzioni sono forse un indice del riconoscimento da parte delle stesse dell'insufficiente riflessione svolta sulla politica penale UE e sull'esigenza di maggiore chiarezza e coerenza anche nella definizione dei concetti e delle categorie penalistiche, che nel contesto europeo spesso si discostano rispetto a quanto rappresentano per una data tradizione nazionale<sup>468</sup>. In questo senso, il primo fondamentale riferimento sarebbero le linee guida sulla legislazione penale elaborate nel 2009, che fanno riferimento ai principi di *ultima ratio* (*rectius*: essenzialità della norma penale in relazione all'interesse protetto), sussidiarietà e proporzionalità, sottolineano la necessità di una buona definizione degli illeciti, e richiedono altresì la verifica del reale valore aggiunto della norma penale rispetto ad altri rimedi disponibili, da valutarsi in relazione alla frequenza e incidenza, locale e regionale, di un dato fenomeno, nonché la verifica del possibile impatto della nuova normativa sui sistemi nazionali.

Successivamente la Commissione, con una Comunicazione del settembre 2011, indicava quattro aspetti su cui poggerebbe il valore aggiunto dell'armonizzazione penale: il rafforzamento della fiducia dei cittadini, la prevenzione del *forum shopping*, il rafforzamento della fiducia reciproca tra ordinamenti, e la prevenzione e repressione di gravi violazioni del diritto dell'Unione. Come si può vedere, quindi, le ragioni a fondamento delle iniziative penali dell'Unione sono molteplici, e ciò rende difficile, quindi, saggiarne la credibilità - in particolare per quanto riguarda la fiducia dei cittadini. Anche la Commissione fa riferimento ai principi di sussidiarietà, rispetto dei diritti fondamentali, *ultima ratio*, proporzionalità e stretta necessità. E, tuttavia, l'ampiezza e ambizione dei numerosi "obiettivi prioritari" della politica criminale dell'Unione tradisce un approccio funzionalista e

---

<sup>468</sup>SATZGER, *International and European Criminal Law*, 2012, 82.

particolarmente espansivo del penale, che rischia di mettere in discussione una seria applicazione dei principi enunciati.

Il 22 maggio 2012, il Parlamento elaborava una Risoluzione in cui dichiarava di voler incentrare l'esercizio delle nuove competenze in materia penale sul rispetto dei principi di sussidiarietà, proporzionalità e rispetto dei diritti fondamentali. Anche questa, però, lascia intravedere due fondamentali caratteristiche del diritto penale dell'Unione, per come le Istituzioni intendono costruirlo. Anzitutto questo si prospetterebbe, essenzialmente, come strumento di lotta (alle più gravi forme di criminalità transnazionale) e di governo (ovvero strumento necessario alla concreta attuazione di politiche) in una moltitudine di settori strategici<sup>469</sup>.

Ma per quanto sia costante il richiamo al rispetto dei principi fondamentali nazionali e costituzionali, come quello di *ultima ratio*, vi sono certo, notevoli differenze tra l'impostazione adottata dalle tre istituzioni. Se il Consiglio sembra propendere più per un diritto penale "securitario" di lotta ai più gravi di crimine transnazionale, l'atteggiamento della Commissione risulta più "funzionalista" e incline a riconoscere – quasi in ogni caso - il "valore aggiunto" dell'azione UE. Il Parlamento sembra, comunque, essere più sensibile all'esigenza di rispetto dei diritti fondamentali.

Recentemente, la Commissione ha ribadito tra le sue priorità, la prevenzione e la riduzione della migrazione irregolare come parte essenziale di un sistema migratorio ben gestito; la migrazione irregolare sarebbe infatti un fenomeno spesso collegato al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani, e alimentato dalla domanda proveniente dai datori di lavoro che offrono opportunità di impiego illegale<sup>470</sup>. Contemporaneamente, si propone la realizzazione di "un'Europa della sicurezza", promuovendo un approccio basato sulla prevenzione e sul contrasto alla criminalità, e incoraggiando maggiori sinergie tra il settore degli Affari interni e altri settori connessi alla sicurezza interna, quali i trasporti, il mercato interno, l'unione doganale, la ricerca e lo sviluppo, il mercato digitale, la

---

<sup>469</sup>FIANDACA, *Diritto penale europeo: spunti problematici di riflessione intorno a possibili modelli di disciplina*, in ALLEGREZZA, *Le sfide*, 2013, 135-148

<sup>470</sup>11.3.2014 COM(2014) 154 final Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle Regioni. Un'Europa aperta e sicura: come realizzarla.



protezione civile e le relazioni esterne. L'attenzione è rivolta, in particolare, a smantellare le reti criminali internazionali, ritenendo che la penetrazione dei gruppi criminali organizzati nell'economia dell'Unione costituisca un rischio per la sicurezza. Tra le forme gravi di criminalità aventi una dimensione transfrontaliera si prendono, quindi, in conto corruzione, tratta di esseri umani, droga, armi da fuoco e altre merci illecite, e sfruttamento sessuale dei minori, come reati che causano gravi danni alle vittime e all'intera società.

In secondo luogo, ci si propone di prevenire il terrorismo e contrastare la radicalizzazione e il reclutamento. In terzo luogo, di aumentare i livelli di sicurezza per i cittadini e le imprese nel cibernazio.

Da ultimo, ottemperando, formalmente per la prima volta, all'obbligo, stabilito dall'art. 68 TFUE<sup>471</sup>, di fissare la programmazione legislativa e operativa dello spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, il Consiglio europeo di Ypres ha ribadito che *«tutte le dimensioni di un'Europa che protegge i suoi cittadini e offre diritti effettivi alle persone all'interno e all'esterno dell'Unione sono interconnesse tra loro»*<sup>472</sup>. Tale affermazione conferma il carattere multilaterale della sicurezza, percepita come un'entità unica sia nella sua dimensione interna che nella sua dimensione esterna ma anche, quel che è più importante, come un obiettivo politico che ricomprende le due declinazioni possibili del concetto, ovvero quella di "diritto alla sicurezza" (riconoscibile nell'intento protettivo dell'Unione) e quella di sicurezza dei diritti, individuabile nell'esigenza di "effettività" dei diritti offerti. Le linee guida "post-Stoccolma" non sono, però, definite un "programma" e questo segnerebbe una netta discontinuità col passato, sia nella forma che nella sostanza, ovvero nella quantità e "pregnanza contenutistica in termini di capacità di orientamento" degli obiettivi politici fissati.<sup>473</sup> L'Unione si limita così a richiamare i programmi passati mirando alla loro piena attuazione, piuttosto che alla formulazione di nuovi obiettivi, che passa per *«l'attuazione efficace»* e il *«consolidamento degli strumenti giuridici e*

---

<sup>471</sup> Che recita: "Il Consiglio europeo definisce gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

<sup>472</sup> Conclusioni del Consiglio europeo del 27 giugno 2014, EUCO 79/14, Capo I (Libertà, Sicurezza e Giustizia), punto 2.

<sup>473</sup> Così COTTU, *Il Consiglio europeo adotta i nuovi orientamenti strategici per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2015-2020*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

delle misure politiche in vigore”<sup>474</sup>. Il documento sottolinea l’esigenza della protezione e della promozione dei diritti fondamentali, in particolare affrontando i “problemi di sicurezza”, *in primis*, il terrorismo<sup>475</sup>. Accanto a questo obiettivo, si ribadisce la necessità di prevenire e combattere la migrazione irregolare e il traffico e la tratta di esseri umani, come sforzo per evitare la perdita di vite umane. Appaiono degni di nota, inoltre, l’accostamento fra traffico di esseri umani e corruzione, indicativo degli obiettivi prioritari per il Consiglio, e la differenziazione tra forme di criminalità grave contro cui apprestare strumenti di prevenzione e di contrasto e terrorismo, contro cui mettere in campo politiche efficaci. Inoltre, si auspica un ulteriore sviluppo di un approccio globale alla cibersicurezza e al cibercimine<sup>476</sup>.

Come obiettivi specifici vengono individuati, tra gli altri, il rafforzamento dei diritti processuali del reo e della protezione delle vittime che sembrano, così, godere di eguale considerazione. Si dice che i cittadini si aspettano che *i loro governi* garantiscano giustizia, protezione ed equità nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e dello stat di diritto” e questo richiederebbe “un’azione europea congiunta, fondata sui nostri valori fondamentali”, considerata la dimensione transfrontaliera di fenomeni come il terrorismo e la criminalità organizzata. Le priorità sarebbero una migliore gestione della migrazione “in tutti i suoi aspetti”, la prevenzione e la lotta alla criminalità e al terrorismo e il miglioramento della cooperazione giudiziaria. Sul secondo punto, vengono presi in considerazione, l’inasprimento della lotta a forme di criminalità organizzata quali la tratta degli esseri umani, il contrabbando e la criminalità informatica, il contrasto alla corruzione e la lotta al terrorismo e alla radicalizzazione, garantendo al contempo i diritti e i valori fondamentali e la protezione dei dati personali. L’ampia attenzione alla questione migratoria, non si traduce, però, in chiare indicazioni, che certamente sarebbero state utili, rispetto allo *status* dei migranti (e degli eventuali soccorritori). Se non dovessero, quindi intervenire modifiche alla normativa in materia, l’ambiguità di detti *status* continuerà ad esporre

---

<sup>474</sup> Conclusioni del Consiglio europeo del 27 giugno 2014, EUCO 79/14, Capo I, punto 3.

<sup>475</sup> Conclusioni del Consiglio europeo del 27 giugno 2014, EUCO 79/14, Capo I (Libertà, Sicurezza e Giustizia), punto 4.

<sup>476</sup> Conclusioni del Consiglio europeo del 27 giugno 2014, EUCO 79/14, Capo I (Libertà, Sicurezza e Giustizia), punto 10.

potenzialmente entrambi a conseguenze penali<sup>477</sup>. Ma, d'altro canto, la vaghezza delle indicazioni, che pure conferma una tendenza della politica criminale dell'Unione, non permette di cogliere la reale portata dei suoi propositi in nessuno degli ambiti evocati. L'unica considerazione che sembra potersi fare è che, ancora una volta, il Consiglio sembrerebbe propendere per concentrare l'uso del diritto penale nel contrasto ad alcune delle più gravi forme di criminalità contemplate dall'art. 83 §1 TFUE piuttosto che per garantire le politiche dell'Unione con un intervento penale "accessorio" ex art. 83 §2 TFUE – contrariamente all'atteggiamento generalmente tenuto dalla Commissione.

La minore forza di orientamento che caratterizza queste linee guida rispetto ai precedenti programmi quinquennali, non sembra, però, prestarsi ad un'interpretazione univoca. Da una parte, infatti, potrebbe indicare la conferma delle posizioni politico-criminali già assunte in precedenza, limitandosi ad invitare alla completa attuazione dei vecchi programmi; ma d'altra potrebbe indicare un ripensamento circa l'opportunità di spingere troppo oltre l'impegno dell'Unione in materia penale, a fronte di molte altre pressanti esigenze in ambiti diversi; ancora, potrebbe rappresentare un passo indietro rispettoso delle nuove prerogative acquisite, nel frattempo, dal Parlamento europeo grazie alla generalizzazione della procedura ordinaria prevista dal Trattato di Lisbona. Quest'ultima ipotesi, che secondo alcuni potrebbe essere indicativa della maturità del processo di rafforzamento della legittimazione democratica delle politiche dell'Unione in materia penale, che caratterizzerebbe l'ultima tappa politica del processo di "comunitarizzazione" dell'ex terzo pilastro appare, invero, poco convincente<sup>478</sup>. Infatti, nonostante la rilevanza decisiva che ha oramai acquisito il Parlamento nell'approvazione delle iniziative in materia penale, il cuore del procedimento continua ad essere rappresentato, nella normalità dei casi, dall'iniziativa della Commissione che, dovrebbe in fondo limitarsi a sviluppanne e concretizzare le priorità politiche individuate dal Consiglio europeo. E la base giuridica del documento in commento rafforza questo convincimento, confermando che il motore primo dell'iniziativa penale in Europa rimane, indipendentemente dai

---

<sup>477</sup> Come sottolineato da COTTU, *op cit.*

<sup>478</sup> Così COTTU, *op. cit.*

complessi meccanismi di attuazione delle politiche criminali e dell'armonizzazione legislativa, la volontà dei Governi degli Stati membri.

## Parte II - Il diritto penale dell'Unione europea

### a. La parte generale del diritto penale dell'Unione

#### 1. I principi del diritto penale dell'Unione europea

È stato notato come il diritto penale europeo sia un “diritto senza codice”, e quindi complesso, policentrico, permeabile e dinamico. Per questa ragione i principi che lo regolano assumono un peso specifico elevatissimo, in quanto da essi dipendono in misura rilevante il funzionamento e i limiti dello stesso, in una parola, la sua legittimità<sup>479</sup>. Nell'età della decodificazione, qualcosa di simile avviene anche nell'ordinamento nazionale, che assume i propri tratti distintivi principalmente ad opera dei principi costituzionali, utilizzati come costante parametro di legalità e legittimità. Ma nel contesto dell'Unione ciò si spiega, in particolare, in ragione della scelta del metodo funzionalista: la mancanza di un patto costituente farebbe sì che la legittimità dell'attività normativa non possa dipendere dalla legalità comunitaria – ovvero il mero rispetto dei Trattati - e spiega come alla progressiva penetrazione del diritto europeo nel diritto nazionale corrisponda una progressiva penetrazione dei diritti fondamentali nel diritto europeo, come parametro di legittimità *in fieri*<sup>480</sup>. Così, per adeguare alle esigenze il sistema delle fonti, alla stregua del quale valutare la legittimità degli atti di volta in volta adottati dalle istituzioni, la Corte di Giustizia si è adoperata per ampliare progressivamente il novero dei principi di diritto dell'Unione e, per quel che ci interessa più da vicino, del suo diritto penale. Tali principi di rango sovraordinato vedono sempre più crescere la loro importanza, nella loro duplice funzione di stimolare la conformità dei sistemi punitivi al rispetto delle libertà e dei diritti dei singoli e di favorire il ravvicinamento e l'armonizzazione delle normative penali a livello europeo<sup>481</sup>.

---

<sup>479</sup> Così SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 16 ss.

<sup>480</sup> Così SOTIS, *Como construyen los jueces europeos un derecho fundamental o- poniendonos en el “sollen” – come deberian construirlo?*, in DIEZ-PICAZO, NIETO MARTIN, *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Thomson Reuters, 2010, 73-89.

<sup>481</sup> Cfr. FIANDACA, DI CHIARA, *Una op. cit.*, 9-10.

I principi, che storicamente assumono notevole rilievo in tutti gli ordinamenti giovani, possono essere considerati nel sistema dell'Unione come fonti intermedie tra il diritto primario, costituito dai Trattati, e gli atti derivati, in particolare regolamenti e direttive<sup>482</sup>. Essi si elevano naturalmente al rango di norme primarie, poiché hanno non solo un ruolo di ispirazione per l'interprete, ma in alcuni casi servono a colmare vistose lacune nel sistema delle fonti; e se un principio è in grado di colmare un "vuoto" originario di diritto primario, ecco che finisce col mostrare la stessa forza delle norme dei Trattati<sup>483</sup>. Così è avvenuto proprio per il rispetto dei diritti fondamentali che, inizialmente assente nel sistema comunitario quale "principio fondamentale", è stato in seguito espressamente previsto.

Alcuni principi "costituzionali", come quelli sui diritti fondamentali hanno natura essenzialmente "negativa" – salvo considerare le implicazioni delle teorie sugli obblighi positivi di tutela e di criminalizzazione- mentre altri, come il principio di effettività e quello di leale collaborazione (cui il primo è strettamente collegato), hanno un effetto positivo sull'azione sia dell'Unione che degli stati membri<sup>484</sup>.

Il diritto dell'Unione conosceva un tempo solo i principi fondamentali del diritto comunitario, come la non discriminazione, la libera circolazione degli individui e via dicendo; a questi si sono aggiunti i c.d. principi generali del diritto comuni agli stati membri, come lo stesso stato di diritto, la proporzionalità e la legalità. Tra questi spiccano, inoltre, per importanza i principi attinenti alla protezione dei diritti fondamentali. Questi hanno fatto ingresso nell'ordinamento europeo in corrispondenza alla penetrazione delle norme comunitarie negli ordinamenti

---

<sup>482</sup> Per approfondimenti v. anche DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2008.

<sup>483</sup> Cfr. MIETTINEN, *Criminal law and policies in the European union*, Routledge, 2013, 102-103, secondo cui tra le implicazioni sostanziali dell'uso dei principi generali del diritto dell'Unione in ambito penale è che possano essere invocati per importare nel diritto UE, concetti dal diritto nazionale o internazionale, o per sviluppare come principio generale una norma prima applicabile solo in uno specifico settore. Questi principi possono essere inquadrati come un esempio di *judge-made-law*, sia per i limiti strutturali di un sistema di competenze attribuite sia per le difficoltà a raggiungere un consenso quando tali competenze vengono esercitate, e possono tanto riempire i vuoti dei Trattati o della legislazione derivata, quanto interpretare o addirittura dichiarare illegittime le norme di quest'ultima, tanto più facilmente quanto un dato settore (come quello penale) sia ancora non troppo sviluppato.

<sup>484</sup> *Ibidem*, 106.

nazionali, grazie all'intransigenza di alcune Corti costituzionali, così che un giudizio di conformità ai Trattati non può oggi essere legittimamente formulato se non anche alla luce di principi più alti e condivisi, quali, appunto, i diritti fondamentali e i principi generali dello stato di diritto. L'attenzione ai diritti fondamentali suscitata dalle sentenze *Solange* e *Frontini* è stata trasmessa alla Corte di Giustizia, che se ne è fatta carico a partire dalle sentenze *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>485</sup> e *Nold*<sup>486</sup>. A partire agli anni '70, questa si è dunque impegnata a garantire il rispetto dei diritti fondamentali individuati sulla base della comune tradizione costituzionale degli Stati membri e dei Trattati da essi siglati, in quanto rientranti tra i principi generali del diritto europeo, nella creazione e applicazione del diritto dell'Unione. Tale soluzione giurisprudenziale è stata poi consacrata nell'articolo 6 TUE, che dispone oggi il rispetto della CEDU (aprendo all'adesione dell'Unione alla stessa) e riconosce la stessa dignità dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali varata a Nizza.

Poiché i diritti fondamentali sono parte dell'ordinamento dell'Unione, i limiti che la loro tutela impone dovrebbero porsi non solo alle Istituzioni europee, ma anche agli Stati membri, limitandone la libertà nei settori toccati dalla normativa comunitaria, anche per quanto riguarda l'uso dello strumento penale<sup>487</sup>. Ma, sebbene il riconoscimento del rispetto dei principi fondamentali quale principio generale del diritto dell'Unione suoni come una grande conquista, va considerato che, per quanto questo strumento possa essere ben utilizzato dalla Corte di Giustizia<sup>488</sup>, proprio tale monopolio giudiziale potrebbe indebolire il sistema di protezione dei diritti a causa della strutturale volubilità della giurisprudenza, con effetti potenzialmente indesiderabili in un sistema tendenzialmente securitario e repressivo come quello che ci pare di riconoscere talvolta nel diritto penale dell'Unione. Senza contare che nel rinvenimento di un principio generale, mediando con riferimento alla comunanza di tradizioni costituzionali, si ha

---

<sup>485</sup> CGCE 17 Dicembre 1970, causa 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

<sup>486</sup> CGCE 14 Maggio 1974, causa 4/73.

<sup>487</sup> Queste le conclusioni di MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario*, cit.

<sup>488</sup> Si pensi al recente caso *Kadi*, dove la Corte ha esercitato un controllo di legittimità su atti emessi in adempimento ad obbligazioni internazionali valutandone il rispetto dei principi fondamentali, assumendo un ruolo molto simile a quello di una corte costituzionale.

dapprima la qualificazione del principio come “generale” e solo in un secondo momento la determinazione del suo contenuto, il che porta ad una completa autonomia dello stesso rispetto alle fonti originarie<sup>489</sup>. Si può inoltre notare come questa fluidità nel modo di costruire i principi vada ricollegata ad una certa disinvoltura metodologica della Corte, che in genere cambia atteggiamento a seconda che si tratti di definire un principio come “europeo”, per avvalorare la legittimità di una norma europea o una norma nazionale di trasposizione, ovvero valutare la legittimità di una norma nazionale contraria al diritto europeo: nel primo caso, essa applica generalmente un criterio non solo di prevalenza, ma anche qualitativo, ovvero quello della *better law*, mentre nel secondopretenderà uno standard di diffusione elevato<sup>490</sup>.

I principi fondamentali nel sistema penale dell’Unione, come si diceva, non costituiscono solo un criterio interpretativo, ma anche un parametro di legittimità degli atti delle Istituzioni, che, qualora non ne siano rispettosi, potrebbero essere annullati dalla Corte di Giustizia. E anche la responsabilità degli Stati membri potrebbe, in teoria, venire in causa per violazione dei principi (e, tra questi, dei diritti) fondamentali, quando vi sia collegamento tra il comportamento dello Stato ed il diritto dell’Unione che si sia trovato ad attuare. Anche il diritto penale, quindi, deve fare i conti con tutti i principi che, nati come principi di diritto comunitario, si sono naturalmente estesi all’ex “terzo pilastro”. Senza dimenticare che la materia penalistica, anche nel contesto nazionale, e fin dalle sue prime ricostruzioni dogmatiche è sempre stata fortemente condizionata dai principi, che invitano i legislatori e i giudici alla loro applicazione poiché sono principi *adagiques*, ben noti alla gente comune, e si impongono come base costitutiva di uno zoccolo giuridico penale intertemporale, prodotto dalla società attraverso la ripetizione

---

<sup>489</sup> Per queste osservazioni v. PACIOTTI, *Il trattato di Lisbona e le prospettive dell’Europa in L’integrazione attraverso i diritti. L’Europa dopo Lisbona - Atti del 1° workshop in Diritto dell’Unione Europea e internazionale. Venezia, Palazzo Ducale, 26-27 Marzo 2010* a cura di FALLETTI, PICONE, Aracne, Roma 2010.

<sup>490</sup> Così SOTIS, *Como costruyen los jueces europeos un derecho fundamental*, cit., 73-89, il quale ritiene però che se la soluzione europea dovesse essere contraria a un principio fondamentale dell’ordinamento costituzionale, che non sia al contempo un principio comunitario, allora il giudice europeo potrà e dovrà accettare la divergenza, rischiando, altrimenti, l’attivazione dei “controlimiti”.



pratica continua<sup>491</sup>. Tra questi, evidentemente, la legalità, la proporzione, l'offensività, l'*extrema ratio*: anche di questi dovrà, quindi, tenersi conto, mostrando come talvolta si sovrappongano a principi più generali oramai ben consolidati nel diritto generale dell'Unione, ora in modo fruttuoso, ora in modo problematico; talvolta questa sovrapposizione, o concorrenza, comporta una reinterpretazione, talaltra rischia, invece, di determinarne lo svuotamento, grave effetto dal momento che essi, avendo principalmente funzione di garanzia, sono, invero, irrinunciabili<sup>492</sup>. All'incremento dell'efficacia penetrativa degli strumenti a disposizione dell'Europa per l'armonizzazione dei diritti penali nazionali non può non corrispondere un altrettanto adeguato rafforzamento dei principi fondamentali della legislazione penale. Deve perciò ritenersi centrale la questione della conformità del diritto penale di fonte sovranazionale con i principi fondamentali tanto dei diritti penali nazionali, quanto dello stesso ordinamento comunitario. Il bagaglio di principi e di nozioni comune e condiviso di cui l'Europa dispone è, infatti, un patrimonio che può costituire un solido ancoraggio per stimolare una buona politica criminale europea; nondimeno, l'aderenza della legislazione penale europea a tali criteri dipende in larga anche dalla natura degli stessi e dalla fonte da cui essi promanano.

L'esperienza sin qui maturata ha mostrato che sia negli ordinamenti penali nazionali, sia nella tradizione giuridica comunitaria, i principi fondamentali del diritto penale mostrano un volto ed un peso differenti, in qualche caso in grado di ostacolarne un pieno riconoscimento a livello sovranazionale. Alcuni principi - si pensi a quelli di proporzione o di *extrema ratio* - sembrano poter essere più agevolmente trasfusi in sede europea per la porosità dei contenuti e i confini definitivi elastici che li caratterizzano, ed è in effetti possibile che la condivisione a livello europeo di principi comuni sia tanto più realizzabile quanto più elastico ne appaia il contenuto *politico-criminale*, sussistendo così margini per un adeguamento dei loro contenuti - così come elaborati a livello nazionale - alle peculiarità del contesto europeo, dato che l'obbligo di conformarsi ad essi non comporta necessariamente un mutamento dell'assetto istituzionale definito dai

---

<sup>491</sup>Così JEANCLOS, *op. cit.*, 129.

<sup>492</sup> Nello stesso senso PORTERO HENARES, *op. ult. cit.*, 301-326.

Trattati, né un ripensamento generale del criterio di ripartizione di competenze tra Stati ed Unione o uno stravolgimento dell'equilibrio funzionale tra le Istituzioni<sup>493</sup>; dovendosi, però, stare attenti a che questo adattamento non finisca per svuotare di contenuto le istanze democratiche e garantiste di cui i classici principi del diritto penale sono portatori. Va dunque approfondita l'analisi tanto del meccanismo generale di interazione tra principi penalistici e principi di diritto UE, tanto il concreto atteggiarsi di ciascuno di essi, tenendo a mente che sarebbe ugualmente irrealizzabile una trasposizione dal contesto nazionale a quello sovranazionale senza alcun adattamento al secondo.

Che il diritto penale sia tradizionalmente governato da principi generali come *ultima ratio*, proporzionalità o legalità rivela l'esigenza di una struttura sistematica e coerente. Ma, come il moderno costituzionalismo, anche il diritto penale poggia oggi su principi fondamentali che acquisiscono validità oltre il contesto formale dello Stato, e pertanto gli schemi tradizionali non possono darsi per scontati, né può darsi per scontato che i classici principi di diritto penale siano sempre considerati pienamente applicabili. Allo stesso tempo, però, se si ritiene che la transnazionalizzazione del diritto penale sia non solo ammissibile ma addirittura necessaria, occorre accettare un grado di coerenza e uniformità minore di quello di cui si dispone a livello nazionale.

La costruzione di un diritto penale europeo richiede l'adozione di principi che però dipendono dal modello normativo adottato e, in definitiva, dall'atteggiamento che si abbia di fronte ai principi del diritto penale *tout court*<sup>494</sup>. Se anche i vari documenti istituzionali (o commissionati dalle Istituzioni a gruppi di esperti) che identificano i principi che dovrebbero ispirare la normativa europea in materia penale, risultano utili per la ricostruzione degli stessi, proprio tale opportunismo tecnico-politico, tale subordinazione della ricostruzione scientifica alle esigenze del legislatore risultano problematici e criticabili. Non è difficile

---

<sup>493</sup> Cfr. SIRACUSA, *Il transito del diritto penale di fonte europea*, cit., 791.

<sup>494</sup> SILVA SANCHEZ, *Critica a los principios inspiradores del pretendido "derecho penal europeo"*, in GOMEZ MARTIN, *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, 121-128. L'A. si occupa in particolare del diritto penale a tutela degli interessi finanziari a partire dall'analisi del progetto *Corpus juris*; le sue considerazioni, pertanto, risultano datate e parziali, ma comunque utili per cogliere il più generale atteggiamento dell'Unione alla materia penale.

rinvenire in tali proposte ufficiali principi come la settorialità, la primazia degli interessi economici, il principio di protezione efficiente o principio funzionalista, il principio del minimo comun denominatore delle garanzie, il principio di subordinazione della scienza<sup>495</sup>. Quest'ultimo, in particolare, è quello che sembra reggere, come anticipato, l'intera opera di ricostruzione dei principi ad opera delle Istituzioni o dei loro collaboratori: gli agenti politici rivolgono, infatti, agli studiosi domande fondamentalmente pratica nell'ottica di una efficace lotta al crimine; di conseguenza, la riflessione scientifica non sorge come prodotto di un'aspirazione intellettuale di unità o di correzione teorica, ma solo per individuare basi che legittimino risposte penali già politicamente decise. Tale situazione è evidentemente incompatibile con legittime preoccupazioni sistematiche e in particolare con la gestione di un sistema come la teoria del reato che la vocazione garantista ha reso significativamente complesso<sup>496</sup>. Dovrebbe, pertanto, trovare ancora spazio il principio di sovranità, ma non tanto in una accezione nazionalistica, che risulterebbe un'anacronistica mitizzazione, ma vincolando il diritto penale alla cittadinanza europea. La sovranità, infatti, può ben intendersi come necessario vincolo della legge penale ai presupposti formali della democrazia deliberativa e, al contempo, come base sostanziale legata ai diritti della persona.

Il diritto penale europeo dovrebbe dunque procedere dalla coscienza dell'esistenza di una "comunità di principi", per realizzare un sistema che non risulti congiunturale e opportunistico, ma una progressiva unificazione delle legislazioni penali nel segno dei diritti fondamentali. Per fare ciò, dovrebbe garantirsi la primazia della scienza penale, che sola potrebbe e dovrebbe giocare il proprio fondamentale ruolo nel ricostruire, anche a partire da un'indagine comparatistica, una grammatica comune, non solo in senso sintattico ma anche, data la tradizione comune, semantico, e quindi non solo negli aspetti superficiali, ma, appunto, nell'essenza dei principi comuni, esercitando così sia una funzione dogmatica che politica<sup>497</sup>. Il ruolo della teoria del diritto penale, infatti, è chiarire la struttura e il senso etico di quest'ultimo, in primo luogo sistematizzando i principi che lo

---

<sup>495</sup> Che SILVA SANCHEZ, *op. ult. cit.*, chiama provocatoriamente "mistificazione dei principi" o "svuotamento dei principi e menzione formale degli stessi".

<sup>496</sup> Così SILVA SANCHEZ, *op. ult. cit.*, 124-125.

<sup>497</sup> *Ibidem*, 126-127.

regolano, e che sono espressivi dell'insieme di idee e valori che lo legittimano<sup>498</sup>; e per questo motivo i redattori del manifesto sulla politica criminale europea hanno individuato nei più classici dei principi penalistici il maggiore contributo e il motore della civilizzazione e dell'integrazione europea<sup>499</sup>.

I principi potrebbero, se debitamente sistematizzati, divenire il nucleo di una parte generale UE, anche a partire dalla loro ricognizione nei vari strumenti finora adottati in tale ambito<sup>500</sup>. Ma una tale operazione sembra, ancora una volta, dipendere dalla Corte di Giustizia<sup>501</sup>, che è il padrone dei principi generali. D'altra parte, anche per quanto riguarda il diritto penale sostanziale, l'analisi degli sviluppi giurisprudenziali mostra come principi molto generali possano essere ricavati da disposizioni molto specifiche, talvolta anche in via analogica, e come tali principi non possano essere individuati una volta per tutte, essendo la lista degli stessi (nonché il loro contenuto) potenzialmente arricchita ad ogni nuova pronuncia. Ma in proposito va notato che se, fino ad oggi, l'opera della Corte nella ricostruzione di tali principi si è sempre sviluppata in senso espansivo, è molto difficile immaginare che in futuro possa cassare, ragionando per principi, le scelte del legislatore europeo per difetto di proporzionalità o di sussidiarietà o violazione di non meno fondamentali principi del diritto penale classico<sup>502</sup>.

Tra i principi generali del diritto dell'Unione, appaiono particolarmente degni di nota il principio del *primato*, quello di *leale collaborazione* e il *principio di coerenza*.

---

<sup>498</sup>HALL, *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis, New York, 1960, in particolare 1 e 26.

<sup>499</sup>AL-KAWADRI, *General principles guiding the incriminating activity of the european legislator*, *Lex et Scientia International Journal*, XVIII2 / 2011, 8597, e [www.ccecol.com](http://www.ccecol.com), 85.

<sup>500</sup> Così Klip, 2009, 166-196.

<sup>501</sup> Si considerino, ad esempio, il caso C-135/08 *Janko Rottman v. Freistaat Bayern* (2010) ECR I.1449, in cui viene espressamente considerato il concetto di *mens rea* o C-177/95, *Ebony maritime SA and Loten Navigation Co. Ltd. v. Prefetto della provincia di Brindisi e altri*, (1997) ECR I- 1131, in cui si ritiene la responsabilità oggettiva compatibile col diritto dell'Unione.

<sup>502</sup> Così MIETTINEN, *op. cit.*, 2013, 112-119, il quale ammette, però, che la Corte potrebbe tentare anche questa strada ove decidesse di basarsi sulla comunicazione 573/2011, una cui seria applicazione consentirebbe un approccio critico-limitativo all'azione dell'Unione in materia penale; a tal proposito P.A. ricorda come gli strumenti di *soft law* abbiano avuto spesso un rilievo nei ragionamenti della Corte, come ad es. in C-239/09, *Seydaland vereinigte Agrarbetriebe GmbH & co. KG c. VVG*, 16 dicembre 2010, §§35-39.

Il primo, per quanto non espressamente contemplato dal Trattato di Lisbona, può essere oggi rinvenuto nella dichiarazione annessa n°17, oltre ad essere ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e delle Corti nazionali. Nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, l'applicazione di tale principio comporta che le direttive dovrà riconoscersi alle direttive un effetto diretto verticale ascendente, come chiarito dalla Corte di Giustizia<sup>503</sup>.

Anche il principio di leale collaborazione ha da sempre giocato un ruolo fondamentale nella costruzione di un sistema penale comune, poiché è in virtù di esso che, anche in assenza di una potestà punitiva autonoma dell'Unione, gli Stati membri sono stati tenuti ad adottare tutte le misure necessarie per assicurare l'osservanza delle norme comunitarie. A tal scopo è stata loro richiesta, in particolare, la previsione di sanzioni effettive, proporzionali e dissuasive a tutela delle politiche comunitarie, imponendo così, in via indiretta, il ricorso all'opzione penale.

Tra i principi cui deve informarsi l'azione dell'Unione, anche in materia penale, un ruolo di primo piano è occupato anche dal principio di coerenza, espresso in via generale dall'art. 7 TUE. Ancora l'esigenza di coerenza fa sì che, come disposto dall'art. 5 TUE e dal Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione sia realizzato nel rispetto «dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri» (art. 67 §2, TFUE), con ciò confermando quanto già in via generale dichiara il TUE nell'art. 4 §2; né potrebbe essere diversamente, dal momento che le tradizioni costituzionali degli Stati membri rappresentano il materiale dal quale germinano i principi generali del diritto dell'Unione (art. 6 §3 TUE).

Tra i più importanti principi che vengono in rilievo nel discorso sulla competenza penale dell'unione europea vi sono quelli di *sussidiarietà* e *proporzionalità*. La precisazione del contenuto degli stessi e l'analisi del loro funzionamento è determinante per individuare l'equilibrio di un sistema penale in cui la scena è ripartita, per l'appunto, tra Unione e Stati membri: non a caso, nel descrivere l'Unione come un *luogo di scambio*, il principio di sussidiarietà – insieme a quello

---

<sup>503</sup> CGCE sent. 4 Dicembre 1974, *Van Duyn*, causa 41/74.

dell'effetto utile - sono stati assunti quali *condizioni* di detto scambio di norme. A seconda di come tali principi vengano applicati, risulterà accettabile un maggiore o minore intervento dell'Unione - a detrimento della libertà degli Stati di determinare autonomamente determinati aspetti della loro politica criminale – e vedremo espandersi o restringersi lo spazio di liceità e quindi di libertà degli individui.

Il problema di definire i principi e il loro rapporto, come accennato, è dato dall'intersecazione e dalla sovrapposizione degli stessi. Si cercherà, nondimeno, di affrontare l'analisi di ciascuno di essi, nelle possibili declinazioni che ne vengono fornite nel contesto del diritto penale dell'Unione europea. Ad esempio, si noterà come il principio di sussidiarietà tenda a declinarsi, in chiave europea, come criterio di ripartizione delle competenze tra Unione e Stati, mente in chiave penalistica, come principio di *extrema ratio*, e come il principio di proporzionalità sia al contempo un criterio di funzionamento della sussidiarietà europea, ma anche una categoria generale sotto la quale taluno riconduce lo stesso principio di *extrema ratio*, così negandone l'autonomia.

Alcuni principi, aventi autonoma dignità e rilevanza nei sistemi nazionali, se riletti in ambito europeo risultano quali corollari o manifestazioni specifiche di principi a contenuto più generale. Basti guardare al principio di *extrema ratio*, che in sede europea sembra costituire un sotto-principio del più generale principio di sussidiarietà dell'azione comunitaria<sup>504</sup>; o, ancora, si consideri il principio di proporzione, che proiettato in ambito sovranazionale diviene un sotto-principio del più generale principio di coerenza<sup>505</sup>. Probabilmente ciò è dovuto al fatto che tra i principi fondamentali del diritto penale europeo ve ne sono alcuni di matrice spiccatamente comunitaria – es. sussidiarietà –, suscettibili di essere arricchiti dall'apporto di altri principi di derivazione eminentemente nazionale – es. *ultima ratio*. Cosicché, a livello europeo, l'insieme dei principi fondamentali alla base del

---

<sup>504</sup> Il riferimento è qui al principio di sussidiarietà che regola il riparto di competenze tra Unione e Stati membri, considerato concettualmente distinto dalla sussidiarietà propria del diritto penale.

<sup>505</sup> In base alla descrizione fornita nel citato *Manifesto sulla politica criminale europea*, il principio di coerenza opererebbe in senso verticale, come divieto di stabilire limiti minimi di pena massima in grado di determinare un innalzamento delle pene massime comminate a livello nazionale, ed in senso orizzontale, con riferimento al divieto di innalzare i livelli di pena previsti dall'ordinamento europeo per illeciti di analoga gravità.

sistema penale appare più variegato e complesso, essendo destinato ad operare a più livelli, in senso verticale - dall'Unione verso gli Stati nazionali e viceversa - ed in senso orizzontale -tra i diversi organismi che partecipano all'adozione delle direttive a contenuto penale<sup>506</sup>.

### 1.1 Il principio della *lex certa*

Nella celebresentenza *Intertanko*<sup>507</sup>, la Corte di Giustizia ha valutato il rispetto del principio di *lex certa* relativamente alla nozione di colpa grave di cui all'art. 4 della direttiva 2005/35, riconoscendone la natura di principio generale del diritto dell'Unione.

Il principio di tassatività-sufficiente determinatezza impone che la legge penale sia “certa”, vale a dire che risulti facilmente conoscibile ai cittadini, che descriva con sufficiente precisione il fatto punibile e nello stesso tempo delimiti l'attività interpretativa del giudice<sup>508</sup>. Sebbene si tenda oggi a convergere sul fatto che l'approccio allo stesso principio di legalità sia molto mutato rispetto al contesto illuministico in cui è stato formulato, in particolare in quanto la definizione del suo contenuto sarebbe stata affidata alla responsabilità condivisa di legislatori e giudici<sup>509</sup> - e nel contesto europeo, tanto nazionali quanto sovranazionali.

Nel diritto europeo, il principio di *lex certa* trova consacrazione all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali che, in quanto norma superiore di carattere vincolante, può servire come fondamento per sindacare la legittimità degli atti dell'Unione ove non siano stati redatti con la dovuta chiarezza.

---

<sup>506</sup> Così SIRACUSA, *Il transito del diritto penale cit.*, 794.

<sup>507</sup> CGCE, causa C-308/06, *Intertanko*.

<sup>508</sup> Cfr. FIANDACA, DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 71 ss.

<sup>509</sup> Determinante in tal senso, nel contesto europeo, la giurisprudenza della Corte EDU, per cui l'accessibilità e la prevedibilità della norma dipendono non solo l'intelligibilità della fonte formale ma anche dalla sua applicazione giudiziale; sul punto sia consentito rinviare a CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, C. eur. Dir. uomo, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia (n. 3), in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

Per quanto riguarda le direttive, va notato che se esse fossero precise quanto delle norme incriminatrici nazionali, non vi sarebbe alcuno spazio per la discrezionalità del legislatore domestico. Inoltre, tale precisione non sarebbe, a dire il vero, necessaria, dal momento che, come espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia, la sola direttiva (non recepita) non può costituire il fondamento di un'accusa penale. Dal momento che tali atti non sono direttamente applicabili ai singoli, il problema principale sembrerebbe risiedere nella fase di recepimento, dove spesso si usano tecniche, quale il mero rinvio o il "copia e incolla" che creano, questa volta sì, una potenzialmente pericolosa incertezza applicativa. Nondimeno, richiedendosi una certa precisione della formulazione già a livello europeo, la Corte di Giustizia<sup>510</sup> ha stabilito che il principio in parola si applica alle direttive, ma che la definizione precisa dei criteri di imputazione spetta al legislatore nazionale, così riconoscendo una divisione del lavoro e delle responsabilità tra i due.

Il problema della vaghezza delle definizioni si pone, in modo particolare, rispetto alle nozioni di parte generale, per le quali non esiste nessuna riferimento concettuale chiaro nel contesto europeo, e che si prestano quindi ad essere variamente interpretate a seconda della cultura giuridica nazionale; per quanto certi elementi costitutivi dell'illecito o categorie penalistiche possano essere similmente denominate, sarebbe illusorio che coincidano da un punto di vista sostanziale nei vari ordinamenti. Tant'è che la Corte nel citato caso *Intertanko*, se da un lato riconosce che l'ambiguità della locuzione "colpa grave" avrebbe potuto essere mitigata dalla definizione fornita a livello nazionale, finisce ugualmente per fornirne una propria<sup>511</sup>.

Va inoltre rimarcato che nel sistema penale accanto ai principi di garanzia troviamo anche principi di politica criminale, e che negli ultimi decenni si è acuita la tendenza a utilizzare questi ultimi come parametri che interagiscono con le categorie fondamentali dell'illecito penale<sup>512</sup>. Se anche sarebbe opportuno

---

<sup>510</sup> Sentenze *Intertanko* e *Advocaten voor de wereld* C-303/05, ECR I-3633).

<sup>511</sup> Cfr. PERISTERIDOU, *The principle of lex certa in national law and european perspectives*, in KLIP, *Substantive criminal law*, cit., 71 ss.

<sup>512</sup> Sul punto cfr. anche DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, 43, per cui negli ultimi anni il potere legislativo, tanto a livello



distinguere concettualmente i principi-garanzia dai principi-scopo, riconoscendo come tra loro si instauri naturalmente una certa tensione, va però notato come talvolta i due piani si confondano, e sotto un'unica etichetta si nascondano esigenze pragmatiche e fini *lato sensu* politici. A questo proposito può notarsi come nel caso *Spector photo group*, in materia di *insider dealing*, la Corte di Giustizia abbia statuito che “la piena conoscenza dei fatti” non era definizione da intendersi quale specificazione di un coefficiente soggettivo, in quanto l'*insider dealing* sarebbe una fattispecie che il legislatore europeo ha voluto definire in modo squisitamente oggettivo; a concludere altrimenti, infatti, sarebbe stato introdotto un elemento ulteriore che avrebbe potuto impedire una piena attuazione uniforme della normativa. Se ne ricava, non senza preoccupazione, che il principio di *lex certa* applicabile alla normativa europea assolve principalmente una funzione di effettiva applicazione del diritto dell'Unione e solo indirettamente – se non marginalmente – a scopi di tutela<sup>513</sup>.

Si ritiene tradizionalmente che la certezza del diritto sia un valore nelle democrazie costituzionali in quanto permetterebbe ai cittadini di vivere le loro vite in autonomia e in circostanze di mutua fiducia. Ma la leggerezza con la quale si tende oggi ad ammettere un certo annacquamento di principi fondamentali, come quello di *lex certa*, indurrebbe a ritenere che il fondamento della fiducia dei consociati vada cercato altrove; e le considerazioni svolte nel corso della trattazione indurrebbero a ritenere che sia proprio attraverso l'espansione e l'inasprimento del sistema penale che l'Unione intenda fornire la necessaria rassicurazione alla vita sociale.

Si può forse concludere che la legalità in Europa resta solo prevedibilità, perdendo le sue istanze democratiche, perché il contesto da un lato non riesce a trovare soluzioni veramente condivise e dall'altro prevalgono le esigenze di sicurezza ed effettività.

---

nazionale quanto sovranazionale, non esiterebbe a costruire prodotti di una legislazione “senza dogmatica”, e la politica criminale, anziché integrarsi a quest'ultima, sembra averla divorata senza nessuna base scientifica, né giuridica né extragiuridica, ma semmai “popolar-democratica” o “giudiziaria”.

<sup>513</sup>PERISTERIDOU, *The principle of lex certa in national law and european perspectives*, cit., 85-88.

## 1.2 Il principio di sussidiarietà

Parlare di sussidiarietà nel diritto penale europeo significa trattare ben due principi egualmente importanti: quello di necessità dell'intervento punitivo (c.d. *extrema ratio* del diritto penale), e quello di attribuzione delle competenze, tipico del diritto dell'Unione. I due principi, oltre che apprezzati singolarmente nella loro rilevanza, vanno inquadrati nella loro interazione potenzialmente problematica in termini di politica legislativa e criminale oltre che di ordine, *lato sensu*, costituzionale. L'attenzione alla sussidiarietà - e alla proporzionalità - è, dunque, particolarmente importante in materia penale, per evitare la superpenalizzazione. Ciononostante, nelle fonti primarie dell'Unione non risulta nessun chiaro riferimento al principio di *ultima ratio*, ed anzi sembra che laddove una competenza possa stabilirsi vi sia sempre più desiderio di esercitarla che di limitarne l'uso<sup>514</sup>.

Il principio di sussidiarietà è un principio generale del diritto europeo che serve a regolare il riparto di competenze tra l'Unione e gli Stati membri. Quando viene riferito al settore penalistico, il nucleo essenziale di tale principio si arricchisce tuttavia di contenuti ulteriori oltre a quelli tradizionali: all'obbligo di valutare la necessità di intervento, alla luce dell'inadeguatezza dei mezzi apprestati a livello nazionale per dare efficace attuazione alle politiche comunitarie (sussidiarietà *in senso stretto*), si aggiunge il dovere di calibrare l'iniziativa legislativa in rapporto sia al livello di tutela che si intende garantire al bene o all'interesse di volta in volta preso in considerazione (sussidiarietà congiunta al criterio di *extrema ratio*), sia alle caratteristiche del sistema sanzionatorio dei singoli ordinamenti penali nazionali (sussidiarietà congiunta al criterio di proporzione e di coerenza). Sicché, ove l'Unione scelga di adottare provvedimenti di armonizzazione dei diritti penali nazionali per dare piena efficacia alle proprie politiche, dovrà anche poter escludere che sussistano strumenti diversi e meno penetranti per conseguire lo scopo voluto (*ultima ratio*).

Una volta stabilita l'imprescindibilità dell'opzione penale, questa va inoltre commisurata all'entità delle lesioni che si intendono prevenire (*proporzione*) e al grado di tutela, nonché di severità delle sanzioni previsti a livello nazionale per offese di analoga natura (*coerenza*). Il principio di sussidiarietà europea «penale» è

---

<sup>514</sup>HERLIN-KARNELL, *The constitutional dimension of european criminal law*, Hart, 2012, 121.

pertanto incentrato sul tradizionale criterio dell'*effetto utile*, ma risulta più articolato rispetto alle modulazioni che generalmente presenta, quando incide su settori diversi dell'ordinamento. In ambito penalistico, la sussidiarietà opera infatti come un principio generale che ingloba in sé anche i giudizi di *extrema ratio*, di proporzione e di coerenza: dunque, un principio fondamentale di rilevanza penalistica che ha una matrice europea e che si arricchisce dell'apporto di principi fondamentali di derivazione spiccatamente nazionale<sup>515</sup>.

Il principio di sussidiarietà europea è stato sempre un punto fermo fin dalle origini della Comunità, e trova oggi espressa formulazione all'articolo 5 §3 del TUE,<sup>516</sup> che detta una regola di proporzionalità delle iniziative dell'Unione nei settori che non siano di sua esclusiva competenza. Purtroppo, però, la formulazione della disposizione non permette di prevedere con esattezza quando gli obiettivi di una certa azione non possano essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, e possano pertanto essere conseguiti meglio a livello di Unione.

L'incertezza dei limiti all'azione penale europea che deriva dall'indefinitezza di tale disposizione, unitamente alle vaghe indicazioni fornite dall'articolo 83 TFUE sulle competenze dell'Unione in materia, non può che destare preoccupazione<sup>517</sup>.

---

<sup>515</sup>SIRACUSA, *op. ult. cit.*, 795.

<sup>516</sup> Il quale recita: “*In virtù del principio di sussidiarietà, 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*”.

<sup>517</sup> I trattati prevedono, tuttavia, alcuni possibili freni alla potenzialmente incontrollata espansione del penale. In particolare, l'articolo 69 TFUE stabilisce che per le iniziative legislative dell'Unione per la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale i parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà conformemente al protocollo n°2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Tra le più importanti disposizioni di tale protocollo degni di nota sono l'articolo 6, che dà ai parlamenti nazionali la possibilità di lamentare la violazione dei suddetti principi inviando entro otto settimane un'opinione motivata, e l'articolo seguente, che stabilisce che un progetto normativo debba essere rivisto qualora un terzo dei parlamenti nazionali manifesti di non convergere su di esso. Un'altra risorsa a disposizione degli stati per la salvaguardia dei loro sistemi penali è prevista agli articoli 82 e 83 TFUE, nella parte in cui prevedono una procedura di emergenza per richiamare l'attenzione del Consiglio sulle riserve che un governo nutra su una norma processuale o sostanziale di origine comunitaria. Il limite della

Quello di sussidiarietà è un concetto piuttosto oscuro, e oltre a ciò difficilmente separabile da quello di proporzionalità; e, indipendentemente dall'individuazione delle sue coordinate teorico-dottrinali, va preso atto del fatto che non esiste – e non può esistere - nessun limite preciso alle competenze dell'Unione dal punto di vista della sussidiarietà, giacché, secondo l'evoluzione della realtà politica, ogni limite legale che possa formularsi è destinato a essere mutevole<sup>518</sup>.

Il principio ha senz'altro una forte valenza politica, giacché le scelte di intervento dell'Unione non possono che poggiare su valutazioni di impatto sul sistema normativo degli atti di volta in volta adottati, che necessariamente coinvolgono un sapere non solo giuridico, ma anche economico e sociologico. Cionondimeno, ha certamente anche carattere giuridico, se non altro perché trova espressa menzione nei Trattati, accanto ai principi di attribuzione e di proporzionalità, e può essere analizzato anche valutando l'atteggiamento della Corte di Giustizia, pur mancando, a tutt'oggi, qualsiasi pronuncia di annullamento per violazione del principio.

In proposito, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, possono distinguersi due fasi. In un primo momento, un certo *self restraint* ha fatto nutrire dubbi sulla giustiziabilità del principio: la Corte ha, infatti, sostanzialmente rifiutato di affrontare la questione, ritenendo che intervenendo avrebbe indebitamente sconfinato nel campo della discrezionalità politica del legislatore europeo. Il protocollo introdotto nel 1999 ha, però, cambiato la prospettiva, contenendo norme più precise e maggiormente suscettibili di applicazione giudiziale. Con due sentenze in particolare, relative alla c.d. "guerra del tabacco", il giudice europeo ha affermato la necessità di valutare le ragioni per le quali l'intervento a livello europeo debba ritenersi più adatto per la realizzazione dell'obiettivo, precisando che una legislazione molto disomogenea nello spazio europeo potrebbe compromettere la libera circolazione dei prodotti, e assorbendo in questo

---

procedura speciale è però che, pur consentendo al singolo paese di bloccare l'applicazione generale di una norma, non impedisce un'eventuale cooperazione rafforzata tra gli altri, che metterebbe, altresì, in dubbio quelle pretese di comunanza di valori e principi che giustificano l'armonizzazione europea in materia penale.

<sup>518</sup>HERLIN-KARNELL, *op. ult. cit.*, 111 e 115.

argomento anche quello relativo all'insufficienza dell'azione locale<sup>519</sup>. Pur potendosi salutare positivamente le indicazioni fornite dalla Corte, lascia perplessi che l'enfasi sulla maggiore idoneità dell'azione europea abbia assorbito il parametro dell'insufficienza dell'azione locale, che richiederebbe invece un'altrettanto compiuta dimostrazione per evitare il rischio di tautologia<sup>520</sup>.

Ulteriori novità sembrano profilarsi col Trattato di Lisbona, che ha, tra l'altro, modificato il protocollo sul principio di sussidiarietà, arricchendolo di una procedimentalizzazione delle valutazioni d'impatto delle nuove norme europee che responsabilizzano maggiormente le Istituzioni e coinvolgono di più i parlamenti nazionali nel controllo sulla sussidiarietà in fase ascendente. Resta però il dubbio sulle reali possibilità per la Corte di sindacare il rispetto del principio, e, ove ciò possa avvenire, se il controllo debba limitarsi alla verifica del rispetto delle procedure, senza spingersi a valutare la congruità delle motivazioni e, quindi, l'opportunità e il merito dei provvedimenti.

Il problema si pone in quanto le valutazioni sulla scelta del livello di governo più adatto non hanno natura soltanto giuridica. Se bastasse una disomogeneità normativa a giustificare un intervento di armonizzazione o ravvicinamento, la valutazione sulla necessità di un intervento a livello europeo si risolverebbe sempre in una tautologia, specie nelle materie che, pur formalmente attribuite ad una potestà normativa concorrente, presentano una dimensione sostanzialmente transnazionale, come ad esempio, in materia penale, la lotta alla criminalità informatica<sup>521</sup>. Ciò porta a chiedersi se, in un mondo sempre più globalizzato, non

---

<sup>519</sup> Per approfondimenti cfr. MOLINAROLLI, *Spunti problematici in materia di sussidiarietà europea*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

<sup>520</sup> Ritiene che non vi sia alcun controllo scrupoloso da parte della Corte di Giustizia, essendo il principio di necessità di difficile verifica, a causa di una ritenuta efficacia che lo svuota di contenuto e che, combinata alla virtù simboliche, fa del diritto penale, uno strumento non di soccorso ma di rinforzo, ZEROUKI-COTTIN, *La directive : nouvelle loi pénale?*, cit., 73-86; sul punto v. anche VAN DE KERCHOVE, *Le principe de subsidiarité*, in GIUDICELLI-DELAGE, LAZERGES, *Le droit pénal au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparée, Paris, 2012, p. 45 e PIN, *Subsidiarité versus efficacité*, *ibidem*, 50.

<sup>521</sup> Leggendo i *considerando* della direttiva 2013/40/UE, notiamo che essa si legittima in modo autoevidente. Quando si afferma, ad esempio, che “*i sistemi di informazione sono un elemento chiave dell'interazione politica, sociale ed economica nell'Unione*”, che il loro “*buon funzionamento*” e la loro

sia la stessa dimensione globale di alcune forme criminose a far ritenere *ipso facto* raggiunta la prova della necessità dell'intervento dell'Unione. E peraltro, parlare di *competenze* e *materie* potrebbe non essere il modo più adatto ad affrontare il problema in relazione al diritto penale. Questo, infatti, difficilmente si presta ad essere considerato una "materia" alla stregua della concorrenza, rappresentando più che altro uno strumento, un modo di disciplina<sup>522</sup>, con la conseguenza che appare particolarmente difficile applicarvi lo stesso apparato concettuale che presiede alla distribuzione delle altre competenze, e così anche il ragionamento sulla sussidiarietà diviene evanescente<sup>523</sup>.

Per la sua caratterizzazione sostanziale, nonché per le problematiche che pone in termini di giustiziabilità, molti ritengono che il principio di sussidiarietà non sia

---

"sicurezza" sono "fondamentali per lo sviluppo del mercato interno e di un'economia competitiva e innovativa" o, ancora, che "gli attacchi ai danni dei sistemi di informazione ... sono una minaccia crescente a livello di Unione e mondiale", costituendo una minaccia per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si compiono valutazioni che appaiono condivisibili nel merito. Quando però si legge, subito dopo e in ragione di tali considerazioni, che *proprio per questo* è necessaria una risposta a livello di Unione, ci si accorge della mancanza di rigore argomentativo.

<sup>522</sup> In tal senso già BRICOLA, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle regioni*, in *Sc. pos.*, 1963, 649; con speciale riferimento al diritto penale comunitario cfr. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario cit.*, 89 ss.; nella giurisprudenza costituzionale questa posizione è stata assunta già da Corte Costituzionale, 11 maggio 1977, n. 79, in *Giur. Cost.*, 1977, I, 683; da ultimo, in modo ancora più espresso, v. Corte Costituzionale, 4 maggio 2005, n. 172, reperibile all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>, che ha definito la materia penale "l'insieme dei beni e dei valori ai quali viene accordata la tutela più intensa, che non è di regola determinabile a priori", precisando come essa nasca "nel momento in cui il legislatore nazionale pone incriminatrici e ciò può avvenire in qualsiasi settore, a prescindere dal riparto di attribuzioni legislative tra lo Stato e le Regioni". Quella penale è, infatti, "una competenza dello Stato strumentale, potenzialmente incidente nei più diversi ambiti materiali ed anche in quelli compresi nelle potestà legislative esclusive, concorrenti o residuali delle Regioni".

<sup>523</sup> Naturalmente, tra il primo e il secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE sono ravvisabili, sotto questo profilo, sensibili differenze. Mentre nel primo caso vi è un'opportuna delimitazione oggettiva delle sfere di intervento, attraverso la definizione dei settori stessi (avvicinandosi maggiormente al concetto di "materia"), nel secondo vi sarebbe un approccio fin troppo elastico. Stando alla lettera dell'art. 83 §2 TFUE: sembra che qui, ad essere indispensabile, non debba essere tanto l'intervento, quanto il ravvicinamento delle disposizioni, come dimostra il riferimento alla base extra-penale già armonizzata quale presupposto dell'intervento stesso: la "materia" oggetto di competenza europea, quindi, non è tanto il diritto penale, ma quella già fatta oggetto di armonizzazione.

uno strumento capace di operare un'adeguata selezione nella produzione di norme penali a livello europeo<sup>524</sup>, e che questo compito sarebbe meglio assolto da altri principi, come quello di proporzionalità.

I vari contrappesi del principio di sussidiarietà non elidono la possibilità che in alcuni casi ciò che dal punto di vista interno agli ordinamenti nazionali sembra meritevole soltanto di una tutela di tipo amministrativo possa risultare privo di un'adeguata protezione a livello sovranazionale e giustificare pertanto l'intervento in via sussidiaria di obblighi di incriminazione penale in sede europea. Sennonché un rischio di questo genere è conseguenza quasi inevitabile della natura valutativa del principio di sussidiarietà e della sua vocazione sostanzialmente politico-criminale. Del resto, anche a livello interno, la sussidiarietà stenta ad operare in perfetta conformità ai criteri logico-formali da tempo suggeriti in dottrina, dato che ogni opzione penale reca con sé una cifra politica incancellabile.

Un qualche ruolo potrebbe essere svolto da uno stretto ancoraggio della sanzione penale alla funzione di prevenzione generale positiva e negativa. La valorizzazione dei fondamenti teorici della pena servirebbe infatti a contenere eventuali tendenze all'ipercriminalizzazione in tutti i casi in cui l'efficacia generalpreventiva della risposta sanzionatoria garantita a livello nazionale dal ricorso a misure punitive di tipo amministrativo facesse apparire superflua la predisposizione di obblighi di incriminazione. Ma forse né questa soluzione, né rendere più stringente il collegamento tra il principio di sussidiarietà ed i principi di proporzione e di *extrema ratio*, potrebbe eliminare la discrezionalità delle scelte politico-criminali del legislatore europeo, data la variabilità degli indicatori da utilizzare per la determinazione della gravità dei fatti da punire (entità del danno, livello di colpevolezza, realizzazione monosoggettiva o pluri-soggettiva etc.) e considerato il potenziale conflitto che potrebbe innescarsi tra il divieto di incriminare condotte

---

<sup>524</sup>Così BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione*, cit., 43- 78, secondo cui esso «rischia di oscillare tra due estremi ugualmente insoddisfacenti: il primo implicante effettivi e severi test empirici di indispensabilità di ogni norma europea di armonizzazione penale, invero di difficile elaborazione, realizzazione e valutazione; il secondo rassegnato ad una giustiziabilità circoscritta, a tutto concedere, ai casi più eclatanti di non indispensabilità dell'intervento dell'Unione in materia penale».

non particolarmente gravi e la valorizzazione della funzione general-preventiva del diritto penale<sup>525</sup>.

Il principio di sussidiarietà del diritto penale, inteso come necessità dell'intervento punitivo viene considerato, in ambito sovranazionale, quale espressione del più generale principio di proporzione e serve a valutare se un intervento dello Stato, ad esempio sotto forma di sanzione incidente su un diritto fondamentale, sia arbitrario, costituendo così una violazione del diritto stesso. La Corte Europea dei diritti dell'Uomo lo ha perciò considerato come un principio generale di diritto, sovracostituzionale e per questo applicabile anche nel campo dei diritti dell'Uomo. Così, essendo stato tenuto in buona considerazione anche dalla Corte di Giustizia, è infine confluito nella Carta dei diritti fondamentali, all'articolo 51.

Verificata l'irrinunciabilità del principio di sussidiarietà in entrambe le sue accezioni, non possiamo che concludere che l'intervento penale sul piano europeo debba ispirarsi ad un criterio di *doppia sussidiarietà*, sia rispetto alle competenze e alle rispettive possibilità di successo di Unione e Stati membri nella lotta a determinati fenomeni, sia rispetto alla reale necessità di impiegare l'arma penale.

Una visione garantista del diritto penale imporrebbe di procedere in linea col principio di sussidiarietà nel senso dell'effettività della risposta penale<sup>526</sup>. Tale principio va correttamente inteso non solo in termini di ricerca di misure punitive alternative alla sanzioni penale, ma orientato verso la ricerca di interventi, sostitutivi alla stessa giustizia criminale. Giustificare il fondamento dell'ampliamento dell'ambito del penalmente rilevante sull'esiguità dei risultati raggiunti, proprio nel settore dell'ambiente, con l'adozione di pene diverse da quelle detentive è segno di un atteggiamento autopoietico del sistema penale che dà per verificata un'impostazione che necessita, invece, di precisi riscontri

---

<sup>525</sup>In un'ottica di prevenzione generale potrebbe infatti apparire legittima anche l'incriminazione di fatti non pienamente corrispondenti ai requisiti di gravità prescelti, come nota SIRACUSA, *Il transito del diritto penale cit.*, 802 ss.

<sup>526</sup> Il carattere sussidiario del diritto penale, esprime, appunto, l'idea che il ricorso alla sanzione penale oltre che necessario, dev'essere conforme allo scopo, in tal senso cfr.. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2006, p. 41. Il principio di sussidiarietà, così, inteso, come espressione dell'*extrema ratio* del diritto penale e come conformità allo scopo, costituisce un aspetto particolare del più generale principio di proporzione, che rende ammissibile la restrizione dei diritti del singolo individuo solo nei casi di stretta necessità.



empirici. Così, proprio richiamando l'opzione di sussidiarietà se ne segna, nella realtà, il suo svuotamento. Sul piano politico-criminale, invece, l'aspetto più significativo della sussidiarietà starebbe nella effettività dell'intervento, ma ciò presuppone che all'opzione di sussidiarietà venga data concreta attuazione. Ma solo dopo aver predisposto misure di contrasto diverse da quelle penalistiche, e dopo aver verificato fenomenologicamente l'insufficienza di tali misure, si giustifica il ricorso al sistema penale.

### 1.3I diversi principi di proporzionalità

Il principio di proporzionalità si declina in molti modi, giacché sotto questa etichetta sono ricondotti principi molto diversi tra loro, sia per elaborazione che per ratio giustificatrice<sup>527</sup>. Abbiamo, anzitutto, un principio di *proporzionalità materiale*, di conio marcatamente utilitaristico, nato e sviluppatosi come principio non scritto ad opera della Corte di Giustizia che, sulla base del modello tedesco, ha elaborato una raffinata giurisprudenza di controllo degli atti nazionali interferenti con il diritto comunitario, tendente, nel suo nucleo essenziale, a valutare il rispetto della proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli scopi perseguiti e, segnatamente, la proporzionalità della pena. A questo va affiancato un *principio di necessità della pena*, corollario del primo principio perché, sul filo della costruzione tedesca costituisce il secondo polo dei tre snodi del test di proporzionalità (idoneità, necessità e proporzione in senso stretto), nonché suo postulato di tipo assiologico<sup>528</sup>, per cui il rapporto tra necessità e proporzione è invertito rispetto alla tradizione tedesca: assumendo il diritto penale, come tecnica di controllo sociale fondata sulla punizione, di per sé lesivo dei beni fondamentali della persona, posti al gradino più alto anche nella gerarchia di valori propria dell'Unione europea, la pena potrà essere utilizzata solo quando assolutamente necessaria a proteggere gli interessi in

---

<sup>527</sup> Come evidenzia SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2012, p. 111-122.

<sup>528</sup> Le cui radici vanno ricercate nell'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che recita: «*La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*».

gioco, ovvero quando sia *extrema ratio*. Questa prima coppia di principi trova un richiamo espresso all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali, che lega i principi del giusto (*extrema ratio*) e dell'utile (proporzione-necessità della pena in senso utilitarista), che costituiscono i due elementi su cui poggia la legittimazione nell'uso della pena, combinandoli tra loro per tracciarne condizioni e limiti, poiché, isolati l'uno dall'altro, «*il giusto e l'utile condurrebbero a delle conseguenze ugualmente pericolose*»<sup>529</sup>.

Il Trattato di Lisbona sembra avere affiancato altri due principi a questi ora analizzati. Da una parte, un principio di *proporzionalità formale*, di ispirazione retribuzionistica, iscritto, sempre in funzione di garanzia, all'art. 49, 3° co. della Carta dei diritti fondamentali, per cui l'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato; dall'altra, un principio europeo di necessità della pena, declinato in chiave di *indispensabilità*<sup>530</sup>, e che sembra essere la specificazione del generale principio di proporzionalità/necessità di attribuzione di competenza posto al quarto comma dell'art. 5 TUE<sup>531</sup> per quanto riguarda la produzione di atti comunitari rilevanti in materia penale.

Seppure ci si aspetterebbe che il raddoppio dei principi comporti un raddoppio della protezione e delle garanzie, sembra tuttavia che alcune scelte di criminalizzazione adottate dall'Unione prestino il fianco a critiche sia rispetto all'idea del diritto penale come *extrema ratio* sia rispetto alla valutazione utilitaristica di proporzione/necessità in senso materiale. In questo senso, può ritenersi che i nuovi principi, piuttosto che affiancarsi ai vecchi, ne abbiano preso il posto, e non in funzione di garanzia del *favor libertatis*, quanto in funzione di regolazione e degli obblighi europei di penalizzazione<sup>532</sup>.

---

<sup>529</sup> Così GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerousité - Droit pénal de l'ennemi*, in *Rev. sc. crim.*, 2010, 69.

<sup>530</sup> Tale principio di necessità/indispensabilità è posto all'art. 83 §2 TFUE dove è prescritto che «(A)llorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione (...), norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive».

<sup>531</sup> Che recita: «In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati».

<sup>532</sup> Così SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena cit.*, 111-122

A ben vedere, quindi, sono i diversi connotati ideologici di riferimento a riempire di contenuto l'idea di proporzione e a determinarne la funzione. Nella prospettiva retributiva, l'idea della proporzione tra reato e pena evoca un giudizio di razionalità formale sulla coerenza interna nell'uso della pena, assimilabile, sul piano del metodo, al principio di uguaglianza. Nella prospettiva utilitarista, invece, la proporzione evoca un giudizio di adeguatezza del mezzo al perseguimento dello scopo, assimilabile agli altri standard di razionalità materiale come l'effettività, l'adeguatezza e la ragionevolezza: in questo caso la proporzione evoca un parametro di razionalità materiale da impiegarsi in un procedimento di bilanciamento, facendo appello a saperi esterni e a valutazioni di impatto; qui gli argomenti di tipo formale sono marginali, e il giudizio prescinde da criteri di coerenza interna. Il principio di proporzione/necessità elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia appartiene evidentemente al secondo tipo: è un tipico canone di razionalità materiale di valutazione del rapporto di adeguatezza tra mezzi e scopi: la natura duttile, la possibilità di fare a meno del *tertium comparationis* e la sua logica combinatoriale rendono perfetto per effettuare una valutazione di tipo esterno<sup>533</sup>. Il campo tipico di applicazione e di evoluzione di questo principio di proporzionalità è il conflitto tra una libertà comunitaria e una norma penale interna che frustra quella libertà: nei casi in cui la Corte ritiene legittimo l'interesse nazionale che fonda la misura restrittiva, il principio di proporzione/necessità finisce per denunciare che il controinteresse nazionale, per quanto legittimo, è tuttavia tutelato in modo sproporzionato e, quando la misura restrittiva nazionale è di tipo penale, questo giudizio si traduce in un giudizio di proporzionalità materiale sul diritto penale<sup>534</sup>.

In modo analogo il principio europeo di proporzionalità materiale, una volta appurato che vi è una restrizione da parte di una norma penale nazionale e che essa persegua un fine legittimo, deve superare un'analoga serie di *test* di

---

<sup>533</sup>Così MANACORDA, *Le contrôle des clauses d'ordre public. La « logique combinatoire » de l'encadrement du droit pénal* in GIUDICELLI-DELAGE, MANACORDA, *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, Parigi, 2010, 57 ss.

<sup>534</sup>Questo schema decisorio richiama da vicino quello elaborato dalla giurisprudenza tedesca, secondo cui il giudizio di proporzione si snoda, come accennato, nei canoni della idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto.

bilanciamento. Questo ragionamento appare molto interessante sul piano del metodo in quanto la Corte di giustizia, nello svilupparlo, fa scienza penale integrata con largo uso di valutazioni di impatto e conoscenze extragiuridiche: a volte la Corte considera sproporzionate le norme penali nazionali perché *inidonee* a tutelare gli obiettivi dell'Unione che, in quanto tale, sarebbe un legittimo controinteresse alla libertà comunitaria: qui il problema riguarda l'idoneità di un precetto, comunque sanzionato, e non trova una peculiarità nel fatto che il divieto nazionale sia di tipo penale<sup>535</sup>; altre volte la Corte considera la norma penalerestrittiva della libertà comunitaria sproporzionata perché non necessaria, pur essendo di per sé astrattamente idonea a tutelare un legittimo controinteresse, prendendo in considerazione, questa volta, proprio la natura penale della norma nazionale. Così facendo la Corte per un verso assume come postulato l'idea del diritto penale come *extrema ratio* e, per altro verso, costruisce un giudizio di necessità di pena di tipo utilitaristico, facendo uso di conoscenze esterne al diritto<sup>536</sup>. Altre volte, la chiave del ragionamento della Corte è il giudizio di proporzionalità in senso stretto, il cui aspetto caratteristico è un uso molto approfondito del bilanciamento<sup>537</sup>. Con questa giurisprudenza la Corte sembra

---

<sup>535</sup> Come esempio si consideri Corte di giustizia, 10 aprile 2008, Commissione c. Portogallo, C-265/06, in particolare §§ 40 e 45, in cui la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sul divieto portoghese di importazione di pellicole colorate per i vetri delle macchine, fondato sulla esigenza di tutela della sicurezza stradale, non nega la legittimità dello scopo perseguito, ma ritiene la misura *sproporzionata* al perseguimento dello scopo; altro esempio è il famoso caso *Cassis de Dijon*, Corte di giustizia, 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG C/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* C-120/78, in cui era stata giudicata inidonea alla scopo di proteggere la salute dei consumatori la regolamentazione tedesca concernente le prescrizioni relative al contenuto minimo di alcol per le bevande da introdursi sul mercato tedesco.

<sup>536</sup> Si veda, ad es., Corte di Giustizia, sent. 14 luglio 1988, *Proc. pén. c/Zoni*, C-90/86, con cui la Corte riconosce che la tutela dei coltivatori di grano duro di una zona economicamente depressa è scopo di per sé è legittimo, ma contesta l'uso della sanzione penale invece di mezzi meno invasivi.

<sup>537</sup> Un tipico settore di applicazione sono le misure di espulsione degli stranieri, comunitari e extracomunitari, dove la Corte ha dichiarato non proporzionati i provvedimenti di espulsione fondati esclusivamente su ragioni di prevenzione generale, ma che al contrario si sarebbero dovute valutare le specifiche circostanze oggettive e soggettive del caso, bilanciandole con le esigenze di ordine pubblico: v. ad esempio Corte di giustizia, sent. 19 gennaio 1999, C-348/96 *Calfa*; 10

avere costruito un nucleo estremamente avanzato di proporzione-colpevolezza come limite alle esigenze generalpreventive, in cui sembrano trovare debita considerazione sia le preoccupazioni utilitariste che le istanze retribuzioniste.

Tuttavia, queste caratteristiche del principio europeo di proporzionalità/necessità materiale, emerse a partire da un uso avveduto di un metodo di valutazione empirica, sono molto legate al contesto in cui sono sorte, ovvero il controllo di proporzionalità e necessità delle norme penali nazionali che effettuano una restrizione ad una libertà comunitaria, in cui vige una presunzione di difformità della sanzione penale, e la misura restrittiva va considerata illegittima tranne nei casi in cui si riveli proporzionata, al contrario di quanto avviene con il controllo nazionale di costituzionalità, in cui la pena è legittima tranne nei casi in cui sia sproporzionata. Pertanto risulta difficile immaginare che tale metodo possa essere impiegato per il controllo degli atti del diritto derivato dell'Unione europea e delle norme penali nazionali di attuazione degli obblighi di criminalizzazione per cui il giudizio di necessità di pena sia già stato svolto dal legislatore di Bruxelles. Altre devono essere, perciò, le basi sulle quali giudicare le scelte europee di penalizzazione. Per quanto riguarda la valutazione di proporzionalità degli obblighi di tutela penale posti con direttive, si potrebbe fare riferimento al principio posto a chiusura dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, secondo cui “(L)'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato”. Ma a ben vedere si tratta di un principio di stampo retribuzionistico, che tesse una relazione tra la gravità del reato e le pene inflitte, in base ad uno schema di razionalità formale. Inoltre, per giudicare in modo formale la proporzionalità tra la gravità del reato e le pene inflitte, bisognerebbe aver chiara la gerarchia degli interessi in gioco, la scala di pene, e l'ideologia della pena alla luce della quale valutare la gravità del reato. Tre riferimenti ancora troppo poco chiari nel contesto dell'Unione<sup>538</sup>. Con il nuovo

---

febbraio 2000, C-347/97 *Nazli e altri*; e 19 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01 *Orfanopoulos e altri*.

<sup>538</sup>SOTIS, *op. ult. cit.*, suggerisce che l'Unione abbia almeno il riferimento ad una scala di interessi grazie alla Carta dei diritti fondamentali, che posne al centro la persona e la sua dignità. Secondo questa impostazione, si potrebbe ritenere, ad esempio, che l'omicidio sia più grave della truffa; e, tuttavia, in prospettiva europea anche questa affermazione è tutt'altro che ovvia, soprattutto se dovesse emergere un nucleo di diritto penale europeo a partire dai “reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”, come recita il secondo comma dell'art. 86 TFUE. Gli interessi finanziari,

Trattato, infatti, l'Unione ha finalmente la potestà a formulare un giudizio astratto di necessità di pena, ma non ancora lo *jus puniendi*<sup>539</sup>, cioè la capacità di costruire un sistema di pene. La Corte di giustizia non potrà quindi ritenere una certa pena formalmente sproporzionata, non avendo alcun riferimento in tal senso, né potendo cercare *untertium comparationis* nelle pene inflitte a livello nazionale, dal momento che non esiste alcuno standard comune. Inoltre, anche se si superasse questo ostacolo, la Corte di giustizia incontrerebbe un'ulteriore difficoltà nel valutare gli atti di diritto europeo e i relativi atti nazionali alla luce del giudizio di proporzionalità formale previsto all'art. 49, co. 3° della Carta, in mancanza di chiari riferimenti ideologico-costituzionali attraverso cui stabilire la gravità dei reati. Sembra, pertanto, che né il principio di proporzionalità formale ex art. 49.3 della Carta né il principio di proporzionalità/necessità *materiale* sviluppato relativamente alla valutazione esterna delle norme penali nazionali in collisione con una libertà comunitaria possano trovare applicazione nella valutazione della legittimità degli obblighi europei di criminalizzazione. L'unico principio che, sembra, possa permettere di vigilare sugli atti con cui l'Unione europea esprimerà le sue richieste di penalizzazione è il principio di necessità/indispensabilità di pena che l'art. 83 §2 TFUE pone quale metro per la legittimità dell'esercizio della c.d. competenza penale indiretta all'Unione europea. Questo principio, di stampo utilitaristico, assolve a una duplice funzione, di garanzia e di ripartizione delle competenze, e si pone in termini di specialità rispetto al principio di proporzione/necessità sancito all'art. 5 TUE, poiché limita e, al tempo stesso, attribuisce all'Unione la competenza a emettere obblighi di tutela penale con direttive qualora si rivelino indispensabili. Ciò significa che assolve una funzione di legittimazione *positivae* non *negativa*, per cui, se una norma rispetta questo canone di indispensabilità di pena, allora l'Unione sarà per ciò solo tenuta a chiedere la pena. Tuttavia, non è affatto certo che questa clausola di indispensabilità sia idonea a garantire al diritto penale quel carattere di strumento

---

sono beni dalla cui tutela dipende l'esistenza dell'Unione e questa loro caratteristica esistenziale cambia il rango dei beni in gioco rispetto alle scale di valori nazionali, e, di conseguenza, modifica anche i termini di un eventuale giudizio di proporzione

<sup>539</sup>Sul punto v. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea* in *Cass. pen.*, 2010, 326.

sussidiario di protezione dei beni giuridici. Il giudizio di necessità o indispensabilità richiesto dall'art. 83 TFUE, infatti, registra uno slittamento del termine di riferimento dell'indispensabilità: non la tutela del bene giuridico, ma l'attuazione efficace di una politica dell'Unione. In questo modo cambia radicalmente il tipo di giudizio a cui è subordinato l'intervento penale poiché una norma incriminatrice può a buon diritto essere perfettamente idonea a difendere la tenuta complessiva di un impianto normativo, ma, al contempo, essere del tutto idonea a proteggere il bene giuridico tutelato. Stabilire che nei casi di maggiore gravità occorre reagire con la pena significa delineare la scala dei valori in gioco e rafforzare in generale la politica normativa: viene tutelata, per l'appunto, la norma. Se, invece, ci riferiamo non più alla tutela della norma, ma a quella del bene giuridico sottostante, le cose cambiano radicalmente, giacché per molti beni superindividuali – che occupano posizioni centrali tra gli interessi dell'Unione – considerata l'incapacità di sanzioni penali arroccate sull'evento di danno a poter fungere da baluardo a difesa del bene ambiente, norme siffatte, non possono certo essere considerate necessarie né tantomeno indispensabili. Ecco che, dunque, sono i “nuovi” principi, introdotti con Lisbona della proporzionalità formale e dell'indispensabilità/necessità della pena a garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione - e non alla protezione efficace del bene giuridico - ad avere neutralizzato il principio di proporzionalità/necessità materiale e a rendere quindi possibile prevedere in modo non proporzionato e non necessario l'uso della pena. Risulta di fondamentale importanza anche chiarire la relazione che intercorre tra i principi di colpevolezza e di proporzionalità, giacché, per alcuni, i due principi sarebbero sostanzialmente sovrapponibili; ma, qualora si volesse aprire alla sostituzione del principio di colpevolezza con quello di proporzionalità, si dovrebbero verificare somiglianze e differenze tra i due. Sembra più corretto riconoscere che il principio di colpevolezza è, attualmente, più rigorosamente definito del principio di proporzionalità, che, al contrario, si limiterebbe ad apporre solo dei confini esterni alla valutazione della responsabilità penale, determinando la sola esclusione di quanto appaia sproporzionato. Per cui, sostituire il principio di proporzionalità al principio di colpevolezza significherebbe affidare ad un concetto dai contorni imprecisati, ovvero alla cd.

proporzionalità in senso stretto, un compito eccessivamente oneroso, che sembra dubbio possa assolvere<sup>540</sup>.

Scomponendo la colpevolezza in “sottoprincipi”, ci accorgiamo di come la sostituzione dello stesso con il principio di proporzionalità lascerebbe “scoperto” almeno uno di questi. Al principio di proporzionalità potrebbero infatti essere ricondotti i corollari del principio di colpevolezza che riguardano la questione del *quantum* di pena: da una parte il concetto in base al quale è inammissibile una pena al di sopra della misura della colpevolezza, ovvero il divieto di superamento della colpevolezza; dall'altra, quello in base al quale la pena non può tendenzialmente risultare inferiore alla misura della colpevolezza (che potrebbe anche ricollegarsi al compito statale della effettiva tutela dei diritti e delle libertà). Ma non può dirsi lo stesso per il principio *nulla poena sine culpa*, che costituisce, invero, il cuore del principio di colpevolezza, per cui chi non ha agito colpevolmente non può essere punito. Tale assunto si ricava dalla centralità della dignità umana, punto di partenza per il riconoscimento del principio di colpevolezza come principio costituzionale europeo, che impedisce altresì la creazione di un diritto penale “d'autore” o la determinazione delle pene sulla sola base della personalità del reo<sup>541</sup>, come confermato dalla giurisprudenza CEDU<sup>542</sup> e dalla Corte di Giustizia<sup>543</sup>.

L'infungibilità dei due principi può constatarsi anche prendendo in considerazione le diverse declinazioni della proporzionalità, giacché la sostituzione della colpevolezza con quest'ultima porrebbe problemi sia se si utilizzi il principio di proporzionalità in senso ampio quale principio-guida per la commisurazione della pena, sia se lo si intenda quale principio regolatore del giudizio di legittimità costituzionale delle pene. In chiave special-preventiva, infatti, mancherebbe del tutto una conoscenza empirica sufficiente ad individuare il *quantum* di pena

---

<sup>540</sup> Così FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3-4 2014, 165.

<sup>541</sup> Così DEMETRIO CRESPO, *El principio de culpabilidad: un derecho fundamental en la union europea?*, in DIEZ-PICAZO, NIETO MARTIN, *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Thomson Reuters, 2010, 377-390.

<sup>542</sup> V. sent. CtEDU, *Salabiaku*; in generale, per la Corte di Strasburgo, la responsabilità penale deve essere individuale, soggettiva, legata al fatto e personale.

<sup>543</sup> V. sent. CGCE *Hansen*.



necessario ad impedire che il condannato commetta altri reati in futuro - e quindi una base solida per il giudizio di proporzionalità in senso stretto- e ancora più significativo sarebbe il fallimento della idoneità e necessità, propri del giudizio di proporzionalità, nella determinazione della pena commisurata alla colpevolezza. Il *quantum* di pena adeguato e necessario a compensare la colpevolezza dell'agente, infatti, non può essere individuato servendosi di dati empirici. In ottica general-preventiva, invece, a prima vista la valenza finalistica del principio di proporzionalità sembrerebbe alquanto pertinente, trattandosi di fondare o consolidare determinati atteggiamenti interiori quali la fiducia dei consociati nella legge, il consolidamento di una determinata coscienza giuridico-sociale, o determinare una vera e propria coazione psicologica". Ma la questione su cosa sia idoneo e necessario al fine di far insorgere o consolidare suddetti orientamenti interiori è, in fondo, un problema di tipo empirico; e, indipendentemente dalla vaghezza stessa delle dette condizioni psicologiche, ciò che manca è anzitutto una significativa conoscenza empirica che permetta di individuare il *quantum* di pena idoneo e necessario a fondare o consolidare, rispetto ad una popolazione eterogenea di individui, determinati atteggiamenti interiori.

Appurato che, per la commisurazione della pena in funzione general-preventiva, i requisiti dell'idoneità e della necessità non sono utilizzabili, i contenuti del principio di proporzionalità in senso ampio sembrano ridursi a quelli della proporzionalità in senso stretto. Attraverso questa si dovrebbe non solo rispondere alla domanda sul *se* la pena, quale intromissione nei diritti della persona, stia in un rapporto ragionevole con tale intromissione, e quali scopi la stessa debba permettere i raggiungere, ma si dovrebbe anche valutare l'adeguatezza del rapporto tra la pena e il fatto commesso, rendendo tale proporzione compatibile con i principi costituzionali, e in particolare con il canone della ragionevolezza. A ben vedere, si tratterebbe proprio del ruolo svolto fino ad ora dalla colpevolezza, utilizzando però la terminologia della proporzionalità. E però, accettando che al principio di proporzionalità spetti tale doppia funzione, bisogna chiedersi se abbia senso lasciare svolgere al solo principio di proporzionalità ciò che fino ad ora veniva svolto dalla combinazione

tra principio di colpevolezza e principio di proporzionalità. Pur intersecandosi, infatti, i due principi mirano alla risoluzione di problematiche diverse<sup>544</sup>.

Nel quadro del principio di proporzionalità in senso ampio si deve verificare non solo l' idoneità e la necessità, ma anche – attraverso il passaggio ad un giudizio valutativo rivolto non più ad uno scopo, ma ad un valore – la proporzionalità in senso stretto. Quella misura da adottare deve apparire opportuna anche rispetto al rapporto tra il mezzo scelto per raggiungere gli obiettivi prefissati e la lesione dei diritti che ne deriva. Al contrario, nel rapporto tra pena e colpevolezza del reo nella cornice edittale, viene in gioco, invece, una proporzionalità di tipo deontologico, basata su un giudizio valutativo orientato ai valori, per cui pena e colpevolezza devono trovarsi esattamente in quel rapporto per il quale, secondo la concezione di valori e giustizia, la prima rifletta esattamente la misura della seconda, apparendo così meritata. La colpevolezza, quindi, si rapporterebbe al principio di proporzionalità in senso ampio (pena commisurata al fatto) e rappresenterebbe inoltre un limite invalicabile allo *jus puniendi*, metro dello stato di diritto tanto nella sua funzione di categoria dogmatica quanto in quella di commisurazione della pena<sup>545</sup>. Ma solo la giustapposizione dei due principi consentirebbe di risolvere le problematiche su esposte in modo equilibrato e prendendo in considerazione tutte le esigenze concorrenti<sup>546</sup>.

#### 1.4 Il principio di *extrema ratio*

Il principio di *extrema ratio* è certamente centrale nel discorso penalistico, sebbene non vi sia univoca interpretazione dello stesso né, tantomeno, un atteggiamento costante rispetto alla sua applicazione. La dottrina tedesca lo ha talvolta ritenuto una direttiva politico-criminale più che un dovere cogente<sup>547</sup>, e la dottrina del nord

---

<sup>544</sup>DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, 168-169.

<sup>545</sup>*Ibidem*, *op. cit.*, 377-390.

<sup>546</sup>*Ibidem*, 170-171.

<sup>547</sup> Cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I, Grundlagen. Der aufbau der verbrechenslehre, 4 Aufl.*, Monaco di Baviera, 2006, pp. 45 ss.

Europa lo ha anche definito come un principio di etica legislativa<sup>548</sup>. Anche in Italia si è affermato che il tema si pone in termini di mera rilevanza politica, e che non sarebbe sottoponibile al controllo della Corte costituzionale<sup>549</sup>, trattandosi di un principio non giustiziabile, di mero valore argomentativo e non cogente, salvo che il contravvenirgli rappresenti violazione di altri principi (ritenuti) di maggiore concretezza, come quello di ragionevolezza<sup>550</sup>.

Fin dall'epoca dei Lumi, il principio di *ultima ratio* esprime l'esigenza che il diritto penale rappresenti solo la risposta estrema tra quelle a disposizione dell'autorità. Esso dovrebbe operare su un duplice livello: da un lato, sul piano della tipologia della risposta; dall'altro, richiedendo l'individuazione della sanzione più opportuna in termini proporzionali al fatto commesso, così da soddisfare non solo le esigenze relative alla tutela del bene giuridico<sup>551</sup>, ma anche quelle concernenti i diritti fondamentali del reo.

Ma se in passato la limitazione del diritto penale era considerata fondamentalmente uno strumento di garanzia contro l'arbitrio dei pubblici poteri, oggi sembra rappresentare principalmente un'esigenza di razionalizzazione interna al sistema, volta a garantirne la massima efficacia. E però, di fronte ad una realtà normativa che sembra votarsi all'espansione incondizionata della materia penale, sembra profilarsi un'accezione estensiva del principio, come giustificazione della pena ogni volta che, anche fuori i casi di stretta necessità, serva ad una più energica riaffermazione della rilevanza del bene tutelato; ciò risulta un'evidente

---

<sup>548</sup>JAREBORG, *Criminalization as last resort*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2005, 2 (2), 521-534, *on line* all'indirizzo: <http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/osjcl/files/2012/05/Jareborg-PDF-3-17-05.pdf>, 16 gennaio 2013.

<sup>549</sup> Secondo la Corte costituzionale, sent. 250/2010, le valutazioni sulla utilità e sul contenuto di una disposizione penale attoniscono all'opportunità della scelta legislativa su un piano di politica criminale e giudiziaria, di per sé estraneo al sindacato di costituzionalità.

<sup>550</sup> Così DONINI, *principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in [iur17@unibo.it](mailto:iur17@unibo.it) *Studi e materiali di diritto penale*, 2/2009, 430.

<sup>551</sup> Secondo LO MONTE, *Considerazioni sulla (in)applicabilità delle fattispecie di cui agli artt. 727-bis E 733-bis c.p.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), Confidare eccessivamente nella forza intimidatrice-deterrente dello strumento penale, ritenuto *in re ipsa* come l'unico rimedio in grado di farsi carico di una più efficace tutela, sarebbe dunque una sorta di errore teoretico alla base dell'operato del legislatore comunitario. Il rispetto del principio di efficacia della tutela, infatti, vuole che la pena sia in grado di produrre un effetto reale di prevenzione generale.

contraddizione in termini, sia perché tale estensione consisterebbe nel subentro di ulteriori principi in quello di *ultima ratio*, sia perché la corrispondenza tra rango del bene e risposta penale ribalterebbe il tradizionale assunto che non sempre il rilievo costituzionale si traduce in obbligo di penalizzazione, salvo volere insistere sul ruolo simbolico della pena<sup>552</sup>.

La scelta di ridurre al minimo l'intervento penale, sarebbe, invero, imposta da una serie di argomenti normativi ed empirici e, oltre ad essere espressiva di chiare istanze garantiste, poggerebbe quindi anche su ragioni di razionalità. Mentre sotto il profilo normativo, *l'ultima ratio* condensa i principi garantistici di legalità, colpevolezza e offensività, sotto il profilo empirico è sorretta dalla considerazione che l'efficacia della reazione alla criminalità è dettata soprattutto dall'apparato di controllo più che dall'introduzione di nuove e più gravi fattispecie. Inoltre, il principio trova giustificazione anche dal punto di vista socio-economico, poiché lo strumento penale comporta costi economici e sociali tali da dover essere limitato a fatti dannosi non contrastabili altrimenti.

A ben vedere, l'idea del diritto penale come *ultima ratio* rappresenta un metaprincipio che riceve alimento e vigore dall'esistenza e dal rispetto di altri principi fondamentali. Esso resterebbe mera aspirazione garantista e razionale se non fosse collegato col principio di proporzionalità. Ma se anche una condotta venisse ritenuta meritevole di pena, resterebbe da compiere ulteriori valutazioni, sull'efficacia, l'effettività e la necessaria età dell'intervento penale.

Le considerazioni ispirate al principio di effettività del diritto penale portano a valutare l'«idoneità, “*scientificamente prognosticata ex ante – empiricamente verificata ex post, del mezzo-pena a inibire comportamenti socialmente disfunzionali realizzando un utile sociale apprezzabilmente superiore al danno sociale che produce*”<sup>553</sup>. Infine, oltre che proporzionata, la pena deve rispondere al principio di necessità, e ciò significa che l'intervento penale deve pure essere sussidiario, entrare in gioco quando altri mezzi risultino inadeguati<sup>554</sup>.

---

<sup>552</sup> Critica la concezione estensiva anche FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 30 ss.

<sup>553</sup> Così PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in RIDPP, 1990, 447.

<sup>554</sup> Oltre che in questa accezione “esterna”, la sussidiarietà può essere intesa da un punto di vista “interno” alla sfera penale, intendendo la privazione della libertà personale come *ultima ratio* accanto ad altre sanzioni penali egualmente disponibili.

In definitiva, sembra che all'idea di *ultima ratio* si pervenga seguendo un percorso lastricato di altri principi<sup>555</sup>. La meritevolezza e il bisogno di pena sono le categorie dottrinali, che descrivono due stadi successivi nelle finalità della pena, nelle quali si riversano i postulati del principio di *ultima ratio*. La prima esprime la scelta politico-criminale di un diritto penale retributivo, la seconda concepisce la pena come mezzo per scopi di prevenzione generale e speciale.

La meritevolezza e il bisogno di pena costituiscono al tempo stesso criteri di interpretazione e verifica della legittimazione dei tipi di reato dei sistemi penali esistenti e categorie euristiche di politica criminale di essenziale ausilio nella creazione legislativa di nuove fattispecie. In sintesi, la meritevolezza accerta la legittimità dell'uso della pena individuando il comportamento lesivo del bene giuridico: è questo il nucleo forte della scelta di criminalizzazione, base e oggetto delle successive scelte politico-criminali. Il bisogno di pena, invece, verifica la necessità della pena calata nella dinamica del conflitto sociale, scegliendosi la pena se altri strumenti di controllo appaiano inadeguati o sproporzionati. Di conaeguenza, l'effettività è un postulato che esprime l'esigenza che l'opzione penale, comunque costosa, riveli chance razionalmente accettabili ed empiricamente verificabili di raggiungere lo scopo di tutela.

La meritevolezza è, però, categoria incerta. Utilizzandola come criterio di selezione dei beni penalmente rilevanti, infatti, si finisce per confonderla con la teorica del bene giuridico -condividendone la crisi della funzione selettiva che taluno attribuisce al fatto che il catalogo dei beni sia irrimediabilmente aperto e quindi sia irrealizzabile l'idea di un diritto penale minimo, anche per l'impossibilità di generalizzare i valori condivisi<sup>556</sup>. Per queste ragioni il giudizio di *ultima ratio* sembra esprimersi più agevolmente sul piano del bisogno di pena, e per questo viene spesso sovrapposto al principio di proporzione.

Come si accennava, secondo parte della dottrina, l'*extrema ratio* ha sì una funzione normativa indipendente, ma non andrebbe considerato un principio costituzionale ma un principio di etica legislativa, un *metapincipio* che riassume molteplici ragioni di criminalizzazione. Tuttavia, non manca chi, ritenendo che il principio di *extrema ratio* sia una semplice declinazione del più generale principio (costituzionale) di

---

<sup>555</sup>DEMURO, *op. cit.*, 1654-1663.

<sup>556</sup> Così DEMURO, *op. cit.*, 1665-1669.

proporzionalità, mette in discussione la visione tradizionale secondo la quale il ricorso alla pena sarebbe giustificato solo come un mezzo estremo per casi estremi. Una volta inquadrato come specificazione del principio di proporzione, all'*ultima ratio*, che ha il compito di limitare la criminalizzazione, contenderebbero il campo altri principi di altrettanto rilievo costituzionale, che, al contrario, sostengono le scelte di criminalizzazione o, addirittura, potrebbero rappresentare un fondamento per veri e propri obblighi di criminalizzazione. Tra questi, sembrano degni di particolare rilievo, quali potenziali “contrappesi costituzionali” al principio di *ultima ratio*, il principio in base al quale lo Stato ha il dovere di proteggere i diritti fondamentali (*Schutzpflicht*) anche nella dimensione orizzontale (*Drittwirkung*), il principio di precauzione e il principio di effettività (*effct utile*). L'analisi di questi principi, che hanno trovato grande sviluppo nel diritto dell'Unione, ci permette, dunque, di leggere e comprendere meglio la questione della sicurezza come diritto fondamentale<sup>557</sup>.

È facile individuare una certa affinità tra il principio costituzionale di proporzionalità e il principio di *ultima ratio*, dal momento che la sanzione penale è, senza alcun dubbio, una misura adottata dall'autorità pubblica che incide su diritti fondamentali che, altrimenti, sarebbero protetti dalla stessa autorità, e, pertanto, il *test* di proporzionalità non può che essere necessario anche in ambito penale<sup>558</sup>.

Sebbene nella discussione sulla proporzionalità l'enfasi venga, di solito, posta su singole misure che colpiscono individui, tuttavia, le norme costituzionali (incluse quelle che sanciscono i diritti fondamentali) non si applicano solo all'azione del

---

<sup>557</sup> Così TUORI, “*Ultima Ratio as a Constitutional Principle*”, cit..

<sup>558</sup> Un esempio celebre di come il principio di *ultima ratio* possa essere considerato un'espressione del più generale principio di proporzionalità si trova nella storica sentenza che, nel 1975, la Corte costituzionale tedesca ha emesso in materia di aborto, BVerfGE 39, 1, III.2b: “*Il fattore decisivo è se la totalità delle misure (...), siano esse di diritto civile o di diritto pubblico, (...) garantisce una protezione effettiva corrispondente all'importanza del bene giuridico da tutelare. Nel caso estremo in cui la protezione richiesta dalla Costituzione non possa essere raggiunta in altro modo, il legislatore potrebbe risultare obbligato a impiegare il diritto penale (...). La norma penale rappresenta, in una certa misura, l'arma più potente a disposizione del legislatore. Secondo il principio di proporzionalità, (...) che vale anche per il diritto pubblico, incluso quello costituzionale, il legislatore può usare tale mezzo solo con cautela ed entro certi limiti. Però, tale mezzo estremo deve comunque essere usato se una protezione effettiva della vita non possa essere altrimenti ottenuta. Il valore e l'importanza del bene da proteggere lo richiedono. Non è questione di un dovere assoluto di punire ma, piuttosto, di un obbligo relativo di usare la sanzione penale che deriva dalla verificata inadeguatezza di tutti gli altri mezzi*”.

potere esecutivo e dell'autorità giudiziaria, ma anche alle scelte del legislatore, comprese quelle di criminalizzazione. È per questo motivo che, secondo certa dottrina, il principio di proporzionalità sarebbe in grado di riformulare in modo più analitico e sofisticato il principio di *ultima ratio*<sup>559</sup>.

Un simile modo di ragionare risulta utile per evidenziare, oltre al principio di proporzionalità, anche altre potenziali interfacce tra costituzione e criminalizzazione, inquadrando i diritti fondamentali non solo come limiti, ma anche come possibile fonte di obblighi di criminalizzazione, e in particolare il principio del dovere di protezione dello Stato (*Schutzpflicht*), che, abbinato al principio dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali (*Drittwirkung*), ha comportato la trasformazione dei diritti fondamentali in principi giuridici generali di *status* costituzionale. In tal senso, le implicazioni rilevanti per il diritto penale dalle dottrine su *Drittwirkung* e *Schutzpflicht*, sono abbastanza facili da individuare. Se, per esempio, i diritti fondamentali alla vita, all'incolumità e alla proprietà sono rilevanti anche nelle relazioni tra privati e se la costituzione impone allo stato l'obbligo di proteggere tali diritti anche nelle relazioni orizzontali tra cittadini, ecco che un obbligo di criminalizzazione in tal senso potrebbe dirsi costituzionalmente fondato. In tal modo, però, le scelte di criminalizzazione si ridurrebbero ad un bilanciamento tra obblighi di protezione e considerazioni di *ultima ratio*.

---

<sup>559</sup> Per approfondimenti v. TUORI, *op. ult. cit.*: secondo l'A., la vicinanza concettuale di molti istituti di varie branche del diritto a certi principi costituzionali non dovrebbe, necessariamente, comportare la sostituzione dei primi con i secondi, con conseguente svalutazione di secoli di impegno della dottrina e della giurisprudenza nella costruzione degli stessi (*ipercostituzionalizzazione*); allo stesso tempo, il riferimento costituzionale ai diritti fondamentali potrebbe, forse, arricchire la tradizione giuridica di ulteriori fondamenti normativi e forse (come nel caso dell'*ultima ratio*) anche di precisione analitica, mentre i principi sui diritti fondamentali possono contribuire alla coerenza normative di cui vi è sempre più bisogno in un'epoca di frammentazione, policentrismo e pluralismo. Una tale costituzionalizzazione appare tanto più giustificata nel caso del diritto penale, che, tradizionalmente, è il settore più rappresentativo del rapporto verticale tra autorità e individui, delle istanze dello stato di diritto liberale relative alla tutela dei diritti fondamentali e, pertanto, anche il più adatto ad essere inquadrato sotto il profilo della *Drittwirkung* e dell'ancoraggio costituzionale del principio di *ultima ratio*. In particolare, considerato che il principio di proporzionalità include il requisito della necessità quale elemento costitutivo o, se vogliamo, sottoprincipio, l'A. chiama quest'ultimo *ultima ratio* in senso stretto.

Il fatto che l'art. 6 §1 TUE riconosca un effetto vincolante alla Carta dei diritti fondamentali comporta un esplicito riconoscimento del principio di proporzionalità nella valutazione delle limitazioni imposte ai diritti umani. La Carta, oltre a fare esplicito riferimento alla CEDU<sup>560</sup>, apprezza espressamente alcuni presupposti metodologici centrali nel sistema di tutela fornito dalla Corte di Strasburgo - che sono, peraltro, debitori verso la giurisprudenza elaborata dalla Corte costituzionale tedesca, come emerge chiaramente anche dalla formulazione dell'art. 52 §1<sup>561</sup>. In più, la Carta contiene anche alcune disposizioni specificamente dedicate alla materia penale, e, per quel che interessa in questa sede, quella relativa al principio di proporzionalità di cui all'art. 49 §3, che richiede la proporzione tra infrazione e sanzione. Tuttavia, accanto a queste considerazioni se ne pongono altre, che invece spingono in direzione della criminalizzazione, poggiando su pretesi principi di potenziale rilevanza costituzionale europea, come, appunto, il principio di effettività e il principio di precauzione.

### 1.5 Il principio di effettività

Serisultano ancora incerti i contorni del principio di *extrema ratio* ed il suo peso specifico nel diritto penale dell'Unione, sembra esservi, invece, una certa convergenza sul riconoscere una sorta di dignità costituzionale europea<sup>562</sup> al principio di effettività/*effet utile*<sup>563</sup> e di conseguenza sulla sua generale applicabilità. Il diritto penale dell'Unione si è sviluppato velocemente quale sistema caratterizzato da esigenze di prevenzione e di severità della risposta

---

<sup>560</sup> Cfr. art. 52 §3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>561</sup> Cfr. Il protocollo esplicativo della Carta, nonché la sentenza della Corte di Giustizia del 13 Aprile 2000, Case C-292/97, §45.

<sup>562</sup> L'impiego dell'etichetta "costituzionale" non dovrebbe comportare fraintendimenti: fin dalla sentenza *Verdi* (C-294/83, 1986, ECR 1339) la Corte di Giustizia ha riconosciuto una dimensione costituzionale propria dell'Unione, così come un riferimento ai "principi costituzionali dell'Unione" è stato fatto anche col caso *Kadi* (C-415/05P (2008) ECR I-6351, come nota anche HERLIN-KARNELL, *The constitutional dimension of european criminal law*, Hart, 2012, 62.

<sup>563</sup> Per quanto si rinvenga una radice comune nell'obbligo di leale collaborazione, non risulta chiaro se effettività e *effet utile* coincidano, come riconosce anche HERLIN-KARNELL, *op.ult. cit.*, 70.



sanzionatoria anche grazie al principio di effettività, principio generale e “assioma costituzionale” del diritto penale dell’Unione. Sebbene sia per molti versi pericoloso considerare l’effettività come una carta bianca, un lasciapassare per l’armonizzazione, tuttavia, a fronte di questo, i pur fondamentali principi di sussidiarietà e proporzionalità risultano spesso meno significativi - e ciò è tanto più preoccupante ove si consideri che questi dovrebbero riflettere la natura di *ultima ratio* del diritto penale<sup>564</sup>.

Le radici del principio di effettività possono essere cercate nel principio di leale collaborazione espresso all’art. 4 §3 TUE; esso mostra diverse connotazioni e ambiti di applicazione, e si presenta sia come un meccanismo di *enforcement* - e, in particolare, di *enforcement* dei diritti concessi dall’Unione davanti ai tribunali nazionali - che, per quel che più ci interessa, come un principio di criminalizzazione. Se anche, quindi, non è nuovo, nel contesto dell’Unione, acquisisce una peculiare complessità, in particolare proprio per la considerazione di cui gode quale prezioso strumento per il progressivo allargamento dell’ambito d’impatto del diritto UE<sup>565</sup>. La sua principale vocazione, però, è certamente, la regolazione delle competenze nella relazione tra i livelli nazionale e transnazionale: l’“effettività” sembra infatti riferirsi principalmente alla necessità di assicurare la realizzazione del diritto dell’Unione nei (e attraverso i) sistemi nazionali. Grazie ai principi di efficacia diretta e primato - e grazie alla funzione di supervisione assegnata ai giudici nazionali - infatti, si è venuto a creare una sorta di sistema europeo di revisione costituzionale. In questo, il principio di effettività ha in qualche modo fatto da ponte tra la costituzione economica e quella giuridica, fino a diventare un metaprinzipio del diritto costituzionale europeo, usato dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza “*Ambiente*”<sup>566</sup> proprio per stabilire la competenza legislativa dell’Unione in materia penale.

A voler fare alcune considerazioni sull’effettività nel diritto penale, questo non andrebbe usato se non possa essere effettivo nel suo potenziale preventivo;

---

<sup>564</sup>HERLIN-KARNELL, *op. ult. cit.*, 2-9.

<sup>565</sup> Ibidem, 42-45.

<sup>566</sup> CGCE, causa C-176/03 *Commissione c. Consiglio*: Qui la Corte, infatti, sembra dare per scontato che il diritto penale sia uno strumento effettivo di per sé, e questo è proprio il punto in cui non solo si creano frizioni tra diritto penale e diritto dell’Unione, ma anche vere incomprensioni.

peraltro, una teoria normativa del diritto penale richiede che la criminalizzazione si basi sulla dannosità o pericolosità di una condotta, piuttosto che sull'effettività di una misura proibitiva della stessa. Ma la Commissione e la Corte fanno spesso trasparire come, a loro avviso, la mera imposizione di una sanzione penale renda effettiva una regola di condotta (sebbene una sanzione amministrativa possa a volte risultare più efficace, non dovendosi provare la colpevolezza o comunque la responsabilità oltre il dubbio ragionevole), e anzi che laddove una disposizione penale sia ineffettiva, sia minata l'intera credibilità e capacità preventiva del sistema; e anche quando questo funzionasse, una pena ingiusta non verrebbe accettata dal reo, e non potrebbe dunque sortire alcun effetto rieducativo<sup>567</sup>.

La conclusione raggiunta dalla Corte nel caso prima citato, giustificherebbe quindi la tendenza, invero già nota a livello nazionale, di strumentalizzare il diritto penale per il raggiungimento di scopi *lato sensu* politici, che rischia di svuotare di significato il principio di *ultima ratio*. In particolare, inquadrare l'art. 83 §2 TFUE come carta bianca per la criminalizzazione finalizzata all'effettività delle politiche dell'Unione non solo renderebbe l'attribuzione di tale potere illusoria, ma porterebbe altresì allo scontro dei più fondamentali principi del diritto penale, a cominciare dall'*extrema ratio*<sup>568</sup>.

Ad ogni modo, va sottolineato come il concetto stesso di effettività non sia, invero, facile da definire, come avviene ad esempio per i concetti di validità o efficacia. L'inafferrabilità sembra essere propriocaratteristica del concetto, che richiede per sua natura una riflessione e una ricerca continua e una tendenziale insoddisfazione rispetto ai risultati raggiunti da un dato provvedimento. Bisognerebbe cogliere a fondo il significato dell'effettività, che non può tradursi in una legislazione sovranazionale fine a se stessa; tanto più che il principio di effettività, così importante per il consolidamento dell'Unione, pone problemi in materia penale, dove l'iper-criminalizzazione significa spesso ineffettività<sup>569</sup>. Da un punto di vista teorico, il problema è che si tratta di definizioni stipulative, convenzionalmente definite in funzione dell'oggetto, nonché, nel contesto europeo, dalle diverse tradizioni (e traduzioni). Ma,

---

<sup>567</sup>HERLIN-KARNELL, *op. ult. cit.*, 56-59.

<sup>568</sup>HERLIN-KARNELL, *op. ult. cit.*, 65.

<sup>569</sup> CFR. HERLIN-KARNELL, *op. ult. cit.*, 235 -239.

qualunque sia l'approccio scelto tra le varie ricostruzioni che offre la dottrina, il concetto sembra sempre sottendere un passaggio dall'essere al dover essere, e pone di conseguenza almeno tre ordini di problemi teorici e metodologici relativi allo scarto tra le due condizioni. Il primo riguarda l'irriducibilità dell'essere al dover essere: da questo punto di vista, l'effettività non si può mai considerare data, e comunque dipenderà sempre da molteplici fattori sia giuridici che sociologici. In secondo luogo, si pone il problema della determinazione del dover essere. Non è sempre facile, infatti, comprendere cosa le norme richiedano, spesso per la loro imprecisione o anche quella dei concetti che richiamano, e ciò mette in moto una pluralità di teorie interpretative. Infine si pone il problema della valutazione dell'essere, che per il giurista è sia una difficoltà legata sia all'inevitabile soggettivismo, sia alla multidisciplinarietà che tale valutazione richiederebbe, e a cui spesso non si è avvezzi né adeguatamente preparati.

#### 1.6 Il principio di precauzione

Il principio di precauzione ha un indubbio rilievo nel discorso sulla sicurezza, e risulta pertanto significativo anche per la ricostruzione del diritto penale europeo. Il principio, comunemente usato in materia di salute e ambiente<sup>570</sup>, da tempo riceve sempre più attenzione in contesti sempre nuovi, come la guerra preventiva

---

<sup>570</sup> L'art. 174 TUE, nella versione di Maastricht, diceva che in materia di ambiente la politica dell'Unione dovrebbe adottare il principio di precauzione (seguono non meno di 27 risoluzioni del Parlamento europeo tra il 1992 e il 1999 che vi fanno un riferimento esplicito<sup>570</sup>, ed una comunicazione della Commissione del 2 febbraio 2000 le e linee guida sulla salute del consumatore; in tal modo si sono susseguite oltre venti definizioni del principio, più o meno forti, e naturalmente spesso chiaramente incompatibili. Il principio di precauzione, in accordo con la sua origine internazionalistica, riveste certamente il ruolo di principio sovranazionale del diritto dell'Unione europea (oggi preso in considerazione dall'art. 191 TFEU): per approfondimenti v. anche MARCHANT, MOSSMAN, *Arbitrary and capricious: the precautionary principle in the European union courts*, Washington, American enterprise institute, 2004; in giurisprudenza v. CGCE, C-236/01 *Monsanto agricoltura* e C-241/01 *National farmers' union*; TPI T-13/99 *Pfizer animal health s.a.* 1999 e id 2002, T-74/00, *Artegodan* e TPI T-70/99 *Alpharma*.

e il terrorismo internazionale<sup>571</sup>, secondo l'idea che il legislatore debba assumere iniziative per proteggere la comunità contro danni anche solamente potenziali, anche quando la catena causale non sia perfettamente chiara e non sia chiaro se certi rischi possano realmente verificarsi<sup>572</sup>. Data l'indiscussa rilevanza del principio di precauzione, legato alla gestione dei rischi in una situazione di crescente complessità e globalizzazione propria della società attuale, nel panorama europeo, occorre chiedersi in quale misura esso influenzi il paradigma politico criminale dominante e quali conseguenze abbia tale influenza nella configurazione dei comportamenti penalmente rilevanti e nella costruzione dei modelli di imputazione di responsabilità penale. Ciò, infatti, risulta utile per meglio comprendere il dibattito sulla sicurezza, e potrebbe fornire una prospettiva teorica sui processi decisionali individuali e sociali in condizioni di rischio e incertezza.

L'emersione di una costituzione securitaria, con la sua enfasi sull'anticipazione e prevenzione, porta a considerare rilevante anche la discussione sulla funzione preventiva o precauzionale del diritto penale e, in generale, del ruolo del diritto penale nella gestione dei rischi. La sicurezza, come lotta contro i rischi fornisce una giustificazione per il diritto penale preventivo. In base a tale paradigma i decisori pubblici non hanno più tanta possibilità, quanto piuttosto l'obbligo, di agire nel presente per evitare una possibile minaccia futura. Invocare il principio di precauzione è una scelta politica su quali rischi siano accettabili. Nella logica precauzionale un *falso positivo* (ovvero la sovrestimazione di un rischio) è preferibile ad un *falso negativo* (la sottostimazione dello stesso): se in un approccio tradizionale ci si trattiene dal punire, ad esempio, gli atti meramente preparatori, in quanto l'entità della minaccia così come il grado di pericolosità dell'autore non desta un allarme sufficiente, oggi la criminalizzazione degli stessi risulta generalmente preferibile, sebbene ciò neghi – assumendo la sussistenza di un intento criminale di fondo – la possibilità che gli individui siano in grado di cambiare

---

<sup>571</sup>Secondo CAMPIONE, *El que algo quiere algo le cuesta: Notas sobre la Kollateralshadengesellschaft?*, in AGRA, DOMINGUEZ, GARCIA AMADO, HEBBERECHT, RECASENS, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, 2003, 20, la consacrazione del principio di precauzione in strumenti legali internazionali attesterebbe una radicalizzazione nella percezione sociale del rischio.

<sup>572</sup>Per approfondimenti v. SUNSTEIN, *Laws of fear. Beyond the precautionary principle*, Cambridge, 2005.

prospettiva<sup>573</sup>. L'applicazione del principio viene, quindi, spesso contestata, giacché potrebbe mettere in pericolo il rispetto di fondamentali principi garantisti, come quello di legalità ed equo processo, nonché di *ultima ratio*<sup>574</sup>.

Nei molti testi internazionali che lo contemplano, e nel dibattito accademico, esistono diverse versioni del principio<sup>575</sup>. E quindi, seanche appare evidente la sua forza ispiratrice per molte politiche pubbliche, più controversa risulta la sua natura giuridica. Peraltro, nella sua forma più rigida, il principio appare incoerente perché ogni situazione sociale presenta rischi, e una sua stretta osservanza comporterebbe la paralisi, proibendo anche le iniziative che un atteggiamento precauzionale richiederebbe e che potrebbero creare rischi diversi da quelli che si preoccupano

---

<sup>573</sup> Cfr. MORK LOMELL, *Prevention, pre-emption, precaution and the transformation of criminal law*, in HUDSON, UGELVIK, *Justice and security in the 21st century. Risks, rights ad the rule of law*, Routledge, 2012, 91-96.

<sup>574</sup>È curioso come il principio di *ultima ratio* abbia giocato sin qui un ruolo debole nel dibattito sul diritto penale dell'Unione, tant'è che le principali opposizioni all'applicazione del principio di precauzione in materia penale sono state fondate non su di questo ma piuttosto su legalità ed equo processo, nonostante l' *ultima ratio* possa ben essere considerato un principio fondamentale del diritto dell'Unione (se lo si vuol considerare una manifestazione del principio generale di proporzionalità) mentre, al contrario, la generale applicabilità del principio di precauzione sia, per diverse ragioni, particolarmente controversa: sul punto cfr. HERLIN-KARNELL, *The Development of EU Precautionary Criminalisation. European Criminal Law Review*, 2011, 1 (2), 149-169.

<sup>575</sup>Nella sua versione più estesa, esso propone un approccio precauzionale per la gestione dei rischi in condizione di incertezza scientifica per proteggere da eventuali conseguenze negative prima che prove scientifiche incontestabili siano riuscite a validare l'esistenza di una relazione causale, secondo un approccio fatto proprio dalla Commissione europea nella Comunicazione del 1 febbraio 2000. La sua applicazione nel contesto dell'Unione è, oltre alla tradizionale materia ambientale, in materia di salute pubblica e sicurezza alimentare. Evocato nel Trattato di Amsterdam all'art. 174, non è però stato definito va quindi ricostruito alla luce dell'opera della Commissione, da cui emerge che il principio può essere più o meno stringente a seconda dei casi che vengano in rilievo. Esistono anche versioni massimaliste o "*hard*", secondo le quali l'ammissibilità di un processo dipende dall'esistenza di una prova assoluta di innocuità dello stesso, in tal modo inibendo qualunque progresso scientifico. Altre formulazioni, invece, si basano su logiche di valutazione costi-benefici e valutazione discrezionale, come quella della dichiarazione della conferenza di Rio del 1992

di neutralizzare<sup>576</sup>. Il principio fornisce, dunque, solo l'illusione di una guida a causa di alcune identificabili caratteristiche umane, che fanno sì che si consideri un dato rischio come saliente, ignorandone altri, in base alla disponibilità euristica o alla conoscenza statistica. Ma in fondo, parliamo di un principio - e non di una regola - dietro il quale vi è una vera e propria logica precauzionale, che porta a chiedersi, prima di agire, non solo quello che si sa e si può controllare, ma anche quello che non si sa e non si può prevedere; proprio per questa ragione il principio non può essere considerato una regola che vincola i giudici, il legislatore o i consociati, che altrimenti verrebbero ritenuti responsabili non solo per quello che avrebbero dovuto sapere, ma anche per quello che avrebbero dovuto sospettare<sup>577</sup>. Sebbene un riferimento esplicito al principio di precauzione nei Trattati sia rinvenibile solo in materia di ambiente, la sua reale portata – anche grazie all'opera della giurisprudenza e, soprattutto, al diritto derivato – è divenuta molto più vasta, trovando applicazione nei vari settori nei quali si articola la tutela dei beni della salute e della sicurezza. Occorrerebbe, dunque, verificarne l'impatto nelle fattispecie penali di “matrice comunitaria” che si pongono a tutela, tra l'altro, di beni collettivi riferibili a diversi settori della sicurezza: ambientale, alimentare, del prodotto, del lavoro, etc. Si tratta di settori del diritto penale interno sottoposti a importanti politiche di armonizzazione e quindi alle influenze della politica criminale europea. Nonostante le frequenti disarmonie in termini di risposta sanzionatoria nei singoli ordinamenti interni, infatti, notiamo come si tratti di una legislazione quasi interamente predeterminata sul piano sovranazionale. E per converso, la progressiva estensione dell'applicazione del principio ad ambiti di tutela sempre più ampi e ulteriori certamente conferma l'ispirazione della recente legislazione europea in diversi contesti di rischio (ambientale, alimentare, lavorativo, da prodotto, etc.) alla realizzazione di un “elevato livello di tutela”<sup>578</sup>.

---

<sup>576</sup>Critico verso l'uso del principio nella sua versione più rigida anche MENDOZA BUERGO, *El derecho penal ante la globalización: el papel del principio de precaución*, in BACIGALUPO, CANCIO MELIA, *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, 2005, 319-340.

<sup>577</sup> Così ERICSON, *Crime in an insecure world*, cit. 21-24.

<sup>578</sup> Cfr. l'art. 67 TFUE che ispira la costruzione dello spazio comune alla realizzazione di un elevato livello di “sicurezza”.

Nella società contemporanea, possiamo osservare, infatti, sia una diversa percezione sociale dei rischi, che un cambiamento nei principi adottabili per la gestione degli stessi: alla prevenzione e al rischio consentito si sostituisce l'approccio precauzionale, in ragione della maggiore complessità e incertezza dei rischi di carattere globale. D'altronde, se in un contesto incerto non è facile stabilire frontiere di rischio giuridicamente consentito, e inoltre la precauzione non funziona come meccanismo di prevenzione di pericoli o lesioni note, ma come principio di gestione di rischi: si presenta, insomma, come controprogetto normativo per una società con bassa tolleranza dei rischi e ad alta domanda di sicurezza, probabilmente proprio in ragione dell'alto livello di sicurezza e benessere<sup>579</sup>.

Nonostante la coesistenza di paradigmi epistemologici e normativi differenti nel *logos* politico e giuridico contemporaneo, nei vari differenti contesti di tutela di beni collettivi legati alla sicurezza alla più sperimentata logica della prevenzione, teleologicamente orientata all'eliminazione o alla riduzione dei rischi noti, si affianca in modo sempre più prepotente la nuova logica della precauzione verso rischi ignoti e che, allo stato delle conoscenze, non possono ragionevolmente escludersi. L'eterogeneità epistemologica tra prevenzione e precauzione si riverbera, naturalmente, sul piano giuridico. Nei settori in cui l'individuazione del livello di rischio ritenuto accettabile sia informata al principio di precauzione, questo ispirerà le regole cautelari pertinenti che funzioneranno, sotto forma di discipline o procedure, come regole cautelative provvisorie, in attesa di conferme sufficienti a fondare scientificamente i sospetti ingenerati. Tali regole o discipline o procedure precauzionali saranno poi formalizzate o attratte mediante rinvio, anche solo implicito, all'interno di precetti – provvisti di sanzioni – strutturati come fattispecie di mera condotta inosservante di certe regole, discipline o procedure; ovvero, con un tasso di problematicità ancora maggiore, come fattispecie di evento di danno o di pericolo. Le norme fondate sulla logica precauzionale consisteranno quindi in precetti “a struttura variabile”, un modello di illecito assimilabile più a quello di mera disobbedienza che a quello di pericolo astratto o presunto. Ciò significa che tali illeciti potranno essere formalizzati non solo come norme di obbligo o divieto, ma anche secondo schemi implicanti una

---

<sup>579</sup> Così MENDOZA BUERGO, *op. ult. cit.*, 326-329.

peculiare disciplina del rischio incerto, consentito solo a certe condizioni normative e procedurali: rispetto di limiti-soglia, procedure di autorizzazione, meccanismi di tipo ingiunzionale, o norme strutturate sotto forma di obblighi di fare (es. di comunicazione, di richiamo o di ritiro di prodotti), etc. Opzioni normative, quindi, che non sembrano riconducibili allo schema del pericolo astratto o presunto, la cui struttura teleologica rimanda pur sempre alla disponibilità di leggi scientifiche o regole di esperienza corroborate, e che dovranno, quindi, recuperare la loro razionalità sul piano del bilanciamento tra i beni in gioco, alla luce della gravità delle conseguenze ipotizzate e sul piano della proporzionalità qualitativa e quantitativa della risposta sanzionatoria minacciata. Il principio, infatti, dovrebbe operare solo quando il sospetto possa riferirsi alla produzione di danni gravi o irreversibili per beni primari e non rinnovabili - come la vita o la salute o le risorse naturali - e solo quando sia possibile un'oggettiva valutazione scientifica indipendente e non sottoposta a pressioni dell'opinione pubblica o di *elite* economico-sociali o mossa da atteggiamenti protezionistici<sup>580</sup>. L'applicazione giuridica del principio dovrebbe tendere ad una composizione equilibrata tra le esigenze regolative della vita della comunità e quelle operative del progresso tecnico ed economico, senza cadere negli eccessi di una visione apocalittica né in un liberismo senza limiti, e tuttavia, il punto di equilibrio tra il precauzionismo e un ragionevole atteggiamento conservativo dei beni fondamentali mediante la regolazione di rischi incerti si rivela sfuggente, specie se si considerano le implicazioni psicologiche e sociologiche della percezione dei rischi nel mondo contemporaneo, la scarsa controllabilità delle opzioni legate all'uso o al consumo di prodotti o procedimenti tecnologicamente avanzati e il ruolo non sempre trasparente dei media. In fondo, tanto nel suo originario ambito di applicazione quanto nei molti altri cui la sua duttilità concettuale permette di utilizzarlo, il complesso bilanciamento tra le ragioni della libertà di agire e quelle della tutela della salute o dell'ambiente finisce per riproporre la drammaticità dei conflitti tra interessi contrapposti, solo in parte risolvibili con l'impiego di analisi costi/benefici, proprio in considerazione della non disponibilità, in situazioni di incertezza, di elementi cognitivi sufficienti al

---

<sup>580</sup>*Ibidem.*



calcolo - al di là della desiderabilità di una simile operazione con riferimento a beni primari.

Nei settori interessati al discorso sulla sicurezza - ambiente, salute, biotecnologie, lavoro, sostanze agro-alimentari, prodotti in genere - il principio di precauzione esercita un'azione espansiva della punibilità nonostante la sua originaria estraneità alle categorie dogmatiche penalistiche<sup>581</sup>. Le categorie della causalità, della colpa e dello stesso pericolo concreto sono generalmente ritenute incompatibili con la logica precauzionale, e anche l'accostamento strutturale al modello del pericolo presunto o astratto si rivela una soluzione insoddisfacente, giacché anche questo tipo di reati conservano una base eziologica che, sebbene potenziale, è pur sempre fondata su regole di esperienza; il principio di precauzione, invece, presenta una base epistemologica "rovesciata": si sanziona un comportamento di cui, allo stato delle conoscenze, non è predicabile la innocuità, mediante una presunzione di pericolosità. Questo meccanismo lo avvicina, quindi, al modello della mera disobbedienza o al limite all'illecito amministrativo. Da una parte, quindi, l'incertezza del pensiero precauzionale confligge con la certezza che si conviene alla materia penale, dall'altra, la sua applicazione comporta non tanto la punizione di condotte pericolose quanto della violazione degli obblighi/divieti dell'autorità, giacché il diritto penale non potrebbe mai individuare autonomamente le condotte penalmente rilevanti. L'unica possibilità è che si vietino del tutto determinate condotte, preclusa però dall'esigenza di mantenere i principi di lesività e colpevolezza al centro della valutazione sulla criminalizzazione di condotte che risultino, comunque, oggettivamente pericolose<sup>582</sup>.

L'uso frequente del principio per giustificare i più svariati interventi di anticipazione della tutela penale sembra ben inserirsi in un, già evidenziato, più generale processo di flessibilizzazione delle categorie penalistiche a fronte delle sempre più pressanti richieste di tutela suscitate dai rischi contemporanei e dalla loro percezione, provocando un ulteriore effetto espansivo del penale, peraltro suscettibile di assumere una connotazione per lo più simbolica. E un tale giudizio deriva anche dalla considerazione delle tipologie di sanzioni adottate per la

---

<sup>581</sup> Così SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 42 ss., 207 ss. e 310 ss; *contra* PIERGALLINI, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, cit, 327 ss.

<sup>582</sup>MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, 330-332.

violazione di norme precauzionali: si tratta infatti soprattutto di sanzioni pecuniarie amministrative oppure di sanzioni penali di tipo contravvenzionale, spesso comminate in via alternativa e, quindi, facilmente assoggettabili ai diversi meccanismi di estinzione<sup>583</sup>.

In ragione dei richiamati processi di flessibilizzazione delle categorie dogmatiche, nel contesto delle offese realizzate sotto forma di evento di danno o di pericolo, e quindi, principalmente, delitti colposi contro la vita e l'integrità fisica o contro l'incolumità pubblica, il principio di precauzione potrebbe incidere in misura rilevante sulla configurazione del fatto tipico sia sul piano oggettivo che su quello dell'elemento soggettivo. Sul piano oggettivo, potrebbe anzitutto sfruttare la struttura probabilistica del nesso di causalità, rendendolo prossimo ad un "nesso di rischio". Inoltre, vi è certamente un nesso tra il principio di precauzione e il dovere di prudenza la cui violazione fonda un certo tipo di colpa. Il nucleo dell'imprudenza consiste nel divieto di porre in pericolo e nel dovere di controllare il pericolo quando le conseguenze negative possano essere evitate, secondo la nota coppia prevedibilità-evitabilità. Il principio di precauzione pone la prospettiva di far coincidere la prevedibilità con la possibilità di formulare una ipotesi di probabile conseguenza negativa, laddove ciò sia giustificabile per la rilevanza del bene e la consistenza qualitativa e quantitativa delle possibili conseguenze negative della condotta. Ciò potrà avvenire creando nuove posizioni di garanzia ovvero, in altri casi, facendo largo uso di norme penali in bianco. Un'alternativa percorribile sarebbe la delimitazione della pericolosità attraverso la tipizzazione di delitti di pericolo astratto o di condotta pericolosa, dovendosi però risolvere il problema del grado di pericolosità esigibile per affermare il disvalore di una condotta. In quest'ottica si potrà considerare pericolosa la condotta in cui non sia possibile escludere del tutto, *ex ante* come assolutamente improbabile la produzione di dati effetti negativi per dati beni

---

<sup>583</sup>Per altro verso, si può constatare che tali norme si indirizzano per lo più alle sole persone fisiche, mentre se si volessero prendere sul serio le esigenze precauzionali di tutela contro rischi ignoti di effetti avversi gravi e irreversibili, si dovrebbe concludere per la inefficacia di una risposta sanzionatoria che non contempla, in quelli che sono, in fondo, anche settori del diritto penale dell'impresa, anche una responsabilità da reato degli enti collettivi, come sottolinea anche CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit.

giuridici in base a sospetti scientificamente fondati. In secondo luogo, sul piano soggettivo, ciò che viene in rilievo è, da un lato, la coscienza, almeno possibile o potenziale, di fondati sospetti di rischio<sup>584</sup>; dall'altro, la deformazione degli aspetti più propriamente "cognitivi" della colpa, ovvero la riconoscibilità del rischio e la prevedibilità del risultato.

È inoltre possibile apprezzare anche l'influenza del pensiero precauzionistico sulla tendenza a sfocare la distinzione, pur complessa, tra colpa cosciente e dolo eventuale così come dolo di pericolo e dolo di lesione. Se non è esigibile in certi casi una attitudine positivamente provata o conosciuta, sembra almeno esigibile un sospetto razionalmente fondato sul piano scientifico e pertanto una possibile conoscibilità *ex ante* della verosimile pericolosità della condotta. Ma il carattere eccezionale della determinazione della pericolosità della condotta - e della causalità, nel caso si debba rispondere per un ulteriore risultato lesivo della stessa - in casi di contesti causali non conosciuti e non verificabili, non deve condurre a confondere il piano fattuale della causalità e quello normativo dell'imputazione, che non può stabilirsi in modo automatico, sostenendo che ciò che conta non è la conoscenza esatta della relazione causale ma la attribuzione normativa della lesione alla condotta. Non si tratta infatti di stabilire presunzioni, ma di individuare la violazione di un dovere specifico basato su una sufficiente conoscenza del rischio della condotta ed una ragionevole ipotesi di pericolo, e la sua realizzazione nonostante tale coscienza. E per quanto la prevedibilità del risultato basato sulla conoscibilità del nesso causale sia il perno del sistema di imputazione, non sembra trovare spazio in un sistema dominato dalla logica precauzionale<sup>585</sup>.

## 2. Una codificazione penale europea?

È stato spesso sostenuto che la codificazione, caduta in crisi nell'ambito degli ordinamenti tradizionali, difficilmente potrebbe avere un futuro a livello sovranazionale, non tanto come possibile contenitore formale, quanto come

---

<sup>584</sup>MENDOZA BUERGO, *op. ult. cit.*, 332-339.

<sup>585</sup>*Ibidem*, 339-340.

contenitore di contenuti, oggetti e tecniche di tutela tradizionalmente caratterizzato da unitarietà e completezza, coerenza sistematica e stabilità o continuità nel tempo<sup>586</sup>. Inoltre, un codice dovrebbe fungere da marcatore simbolico di un'identità culturale collettiva, e a livello europeo non sembra che una vera e propria identità culturale europea non sia facilmente individuabile e pertanto una codificazione avrebbe, fondamentalmente, l'effetto di promuovere, peraltro in modo evidentemente autoritario<sup>587</sup>. Ciò che sembra caratterizzare per lo più il diritto penale in Europa è proprio la specificità culturale dei vari sistemi<sup>588</sup>, ma, ad ogni modo, il dibattito sulla costruzione di un diritto penale dell'Unione europea include necessariamente la discussione sulla possibilità di individuare regole comuni di imputazione della responsabilità penale.

Secondo alcuni, un complesso di regole di parte generale esisterebbe già almeno in parte, troverebbe le sue origini in una serie di pronunce rese dalla Corte di Giustizia a partire dagli anni '70 e si sarebbe progressivamente arricchito grazie diversi interventi di armonizzazione<sup>589</sup>: letti complessivamente, gli strumenti normativi europei sembrerebbero inoltre aver costituito un nucleo embrionale di regole concernenti anche alcune circostanze aggravanti, o elementi soggettivi come la volontà, regole sulla giurisdizione, condizioni oggettive di punibilità, nonché sul tipo di sanzioni applicabili alle persone fisiche e giuridiche<sup>590</sup>. Non manca tuttavia chi ritiene che, al di là di alcuni principi generali, non esista alcuno

---

<sup>586</sup> Riconosce il definitivo superamento dell'utopia codicistica a fronte dell'inevitabile espansione della materia penale anche PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1126.

<sup>587</sup> Non mancano, in tal senso, le opinioni favorevoli ad una tale operazione, come quella di DUBBER, *The American law institute's model penal code<sup>587</sup> and European criminal law*, in KLIP *Substantive criminal law of the European Union*, cit., 209-226. Sul punto v. anche CADOPPI, *Towards a European criminal code?*, in *Eur. J. Crime Crim. La & jus.*, 4/1996, 2, per cui un progetto di codificazione sarebbe importante per l'Unione a prescindere dal suo contenuto.

<sup>588</sup> Cfr. FIANDACA, *Diritto penale europeo: spunti problematici di riflessione intorno a possibili modelli di disciplina*, in ALLEGREZZA, GRASSO, ILLUMINATI, SICURELLA, *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè, 2013, 135-148.

<sup>589</sup> Così KLIP, *Towards a general part of criminal law for the European Union*, in ID., *Substantive criminal law of the European Union*, cit., 15-33 ; ID., *European criminal law*, cit., 167.

<sup>590</sup> Così MIETTINEN, *Criminal law and policies in the European union*, Routledge, 2013, 134 ss.

*ius poenale commune europaeum*<sup>591</sup>, e chi afferma che, dal momento che il diritto dell'Unione influisce solo su aspetti specifici del diritto penale nazionale, la giurisprudenza della Corte di Giustizia non possa avere che un impatto fortemente frammentario sullo sviluppo di una parte generale europea<sup>592</sup>, e limitato, per l'appunto, allo sviluppo di alcuni principi, inclusi quelli sui diritti fondamentali<sup>593</sup>. In questo senso va preso anche atto del forte carattere frammentario della legislazione penale di fonte europea. Tale settorialità, permettendo il contingente prevalere di ragioni politico-criminali soprattutto pragmatico-funzionalistiche, escluderebbe la possibilità di rinvenire un carattere assiologico; se pertanto si volesse ambire ad una codificazione, essa non potrebbe che essere settoriale, ammesso che una tale operazione sia politicamente e giuridicamente fattibile, oltre che utile e auspicabile<sup>594</sup>.

Poiché la parte generale è più influenzata dalle premesse giusnaturalistiche o giusrazionalistiche e lascia dunque maggior spazio al contributo accademico, essendo di conseguenza meno circoscrivibile entro i confini di una *voluntas legis* positivisticamente concepita e meno soggetta alle contingenze politico-criminali, l'edificazione di una grammatica comune dell'imputazione penale è operazione non

---

<sup>591</sup>AMBOS, *Comments on the model penal code and European criminal code*, in KLIP, *Substantive criminal law cit.*, 227-232.

<sup>592</sup>LOHMUS, *European criminal law: can a general part be developed through case law?*, in KLIP, *op. ult. cit.*, 199-207.

<sup>593</sup>Tra i principi generali riconosciuti dalla corte si annoverano: quello per cui una direttiva non trasposta non può avere un effetto diretto *contra reum* (v., le sentenze sulle cause riunite C-397/01 e C-403/01, *Pfeiffer e altri*, §108) e quindi, in materia penale, determinare o aggravare la punibilità di qualcuno indipendentemente dal recepimento statale (così Sent. causa 88/86, *Kolpinguis Nijmegen*, §13); quello per cui una disposizione penale non può essere applicata estensivamente a sfavore del reo (12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *Criminal proceedings c. X*, § 25); il principio della *lex mitior* (sent. *Berlusconi e altri*); il principio del *ne bis in idem*, nel senso di considerare l'atto materiale e non la previsione formale, in coerenza anche con la giurisprudenza di Strasburgo (cfr. sentenza 9 marzo 2006, *Van Esbroeck*, C-436/04 e 18 luglio 2007, *Kraaijenbrink*, C-367/05); l'irretroattività (sentenze 10 luglio 1984, Causa C-63/83, *R. c. Kent Kirk* (1984), ECR 2689); la proporzionalità (29 febbraio 1996, Causa C-193/94 (1996), *Criminal proceedings c. Sofia Skanavi e Konstantin Chryssanthakopoulos*, ECR I-929).

<sup>594</sup> Cfr. FIANDACA, *Diritto penale europeo: spunti problematici di riflessione intorno a possibili modelli di disciplina*, in ALLEGREZZA, *Le sfide, cit.*, 135-148.

del tutto irrealistica. Di contro, la fattibilità va attentamente considerata perché, posto che i presupposti logico-strutturali dell'addebito non sono neutrali né dal punto di vista politico né da quello assiologico, la possibilità di una grammatica comune presuppone un'amplissima convergenza valutativa a livello sovranazionale della cui sussistenza, allo stato, è lecito dubitare; senza contare che l'esistente e diversificato scenario dottrinale è ben lungi dal riflettersi in maniera immediata nelle corrispondenti prassi giurisprudenziali nazionali<sup>595</sup>.

Vi sarebbe una tradizionale avversione ad interventi di ravvicinamento normativo di istituti di parte generale i quali, se da un lato rispondono a questioni comuni ed universali sulla responsabilità penale, riflettono di fatto le più sensibili differenze tra le diverse tradizioni giuridiche<sup>596</sup>. Per questo motivo si sarebbe finora registrato un generale *self-restraint* del legislatore europeo, che non è mai andato oltre la previsione di obblighi di criminalizzazione aventi ad oggetto un generico riferimento a fatti di tentativo o di concorso di persone, senza procedere alla alcuna minima definizione degli stessi. Eppure tali previsioni, nonostante le critiche circa la loro debole efficacia, già paiono indicative di una potenziale idoneità della competenza dell'Unione in materia penale a giustificare anche interventi di armonizzazione della parte generale, seppur limitatamente alle categorie di reati per i quali tale competenza è prevista. D'altronde, limitare *a priori* l'intervento del legislatore europeo alla formulazione di fattispecie incriminatrici parrebbe tanto discutibile sul piano della legalità quanto in contrasto col principio di eguaglianza tra i cittadini europei, oltre che frustrante dell'efficacia degli interventi europei. Addirittura, il fatto che i riferimenti agli istituti di parte generale possano essere variamente interpretati a seconda della disciplina nazionale impedirebbe, secondo alcuni, che le misure di armonizzazione possano andare oltre un mero simbolismo retorico<sup>597</sup>. Un'evidente esigenza di coerenza e effettività su tutto il territorio dell'Unione deporrebbe in favore della codificazione (anche di una parte generale) del diritto penale dell'Unione, sebbene non possa garantirsi il

---

<sup>595</sup>FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, in TRUJILLO, VIOLA, *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Il mulino, 2007, 145-146.

<sup>596</sup> Cfr. anche VIGANÒ, *Verso una parte generale europea*, in *Le sfide dell'attuazione di una procura europea*, cit., 123 ss.

<sup>597</sup>Così SATZGER, *International and European Criminal Law*, cit., 78.

fondamentale carattere di continuità nel tempo che una codificazione dovrebbe garantire, proprio per le caratteristiche dei campi di intervento cui le Istituzioni si interessano, che presentano tutte le caratteristiche tecniche di quella che suole definirsi una legislazione penale extracodicistica, generalmente finalizzata alla tutela di interessi politico-amministrativi o economici contingenti, burocratizzata e di difficile compatibilità con i più impegnativi principi di garanzia<sup>598</sup>. Inoltre, l'effettiva necessità e legittimità di disposizioni che, pur chiamate a individuare i concreti requisiti di rilevanza delle condotte meritevoli di pena, finirebbero con il presentare delicate questioni dogmatiche, andrebbero attentamente verificate<sup>599</sup>. Anche a voler riconoscere un nucleo di disposizioni di parte generale di fonte europea (pretoria o legislativa), va però ammesso che esse sono piuttosto scarse. Ciò in quanto l'intervento dell'Unione in materia penale è sempre stato volto all'armonizzazione di singole condotte criminose, di modo che gli aspetti di parte generale sono stati affrontati nella prassi applicando gli istituti e i principi sviluppati a livello nazionale. Ma ciò può facilmente condurre ad esiti applicativi divergenti nei vari Stati, in modo incompatibile con lo scopo perseguito dall'Unione di creare un unico spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia<sup>600</sup>: la sola definizione dei singoli illeciti, infatti, potrebbe risultare incompleta e non determinante della punibilità in concreto. L'Unione dovrebbe quindi dotarsi di una propria parte generale, sia per non vedere delegittimate le proprie scelte di politica criminale dal riferimento incrociato ai sistemi nazionali, sia per evitare che

---

<sup>598</sup>FIANDACA, *Diritto penale europeo: spunti problematici di riflessione intorno a possibili modelli di disciplina*, in ALLEGREZZA, *Le sfide*, 2013, 135-148.

<sup>599</sup>SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale "armonizzato"? Le questioni in gioco*, in *Le sfide per l'attuazione di una procura europea*, Giuffrè in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 dicembre 2013; v. però, SHUNEMANN, *Sobre la regulacion de los delitos de omision impropia en los eurodelitos*, in TIEDMANN (ed. spagnola a cura di NIETO MARTIN), *Eurodelitos, El derecho penal economico en la Union europea*, Cuenca, 2003, 35-38. Che, ritenendo che negli Stati membri dell'Unione, i presupposti fondamentali del diritto penale, così come le strutture sociali e le interazioni nel sottosistema economico in particolare, risultano coincidenti, si mostra favorevole alla codificazione della parte generale a livello europeo, proponendo tale soluzione per risolvere, in particolare, il problema dell'equivalenza tra azione ed omissione.

<sup>600</sup> Così BLOMSMA, *Mens rea and defences in European criminal law*, Intersentia, 2012 che, per tale ragione, ha dedicato uno studio alla ricognizione dell'elemento soggettivo e delle cause di esclusione della punibilità nel diritto penale dell'Unione europea.

la differenza di trattamento tra i reati di origine europea nei varo Paesi violi il principio di eguaglianza<sup>601</sup>. Se ammettiamo che il diritto dell'Unione è un sistema con funzioni e scopi propri anche in materia penale, capace di esprimere una politica criminale, in certa misura, indipendente da quella statale, è giocoforza ritenere che gli elementi delle fattispecie dallo stesso disciplinate, anche nella normativa nazionale di recepimento, dovrebbero essere interpretate dal giudice nazionale in modo autonomo, avendo riguardo della lettera e dello scopo dello strumento adottato dall'Unione piuttosto che degli schemi abitualmente seguiti dal diritto nazionale. È chiaro però che, in assenza di indicazioni precise del legislatore europeo, i giudici non hanno altra scelta che interpretare i concetti di parte generale alla luce della tradizione nazionale; anzi, dal momento che, quando non vi sia un esplicito obbligo di armonizzazione, gli Stati membri mantengono la loro discrezionalità, sembrerebbero addirittura obbligati ad una tale interpretazione. E però, l'applicazione di concetti nazionali a illeciti di fonte europea può portare a risultati divergenti<sup>602</sup>. Se per di più consideriamo il progressivo sviluppo del sistema penale europeo, la ricognizione di concetti di parte generale autenticamente europei sembra essere una questione di cruciale importanza. A fronte di tale esigenza, si aprono, dunque due possibili strade: l'armonizzazione per via legislativa e quella per via interpretativa.

Ricavare la parte generale del diritto penale dell'Unione in via interpretativa non sarebbe, invero, un'operazione molto agevole. Anzitutto perché non si può certo fare una media dei concetti nazionali di parte generale e, anche a poter fare un'analisi, per così dire, "quantitativa" dei concetti, non sarebbe corretto porre

---

<sup>601</sup>Così SICURELLA, *Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European union in criminal law*, in KLIPPOF, *ult. cit.*, 233-249.

<sup>602</sup>Ad esempio, mentre il diritto tedesco contempla solamente due elementi soggettivi (il dolo, compreso quello eventuale, e la colpa), il sistema inglese contempla anche la *recklessness*, qualcosa che si situa tra i due e non può, quindi, essere ricondotta all'area della volontà. In tal modo, qualora il diritto europeo imponga l'obbligo di punire un comportamento che, in concreto, possa essere ricondotto alla categoria della condotta *reckless* o al dolo eventuale, qualificandolo, però, come *volontario*, il reo potrà essere punito in Germania ma non in Inghilterra. Si consideri ancora, ad esempio, il caso del tentativo, punito solo quando intenzionale in Inghilterra, ma non in Germania o nei Paesi bassi, e così per le varie forme di concorso e per le cause di esclusione della punibilità, in relazione alle quali il diritto dell'Unione non ha disposto quasi nulla.



l'asticella al livello del minimo comune denominatore - e tantomeno al massimo - senza che ciò abbia conseguenze anche sugli aspetti procedurali. Né ci assicura maggiori *chance* il lasciare la definizione a ciascuna direttiva, di cui poi si potrebbe fare una peculiare interpretazione - a meno che la Corte di giustizia, forte dell'accresciuto ruolo proattivo rafforzato dall'ultima modifica dei Trattati, riesca a proporre e consolidare dei concetti in modo adeguato<sup>603</sup>. Anche se eventualmente non risolutivo, tale processo di armonizzazione in via interpretativa sembra necessario, anche solo come operazione preliminare, qualora l'Unione dovesse procedere ad armonizzare la parte generale in via legislativa<sup>604</sup>. Un'auspicabile prospettiva di impegno teorico transnazionale presuppone il rifiuto dell'imitazione di un modello dogmatico dominante, in nome della pari dignità delle diverse tradizioni giuridiche, e, di conseguenza, un grande sforzo di semplificazione in vista della ricerca democratica di ragioni di compromesso<sup>605</sup>. In ogni caso, dunque, la parte generale europea dovrebbe essere costruita a partire dalle comuni tradizioni costituzionali e dai frammenti di diritto penale dell'Unione già esistente, oltre che in modo rispettoso della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e della CEDU, come impongono gli artt. 6 TUE e 67 TFUE. È dunque, anzitutto, necessario un lavoro comparatistico, come quello che spesso compie la Corte per colmare le lacune del diritto dell'Unione, a partire dall'analisi delle categorie contemplate dalle diverse famiglie giuridiche europee, ovvero *commonlaw*, sistema germanico, sistema napoleonico e – nella misura in cui non siano stati riformati

---

<sup>603</sup> V., ad es., quello di colpa grave (*serious negligence*) fornito dalla sentenza del 3 giugno 2008, Causa 308-/06, *Intertanko a.o. c. Secretary of State for Transport* (2008), ECR I-4057.

<sup>604</sup> V. però, BOSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per l'europizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, 290-291 che avverte addirittura il pericolo che la Corte di Giustizia possa, attraverso il procedimento pregiudiziale, elaborare una dogmatica di parte generale - seppur riferibile solo ai reati armonizzati - senza che ciò sia davvero necessario per il raggiungimento degli obiettivi di armonizzazione e, per questo, ipotizza la possibilità di introdurre "riserve interpretative" sulla portata dei concetti di parte generale per tutelare la coerenza degli ordinamenti nazionali. Critica anche la posizione di SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla procura europea, cit.*, che ritiene non si tratti di soluzione che, per quanto di forte impatto, possa risultare ottimale nel lungo periodo, sia per quanto riguarda la certezza del diritto che per quanto riguarda gli equilibri istituzionali.

<sup>605</sup> FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, *cit.*, 148-149.

sulla base dei primi - sistemi dell'ex-blocco<sup>606</sup>. Invero, a volere ricostruire un sistema coerente di parte generale, occorre operare tanto una ricognizione delle linee esistenti nella produzione europea, quanto una di quelle che possono ricavarsi dall'analisi dei diversi sistemi nazionali; occorre, in altre parole, combinare, un approccio deduttivo (o *top-down*) ed uno induttivo (o *bottom-up*)<sup>607</sup>. Sebbene i sistemi nazionali possono presentare alcune divergenze, un'analisi comparativa degli stessi può ben condurre a visualizzare un'immagine completa e coerente che, auspicabilmente, possa essere sintetizzata in qualcosa che rispetti l'articolo 6 TUE e possa, dunque, essere coerente e applicabile. È proprio in considerazione di tali differenze che uno studio comparatistico sarebbe il primo passo da compiere per stabilire una base comune e individuare dove un compromesso sia necessario e possibile. È stato sostenuto, infatti, che vi sarebbe sufficiente convergenza nella costruzione dei principali istituti e soprattutto nella loro giustificazione teorica tra i vari sistemi europei, e ciò permetterebbe l'edificabilità di una parte generale europea<sup>608</sup>. E, tuttavia, un modello di regolamentazione comune di istituti di parte generale che possa servire da base all'armonizzazione non potrà consistere in un'operazione di mera ricerca di denominatori comuni, ma dovrà piuttosto partire dall'osservazione degli orientamenti dell'ordinamento in relazione alla materia da ordinare, così costruendo in modo deduttivo le linee guida utili a costruire un sistema comune o, detto altrimenti, a partire dall'individuazione di principi base al vertice degli ordinamenti concreti da cui approssimare l'armonizzazione<sup>609</sup>; dopo il lavoro comparativo sugli elementi dell'illecito nei vari sistemi nazionali, occorrerà operare una sorta di sintesi, attraverso l'applicazione dei criteri di consistenza, coerenza e applicabilità<sup>610</sup>.

---

<sup>606</sup> Come fatto da BLOMSMA, *op. cit.*

<sup>607</sup> In tal senso KLIP, *op. ult. cit.*

<sup>608</sup> Così BLOMSMA, *op. cit.*, 509 ss.

<sup>609</sup> Così CANCIO MELIA, *Consideraciones sobre una regulacion comun europea de la tentativa*, in TIEDMANN (ed. spagnola a cura di NIETO MARTIN), *Eurodelitos, El derecho penal economico en la Union europea*, Cuenca, 2003, 54-55.

<sup>610</sup> Consistenza e coerenza significa che i vari elementi (colpevolezza, scriminanti, condotta, tentativo, legalità, *locus delicti* e giurisdizione) non debbono essere tra loro confliggenti e che la loro applicazione deve condurre a un risultato prevedibile, bilanciando l'attuale carattere frammentario

La determinazione socio-culturale del diritto penale, però, richiede soluzioni transnazionali che vadano oltre la dogmatica e la pura tecnica e, anche se vi fosse un sistema di imputazione penale considerato più valido di altri, questo non potrebbe comunque essere applicato senza prendere in considerazione le circostanze socio-culturali e il contesto di ogni sistema nazionale<sup>611</sup>. In termini metodologici, un lavoro simile non potrebbe prendere le mosse da un sistema giuridico secondo un classico metodo comparatistico normativo-descrittivo, ma, piuttosto, andrebbe usato un approccio funzionale, guidato dai problemi esistenti e che faccia una comparazione tra le diverse soluzioni (funzionali) fornite dai vari sistemi nazionali, operando con un certo quadro normativo basato su valori. Nel contesto europeo, un tale standard corrisponderebbe a un diritto penale liberale, prodotto dall'illuminismo e fondato sul rispetto dei diritti fondamentali. Ma questo approccio combinato funzionale e basato su valori dovrebbe comunque essere completato da altri metodi e basarsi su di una più ampia comprensione (inter)culturale dei sistemi penali che vada oltre la mera comparazione delle norme giuridiche nel contesto sociale<sup>612</sup>. Inoltre, un progetto di codificazione richiede non solo la comparazione del diritto scritto, ma anche del diritto vivente.

Spesso la parte generale è influenzata dalla parte speciale, ed è quindi ben possibile che gli stessi istituti si declinino diversamente a seconda che si tratti delle infrazioni di cui all'art. 83 §1 o di quelle di cui all'art. 83 §2. Sebbene non possa non rilevarsi che l'armonizzazione per via giurisprudenziale sia un metodo che potrebbe condurre ad una serie di incoerenze, oltre a non essere in linea con un processo democratico, tuttavia ciò appare preferibile quantomeno per la sua gradualità, a fronte dell'alternativa di un recepimento a livello nazionale di

---

delle previsioni europee di parte speciale. L'esecutività o applicabilità (*enforceability*) esprime la necessità che gli Stati rispettino gli obblighi che derivano dall'art. 4 §3 TUE, e richiede di bilanciare, quindi, la complessità dogmatica con l'applicazione pratica e, in definitiva, la costruzione di un diritto semplice.

<sup>611</sup> Così AMBOS, *op.ult. cit.* e Id., *Remarks on the general part of International criminal law*, JICJ 4 (2006), 660-662; anche BOSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per l'uropeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, 278, rimarca come anche il diritto penale in genere, come la dipendenza del diritto penale da concezioni culturali, linguistiche e storiche non consentirebbe una risposta adeguata a livello europeo.

<sup>612</sup> Cfr. AMBOS, *Comments on the model penal code and European criminal code*, in KLIP, *op. ult. cit.*, 227-232.

definizioni generali che provocherebbe un'armonizzazione a cascata, particolarmente temuta dagli Stati membri. Inoltre, seppure la necessità di una chiara e coerente parte generale a livello europeo non debba comportare necessariamente la sua codificazione, l'adozione di strumenti legislativi comuni, in qualche modo auspicata dalle istituzioni<sup>613</sup>, sarebbe certamente un modo adeguato di scongiurare il rischio di divergenze applicative<sup>614</sup>.

La formulazione dell'art. 83 TFUE suggerisce che l'Unione non abbia competenza in ogni aspetto del diritto penale, ma solo limitatamente alla definizione delle infrazioni e delle sanzioni. Un'interpretazione letterale della disposizione deporrebbe per l'armonizzazione delle sole condotte illecite e sanzioni, quindi della solaparte speciale<sup>615</sup>. E, tuttavia, la definizione di un'infrazione non può limitarsi alla descrizione della condotta incriminata, poiché questa ha bisogno di essere coordinate con le norme di parte generale e, su questo aspetto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia può senz'altro giocare un ruolo importante<sup>616</sup>. Si potrebbe quindi supporre che, nonostante la formulazione leggermente diversa, l'art. 83 TFUE coincida, sostanzialmente, con il vecchio art. art. 31(e) TCE, che consentiva la produzione di norme sugli elementi costitutivi dell'infrazione e, quindi anche degli illeciti le sanzioni (nonché la criminalizzazione delle condotte accessorie, la definizione delle regole di giurisdizione e della

---

<sup>613</sup> V. ad es. le Conclusioni del Consiglio sulle disposizioni modello, Bruxelles, 27 novembre 2009, 16542/2/09 REV 2 e le Comunicazioni della Commissione del 20 Settembre 2011, COM (2011) 573 e del 26 maggio 2011, COM (2011) 293.

<sup>614</sup>BLOMSMA, *op. ult. cit.*, riconosce che solo pochi concetti di parte generale sono stati individuati a livello europeo grazie all'opera della Corte di giustizia citando, in particolare, i *principi* di irretroattività, *lex mitior*, la proporzionalità; trattandosi, dunque, di principi più che di veri e propri istituti di parte generale, si potrebbe convenire con LOHMUS, *European criminal law: can a general part be developed through case law?*, in KLIP, *op. cit.*, 199-207, che la Corte non sarebbe in grado di svolgere un'effettiva opera di armonizzazione della parte generale.

<sup>615</sup> Così KLIP, *op. ult. cit.*; tuttavia, va considerato che, mentre il vecchio art. 31 (1) (e) del TCE permetteva di dettare norme minime per l'armonizzazione degli *elementi costitutivi* degli illeciti, il nuovo Trattato parla di norme minime concernenti la definizione dei reati, ciò che permette di includere anche norme primarie come quelle sulla punibilità e sulla giurisdizione.

<sup>616</sup> Così ASP, *op. cit.*, 93-102, che cita, ad. es., la definizione di *consapevolmente intenzionalmente* fornita nel caso C-72/11, *Afrasiabi*, §§ 58 ss.; cfr. anche CGCE causa C-308/09, *Intertanko* (2008) ECR I-4057, § 77 per il concetto di colpa grave.

responsabilità degli enti, come del resto avveniva con le decisioni quadro e oggi con le direttive). Inoltre, a questo proposito, va presa in considerazione la Comunicazione COM 573 (2011)<sup>617</sup>, da cui si ricava che gli aspetti su cui l'Unione può intervenire a norma dell'art. 83 TFEU riguardano: la definizione dei reati; la definizione delle condotte accessorie; l'indicazione dell'elemento soggettivo; le circostanze; le regole sulla giurisdizione e le altre condizioni da cui dipende la punibilità; la specie della sanzione; il *quantum* di pena; l'applicabilità della confisca. Sulla definizione della singola infrazione di parte speciale, *nulla quaestio*. Diverso è il discorso per i c.d. comportamenti sussidiari, ovvero per le forme di manifestazione del reato. Sul punto, la posizione tradizionalmente dominante è che l'Unione possa stabilire la punibilità di alcune di esse, ma non armonizzare concetti come istigazione, tentativo, assistenza, favoreggiamento. Il diritto dell'Unione non potrebbe, infatti, incidere direttamente su concetti di parte generale<sup>618</sup>, poiché la sua competenza in materia sarebbe non già generale, bensì limitata a certe tipologie di illecito, e dovrebbe quindi soltanto indicare tali ipotesi, lasciando alla legislazione nazionale di concretizzarle, invece di descrivere in modo dettagliato tutte le possibili manifestazioni del reato preso in considerazione. E, in effetti, dato che i Trattati circoscrivono la competenza penale europea a specifici settori di parte speciale, le norme penali minime europee non potranno intervenire su questioni di parte generale sganciate dalle singole materie indicate nell'art. 83 TFEU<sup>619</sup>. E, tuttavia, non andrebbe nemmeno sottovalutato il rischio che la settorializzazione della parte generale comporta rispetto al fondamentale principio di eguaglianza: sarebbe, invero, ingiusto stabilire criteri di imputazione differenti a seconda che si violino norme di fonte europea ovvero nazionale<sup>620</sup>. Comunque sia,

---

<sup>617</sup>[http://www.parlamento.it/web/docuorc2004.nsf/a4f26d6d511195f0c12576900058cac9/fc1b07bae37bf1a2c125791a00345c56/\\$FILE/COM2011\\_0573\\_IT.pdf](http://www.parlamento.it/web/docuorc2004.nsf/a4f26d6d511195f0c12576900058cac9/fc1b07bae37bf1a2c125791a00345c56/$FILE/COM2011_0573_IT.pdf)

<sup>618</sup> Così SATZGER, *op. ult. cit.*, 79.

<sup>619</sup> Così GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, cit., 2331.

<sup>620</sup> Cfr. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla procura europea*, cit; Favorevole alla prospettiva di codificazioni settoriali FIANDACA, *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale*, in *Foro it.*, 1994, 1 ss., secondo cui essa avrebbe il pregio adeguare il diritto penale a un sistema ormai inevitabilmente policentrico, confacendosi alle esigenze di garanzia delle diverse branche (che peraltro sono spesso mutevoli) e alle esigenze di tutela dei vari interessi, evitando gli aggiustamenti che altrimenti sarebbero necessari in sede giudiziale.

tali norme non dovrebbero vertere su questioni di natura essenzialmente dogmatica: per esempio, non dovrebbero imporre ai singoli sistemi penali degli Stati membri di accogliere una certa definizione o concezione di dolo estranea alla tradizione nazionale, ovvero di rendere punibili sempre e comunque le forme di tentativo inidoneo o di concorso di persone inidoneo, le quali come si sa sono ammesse in taluni sistemi penali nazionali (come quello tedesco) e sono invece respinte in altri (come quello italiano). Ciò non significa, peraltro, che i condizionamenti prodotti dalle norme penali europee non possano indirettamente vincolare gli Stati rispetto a talune scelte di sistema: ad esempio, se una data norma penale europea obbliga gli Stati membri a punire i reati da essa previsti anche a titolo di tentativo, tale norma obbligherà molti di tali Stati a non etichettare quei reati come contravvenzioni, dato che nei rispettivi sistemi le contravvenzioni non sono punibili a titolo di tentativo<sup>621</sup>. Altri considerano, però, che il tentativo o le forme di concorso siano, in sé, illeciti perfettamente completi e autonomi rispetto alle condotte di base, se non per il bisogno di fare riferimento a queste ultime e, perciò, ritengono che l'Unione ben potrebbe occuparsi direttamente della loro armonizzazione quando queste siano forme di manifestazione dei fenomeni criminali per cui essa ha competenza a norma dell'art. 83 §1 TFUE<sup>622</sup>. Problemi simili pone anche la determinazione dell'elemento soggettivo. Se, infatti, l'Unione può decidere se una certa condotta vada punita solo a titolo di dolo o anche di colpa, non può, per contro, spingersi fino ad armonizzare tali concetti perché, in tal caso, andremmo certamente ben oltre l'armonizzazione degli illeciti consentita dai Trattati<sup>623</sup>.

Problemi pone anche la definizione delle regole sulla giurisdizione, perché sebbene esse non rientrino letteralmente nella competenza a dettare norme per l'armonizzazione degli illeciti, esse sono tuttavia sempre presenti negli strumenti relativi e, del resto, la loro assenza comporterebbe problemi. Sul tipo e sull'entità delle sanzioni, invece, non si pongono problemi di legittimità ma, al più, di efficacia o di coerenza dei sistemi nazionali.

---

<sup>621</sup> Così BERNARDI, *La competenza penale accessoria, cit.*, 43-78

<sup>622</sup> Così ASP, *op. cit.*, 93-102.

<sup>623</sup> *Ibidem*.

Per quanto riguarda, invece, la legittimità di una normativa europea in materia di confisca, invece, l'unica spiegazione sta nel considerarla una sanzione penale<sup>624</sup>. Una questione particolare è l'ammissibilità di un'armonizzazione in materia di prescrizione, che si potrebbe anche considerare possibile in relazione alla singola infrazione oggetto di armonizzazione, ma che potrebbe comunque porre problemi sul piano della sussidiarietà dell'intervento dell'Unione<sup>625</sup>. È evidente quindi che entrambi i metodi di armonizzazione della parte generale (in via legislativa e in via interpretativa) sono potenzialmente, in certa misura, applicabili. Il problema è, tutt'al più, quello di dosare l'utilizzo dei due metodi che inevitabilmente si combinano nella creazione del diritto penale europeo.

## 2.1 La Colpevolezza

Vi è un andamento oscillante ma che tendenzialmente riconosce il principio di colpevolezza quale principio europeo cui rapportare la legittimità degli atti europei<sup>626</sup>. Ma quando si tratta di norme nazionali, la Corte ha stabilito che sono compatibili con il diritto UE anche forme di responsabilità oggettiva<sup>627</sup>.

La disciplina del dolo, della colpa, dell'antigiuridicità e dell'errore presenta molte differenze in Europa, tanto di forma che di contenuto. Ma la necessità giuridico-dogmatica di un elemento che condizioni l'imputazione soggettiva del fatto è parte del nucleo della tradizione penale europea, sebbene la colpevolezza si declini diversamente nei vari ordinamenti. E una precisa qualificazione dell'elemento soggettivo, il grado di esigibilità della condotta conforme, la conoscenza e conoscibilità del precetto e gli eventuali errori sullo stesso, risultano di particolare

---

<sup>624</sup> V. in tal senso, COM (2012) 85, p. 8, che riconosce l'art. 83 §1 TFUE come principale base giuridica per l'armonizzazione della normativa sulla confisca.

<sup>625</sup> V. ad es. l'art. 12 della proposta di direttiva contro le frodi COM (2012) 363.

<sup>626</sup> SOTIS, *Como construyen los jueces europeos un derecho fundamental o- poniendonos en el "sollen" – come deberian construirlo?*, in DIEZ-PICAZO, NIETO MARTIN, *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Thomson Reuters, 2010, 73-89.

<sup>627</sup> Cfr. SICURELLA, *Nulla poena sine culpa?*, *Rev. Sc. Crim.*, 2002, 15 ss. Tuttavia la più recentemente giurisprudenza CEDU potrebbe comportare un significativo cambiamento: v. in particolare sent, CtEDU, Sud Fondi, 20 gennaio 2009.

importanza per diversi settori nei quali l'Unione ha interesse ad intervenire<sup>628</sup>. Alcuni autori, inoltre, ritengono che nei vari sistemi nazionali vi sia una larga convergenza sulla disciplina della colpevolezza e, ove vi sono differenze, sembra che si stiano progressivamente riducendo. In fondo tutti i sistemi avrebbero lo stesso retroterra e affronterebbero le stesse difficoltà. Sembra, però, opportuno procedere a una disciplina esaustiva ma che usi, però, termini ampi e non strattamente connessi ad una cultura dogmatica, così da lasciare impregiudicata la sistematica nazionale.

Un'elaborazione europea della colpevolezza, dovrebbe contemplare tre livelli di elemento soggettivo, come avviene in Francia e Inghilterra: il dolo, la *recklessness* e la colpa. L'inclusione della *recklessness* e il contestuale rigetto del dolo eventuale sarebbe una scelta imposta dall'esigenza di considerare maggiormente le probabilità di verifica di conseguenze dannose della condotta, senza arenarsi in sofisticate dissertazioni e formule vuote sulla volontà, secondo una normale evoluzione dei tempi<sup>629</sup>. Inoltre, l'imprudenza grave avrebbe anche il pregio di costituire una categoria qualificata tanto dal punto oggettivo che soggettivo<sup>630</sup>.

Nel diritto amministrativo dell'Unione, pure si riconosce che è necessario un minimo di elemento soggettivo, e il dolo comprende il fatto e il significato del comportamento punibile, ma non la conoscenza dell'illecito, non risulta chiaro se l'errore inevitabile rilevi su un piano sostanziale o solo in termini di opportunità giudiziale. La colpevolezza è parte del principio di inviolabilità della dignità umana e quindi ineliminabile: da questo punto di vista risulta indispensabile escludere la punibilità nel caso di errore inevitabile, tanto più nei settori di diritto penale artificiale. Si raccomanda inoltre la differenziazione tra conoscenza del fatto e dell'ingiusto (modello dualista), errore sul precetto penale e su norma extrapenale<sup>631</sup>. Per quanto riguarda l'errore, quello inevitabile, e quindi scusabile, è riconosciuto<sup>632</sup>, considerando se l'attore, tenuto conto di tutte le circostanze

---

<sup>628</sup>VOGEL, *Presupuestos y exclusion de la responsabilidad subjetiva*, in TIEDMANN (ed. spagnola a cura di NIETO MARTIN), *Eurodelitos, El derecho penal economico en la Union europea*, Cuenca, 2003, 39-43.

<sup>629</sup>Così BLOMSMA, 41 ss., 142-166 e 271 ss.

<sup>630</sup>Favorevoli a tale impostazione risultano VOGEL, *op. cit.* e BLOMSMA, *op. cit.*

<sup>631</sup>VOGEL, *Ibidem*.

<sup>632</sup>CGCE 17 maggio 1984, Causa 83/83, *Estel NV c. Commissione* (1984), ECR 2195, §35.



oggettive e soggettive, avrebbe potuto avere conoscenza dell'illiceità della propria condotta<sup>633</sup>. Secondo la Corte gli Stati membri sono liberi di risolversi per la punibilità anche in queste circostanze, ma tuttavia il trattamento sanzionatorio dovrebbe essere mitigato<sup>634</sup>. Inoltre, l'errore dovrebbe scusare quando sia stato indotto da dichiarazioni, condotte o atteggiamenti tolleranti dell'autorità<sup>635</sup>, o ancora quando la formulazione della norma non consenta la prevedibilità della pena<sup>636</sup>.

Maggiore divergenza si riscontra, invece, sull'ammissibilità della responsabilità oggettiva. Ma non solo vi è convergenza a partire dagli sforzi di approssimazione e di interpretazione delle alte corti, ma anche dalla cooperazione dottrinale. Essa non contrasta con la CEDU se utilizzata dal legislatore entro limiti ragionevoli e senza che venga compromesso il diritto di difesa<sup>637</sup> e in termini simili si è pronunciata anche la Corte di Giustizia, che però riconosce il principio di colpevolezza del diritto penale collocandolo nell'ambito del principio di proporzionalità. Sebbene, dunque, non possa considerarsi il criterio di imputazione tipico, sarebbe nondimeno ammissibile, e ciò dovrebbe essere accettato come un cambiamento nella disciplina dei presupposti della responsabilità a fronte di mutamenti sociali che ciò richiedono. La valutazione andrebbe operata illecito per illecito, e dovrebbe risolversi positivamente rispetto agli illeciti di natura regolatoria o rispetto a quelli che presiedono a interessi particolarmente vulnerabili. Ma, in linea di principio, non può ritenersi incompatibile con il diritto dell'Unione<sup>638</sup>, sebbene

---

<sup>633</sup> V. CGCE, sentenze 28 giugno 2005, cause C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P e C-213/02 P *Dansk rorindustri e altri v. commissione* (2005), ECR I5425.

<sup>634</sup> 12 July 2001, Case C-262/99, *Paraskevasblouloudakis v. elliniko dimosion*(2001), ECR I5547, §76.

<sup>635</sup> V. CGCE, sentenze 16 dicembre 1995, Cause 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Suikerunie e altri c. Commissione* (1975), ECR 1663; 12 novembre 1987, Causa 344/85, *Ferriere San Carlo c. Commission* (1987), ECR 4435.

<sup>636</sup> CGCE 26 novembre 1998, Causa 370/96, *Covita AVE . Elliniko Dimosio* (1998), ECR I-7711, §27.

<sup>637</sup> CtEDU, sentenza *Salabiaku*.

<sup>638</sup> CGCE. 10 luglio 1990, Causa C-326/88, *Anklagemyndighen v. Hansen & Son I/S* (1990), ECR I-2930, CGCE 2 ottobre 1991, Causa C-7/90, *Criminal proceedings against Paul vandenvenne and others* (1991) ECR I-4371, §12 e 27 febbraio 1997, Causa C-177/95, *Ebony Maritime* (1997), ECR I-1111, §36.

sino ad oggi le disposizioni in materia penale siano state redatte nel modo più rispettoso possibile del principio di colpevolezza. In particolare, poiché il diritto dell'Unione richiede la proporzionalità tra offesa e sanzione<sup>639</sup>, dovendosi misurare la rimproverabilità della condotta, in particolare, bisognerebbe tenere i conto gli obiettivi perseguiti dall'agente<sup>640</sup>.

## 2.2 L'antigiuridicità

La categoria delle *defences* (scriminanti e scusanti) non sembra essere ancora troppo sviluppata a livello di Unione europea, anche se il sempre maggior livello di dettaglio delle più recenti direttive comincia a permettere di fare riferimento a concetti come l'esercizio di un diritto, ovvero la giustificazione di pubblico interesse alla realizzazione di una certa condotta. E però, mentre i sistemi tradizionali distinguono tra comportamenti colpevoli, meritevoli di pena e comportamenti analoghi ma non colpevoli, e quindi esenti da pena, gli strumenti europeo si riferiscono, molto più genericamente, al comportamento o alla colpa grave in un modo che lascia intendere che a convergenza degli stati membri si abbia solo per quanto riguarda le condotte oggettive<sup>641</sup>.

Nell'affrontare la questione della codificazione delle cause di esclusione della pena il punto di partenza necessario è la constatazione delle significative differenze sul punto tra i vari sistemi dei paesi membri, la maggior parte dei quali distingue tra cause di giustificazione e cause di esclusione della colpevolezza, distinzione che diviene molto rilevante in casi in cui debba discutersi della punibilità dei compartecipi. Una tale distinzione può riscontrarsi, peraltro, nella giurisprudenza

---

<sup>639</sup> CGCE, sent, 21 settembre 1989, causa C-68/88, *Grecia c. Commissione* (1989), ECR 2965.

<sup>640</sup> Cfr. l'opinione dell'AG Van Gerven del 5 dicembre 1989, causa C-68/88, *Grecia c. Commissione* (1989), ECR 2965.

<sup>641</sup> Così MIETTINEN, *Criminal law and policies in the European union*, Routledge, 2013, 134 ss. Sul punto cfr. le decisioni quadro 2001/413/GAI (art. 3), 2004/68/GAI (art. 3) 2004/757/Gai (art. 29; inoltre, v. la spiegazione di cosa è una *defence* all'art. 1 della decisione quadro 2005/222/GAI e del e considerando 17 della direttiva 2001/93/EU su abuso sessuale minori.

della Corte di Giustizia<sup>642</sup>. Il diritto dell'Unione, dunque, dovrebbe conoscere scriminanti e scusanti e, di preferenza, mantenerne la distinzione.

Secondo la Corte, la legittima difesa richiede l'imprescindibilità del comportamento per difendersi da una aggressione antiggiuridica<sup>643</sup> di qualunque persona e a difesa di qualunque suo bene giuridico, senza tuttavia specificazioni sulla eventuale proporzionalità tra difesa e offesa.

Per quanto riguarda, invece, lo stato di necessità giustificante, requisito fondamentale è l'esistenza di un pericolo che minacci in modo imminente un bene giuridico e che non è possibile affrontare realizzando un comportamento altrimenti conforme al diritto e che non sia stato generato dall'autore del comportamento necessitato e solo quando sia in gioco la stessa sopravvivenza del bene minacciato<sup>644</sup>. Sebbene non sempre espressamente regolato si tratta di un istituto ammesso in tutti gli ordinamenti, che si lega al generale dovere di necessità tra cittadini oltre che ad alcune specifiche posizioni di garanzia e trova il suo limite nell'equivalenza degli interessi in gioco e nell'autoresponsabilità dell'eliminazione del rischio.

La differenza tra stato di necessità come causa di esclusione dell'antigiuridicità e come causa di esclusione della colpevolezza merita di essere ritenuta in ambito UE, anche perché permette di meglio regolare la diversità tra i casi di beni di valore superiore e pari. E anche lo stato di necessità difensivo deve essere oggetto di regolazione specifica perché si giustifica non da principio di solidarietà ma di risposta a un comportamento ingiusto.

Il consenso scriminante va regolamentato in modo specifico, così come avviene in molti stati, settore per settore. Poiché in molti ordinamenti, le cause di giustificazione hanno come fonte l'intero ordinamento, in ambito europeo appare opportuno inserire cause specifiche tipiche per i vari settori della parte speciale.

---

<sup>642</sup>DANNECKER, *Causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad en la parte general del derecho penal europeo*, in TIEDMANN (ed. spagnola a cura di NIETO MARTIN), *Eurodelitos, El derecho penal economico en la Union europea*, Cuenca, 2003, 45-51.

<sup>643</sup> Rec 1962 p. 518, 612 *Modena* e 1980, 907 *Valsabbia e Pioneer*<sup>64</sup> rec. 1983, 1825.

<sup>644</sup> CGCE, *Valsabbia I*.

Inoltre l'Unione ha riconosciuto anche una sorta di non punibilità per tenuità del fatto<sup>645</sup>. Ma la prima delle cause di giustificazione rimane, naturalmente, la conformità con il diritto dell'Unione, che gode di primazia sulle fonti interne<sup>646</sup>.

### 2.3 Forme di manifestazione del reato.

Spesso le direttive, nello stabilire infrazioni penali, richiedono anche la punibilità delle stesse a titolo di tentativo; eppure, bisogna tenere conto del fatto che i vari sistemi penali europei differiscono molto tra loro sul punto, e si dividono sostanzialmente in tre grandi modelli: quelli oggettivisti e formali, orientati alla configurazione del tipo criminoso o alla lesione del bene protetto; quelli che puniscono la manifestazione della volontà diretta alla realizzazione del fatto; e quelli che considerano entrambi gli elementi.

Spesso l'Unione richiede, inoltre, la criminalizzazione di forme di partecipazione nella realizzazione dell'illecito, sebbene in modo confuso e incoerente, a cominciare dall'uso di una formulazione diversa in strumenti diversi<sup>647</sup>. Una definizione di partecipazione o concorso nella realizzazione dell'illecito non è in alcun modo rinvenibile nel diritto penale dell'Unione, anche in ragione del fatto che ci si attende che siano i legislatori nazionali a riempire di contenuto l'indicazione di criminalizzazione di fonte europea. Ciò appare deprecabile, in quanto la Corte di Giustizia ha stabilito che le disposizioni di diritto europeo debbano avere un proprio significato autonomo e un'interpretazione uniforme in tutti i paesi dell'Unione<sup>648</sup>. Inoltre, va tenuto conto del fatto che coesistono tradizionalmente due principali modelli di disciplina della partecipazione alla realizzazione dell'illecito, ovvero quello unitario e quello differenziato; pertanto taluni sistemi riconoscono la necessità di mitigare il trattamento sanzionatorio per

---

<sup>645</sup> 25 novembre 1971, Case C-22/71, *Béguelin* (1971), ECR 949.

<sup>646</sup> V. *BLOMSMA*, 280; cfr. *CGCE, Costa c. Enel*, Case 6/64, ECR 585.

<sup>647</sup> Si noti in proposito che (solo) in taluni casi si stabilisce che il contributo accessorio vada punito solo ove intenzionale, come nel caso di cui all'art. 4 della direttiva 2008/99/CE o all'art. 5 della direttiva 2005/35/CE su ambiente e inquinamento marittimo.

<sup>648</sup> Cfr. sentenze 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, §38 3 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, §§41-42.

talune forme di complicità accessoria, mentre altri lasciano quest'eventualità alla libera valutazione del giudice. In un sistema differenziato, quindi, la qualificazione della condotta dell'autore principale risulta di fondamentale importanza, dal momento che la responsabilità dei compartecipi sarà ricavata di conseguenza, laddove un sistema unitario avrà, tendenzialmente, una concezione "estensiva" della condotta, di modo che indipendentemente dall'entità del contributo, la responsabilità dei singoli compartecipi possa essere autonomamente fondata<sup>649</sup>.

La nozione di perpetrazione della condotta criminosa non ha finora ricevuto la giusta attenzione a livello europeo. Tuttavia, guardando alla giurisprudenza in materia di diritto della concorrenza, si ricava come nel sanzionare le condotte anticoncorrenziali realizzate col concorso di più soggetti la Corte abbia adottato un modello unitario. Tale scelta risulta appropriata dal momento che il funzionamento del mercato interno, molto diverso dagli interessi protetti che ineriscono ai singoli, è invero un bene altamente astratto. E in effetti il modello differenziato incontra molte difficoltà nel confronto con forme contemporanee di criminalità, caratterizzate spesso da una certa divisione dei compiti e un alto livello di organizzazione e sistematizzazione. Da questo punto di vista, un approccio restrittivo alla nozione di perpetrazione sembra funzionare solo in un sistema in cui tutti i compartecipi siano formalmente candidati a vedersi attribuire lo stesso grado di responsabilità. Pertanto una soluzione possibile a livello europeo sarebbe quella di trattare tutti i partecipi come autori della condotta, assoggettandoli alla stessa pena, prendendo in considerazione il diverso peso dei singoli contributi solo in fase di commisurazione giudiziale della sanzione. Così, avendo riguardo alla connessione materiale tra il partecipe e la realizzazione dell'illecito, dovrà valutarsi il suo contributo secondo lo schema della *condicio sine qua non*.

Un tale approccio normativo, che ci conduce ad adottare una accezione ampia della perpetrazione, potrebbe permettere di abbracciare le varie forme di crimine che caratterizzano l'attualità. Per i casi di assistenza marginale, invece, risolutiva sarà l'indagine sulla colpevolezza, e si punirà solo quando il soggetto abbia agito con la finalità specifica di agevolare la commissione dell'illecito. Ma come strutturare, sul piano della tipicità, tale responsabilità accessoria? Strutturarla come

---

<sup>649</sup> Cfr. KEILER, *Towards a european concept of participation in crime*, in KLIP, *Substantive criminal law*, cit., 173-178.

responsabilità derivata, o per connessione alla condotta principale risulterebbe eccessivamente restrittivo, ragion per cui sarebbe preferibile costruire fattispecie autonome secondo lo schema del pericolo, così da svincolarne la punibilità dall'effettiva realizzazione dell'illecito principale. Tali opzioni risultano necessaria considerando la difficoltà dell'approccio tradizionale al tema del concorso (e in particolare del sistema differenziato che, sebbene prevalente negli ordinamenti europei ha subito, non a caso, diversi temperamenti nel tempo) a confrontarsi con l'attuale realtà criminale<sup>650</sup>.

In conclusione, per quel che riguarda il tentativo o il concorso, una scelta risolutiva potrebbe essere quella di prevedere espressamente la punibilità di condotte particolarmente prodromiche, che evitano il problema tanto della individuazione della soglia di atti rilevanti ai fini del tentativo quanto dell'efficienza causale del contributo alla realizzazione concorsuale del reato<sup>651</sup>.

#### 2.4 Le sanzioni

Nella costruzione di un sistema penale dell'Unione appare ineludibile ogni questione attinente ai profili, *lato sensu*, sanzionatori ( non solo i parametri edittali, ma anche le circostanze o la prescrizione).

Generalmente, negli atti di armonizzazione si stabiliscono, come pene, i minimi del massimo, ma non ancora i minimi assoluti. Nel 2002 sono stati concordati dal Consiglio<sup>652</sup> quattro minimi: fra uno e tre anni di pena massima, fra due e cinque anni, tra cinque e dieci, e “nei casi in cui si richiedono pene severe, almeno 10 anni<sup>653</sup>. Le aggravanti, al contrario delle esimenti o delle scusanti, sono invece

---

<sup>650</sup>*Ibidem*, 191-196.

<sup>651</sup>Cfr. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale “armonizzato”?* *Le questioni in gioco*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>652</sup>Cfr. Council document 9141/02, p. 4.

<sup>653</sup>L'unica eccezione è il dirigere un'organizzazione terroristica, che comporta almeno 15 anni di pena; cfr.. COM (2004) 334, libro verde sul ravvicinamento, il mutuo riconoscimento e l'applicazione delle sanzioni penali nell'Unione europea del 30 aprile 2004, in particolare 15-17

sempre presenti negli strumenti dell'Unione<sup>654</sup>Tuttavia, la mera fissazione di minimi e massimi (*rectius*: di minimo del massimo), almeno fintantoché non ci sarà alcuna armonizzazione dei criteri per la commisurazione concreta della pena utilizzati negli stati membri, non solo affetterà particolarmente i paesi del Nord Europa, che non conoscono massimi tanto elevati, ma, più in generale, comprometterà la proporzione interna tra i diversi livelli delle sanzioni, che esprimono determinati valori e priorità di un contesto sociale ben delimitato, unitamente all'accettazione stessa della legge penale da parte dei cittadini.

Si pone dunque il problema di un possibile puro simbolismo delle pene minime comuni stabilite dall'Unione, nella misura in cui ciascun paese ha le sue leggi di applicazione delle pene che non garantiscono la stessa effettività – e in tal senso potrebbe essere inutile anche prevedere norme di parte generale nei vari strumenti poiché tali istituti, non essendo omogeneamente disciplinati, verrebbero comunque interpretati da ciascuno Stato in modo conforme alla propria tradizione<sup>655</sup>.D'altra parte, un ordinamento penale che non disponga di un coerente sistema sanzionatorio non sarà, verosimilmente, in grado di svolgere le fondamentali funzioni del diritto penale<sup>656</sup>.

Un ultimo aspetto da considerare è che la parte generale risente, inevitabilmente, degli obiettivi che il sistema sottende alla pena.Ad esempio, andrebbero considerate le implicazioni delle teorie della pena relativamnte a fondamentali categorie come quelle relative alla causalità penale. Ciò permette di notare come nei sistemi in cui la sanzione è contraddistinta da un'estrema personalizzazione del rapporto punitivo – come per l'emenda o la prevenzione speciale – la causazione dell'evento quale conseguenza dannosa della condotta del reo – l'attuale offesa al bene giuridico – ha un ruolo poco significativo; e aggiunge che anche la

---

<sup>654</sup> Cfr. ad es. art. 4 decisione quadro 2008/913/GAI su xenofobia o art. 3 2008/841/GAI su crimine organizzato o art. 4 direttiva 2011/93/EU; v. anche 2001/888/GAI su recidiva e al contrario direttiva 221/64 che invece la vieta.

<sup>655</sup> Come evidenzia SATZGER, *Quels principe pour une politique criminelle européenne cit.*, 137-151.

<sup>656</sup> Così SATZGER, *Politica criminale europea: pericoli o prospettive per gli ordinamenti penali nazionali all'interno dell'Unione europea*, in PALIERO, VIGANÒ, *Europa e diritto penale*, cit., 297-298.

valorizzazione dell'evento, in una prospettiva teleologica, potrebbe variare a seconda delle scelte operate in tema di scopo della sanzione penale<sup>657</sup>.

Nel panorama europeo, alcuni sistemi nazionali sembrano essere più inclini all'utilitarismo ed altri alle preoccupazioni deontologico-retributivistiche, ma dal momento che tutti sembrano prestarsi ad assecondare entrambe le tendenze, sia pure in misura variabile, un quadro comune europeo andrebbe delineato usando principi e concetti compatibili con entrambi gli approcci. Il clima generale (tanto a livello degli Stati che a livello sovranazionale) sembra, però, mostrare una tendenza marcatamente repressiva, cui si accompagna una sempre maggiore centralità della vittima nel discorso penale, secondo un paradigma costruito sull'accentuazione dei profili simbolico-espressivi della pena, tipici di un diritto penale populista<sup>658</sup>. I diversi standard di colpevolezza, in particolare, riflettono un diverso atteggiamento morale nei confronti del reo e della sua condotta, così che si renderà necessario operare anche alcune precisazioni in proposito a scopi e funzioni della pena nel nascente diritto penale dell'Unione<sup>659</sup>. Ma, a tale ultimo proposito, il fatto che il moderno diritto penale dell'Unione propenda quasi sempre per l'antica pena della reclusione ci porta a concludere che Un tale atteggiamento nasconda un certo, retribuzionismo un *"nothing works" sentiment*, gli attacchi dei liberali rispetto alla sua incompatibilità con lo stato di diritto, e gli e una prevenzione speciale che sopravvive solo nell'ombra di se stessa, nella forma di un'incapacitazione senza riabilitazione.

---

<sup>657</sup> Così LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, ESI, 2007, 70-72,

<sup>658</sup> Così VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 33 ss.

<sup>659</sup> Così anche BLOMSMA, *op.cit.*, 34.



## **b. La parte speciale del diritto penale dell'Unione**

### 1. Gli interventi normativi dell'Unione in materia penale

Com'è noto, il principale effetto positivo del diritto dell'Unione in materia penale consiste nell'emanazione di direttive – e prima di Lisbona decisioni quadro - che hanno per effetto di obbligare gli Stati ad adeguare le loro legislazioni alle esigenze di armonizzazione. Ciò comporta, talvolta, l'introduzione o la rimodulazione di fattispecie incriminatrici. Da qui la possibilità di parlare, seppur, inevitabilmente, in senso lato, di “parte speciale” del diritto penale dell'Unione. Il campo è evidentemente troppo vasto per poter essere esplorato in tutte le sue pieghe. Per questa ragione ci si limiterà ad un colpo d'occhio su alcune iniziative di armonizzazione, distinguendo, secondo lo schema delle competenze di cui all'art. 83 TFUE, gli interventi riconducibili alla necessità di un'azione comune in sfere di criminalità particolarmente grave da quelli riconducibili alle esigenze di effettività delle politiche dell'Unione in settori che siano stati già oggetto di armonizzazione. Il tutto allo scopo di mostrare come l'equilibrio del sistema sia stato influenzato da tali iniziative nel senso di una polarizzazione sulle esigenze securitarie e di tutela dei diritti fondamentali<sup>660</sup>. Giova infine precisare che alcuni atti precedenti all'entrata in vigore del Trattato vigente sono tutt'ora efficaci, cui si farà cenno qualora riguardino i settori che si è scelto di approfondire.

---

<sup>660</sup>Sempre per individuare i contorni della parte speciale del diritto penale dell'Unione potrebbe ritenersi un'utile indicazione l'art. 2 della decisione quadro sul Mandato di arresto europeo: poiché in questo caso vi è la dispensa dal controllo sulla doppia incriminazione, i reati che vengono in rilievo possono ben considerarsi l'espressione autoritativa degli elementi di un ordine pubblico europeo - accanto ai fenomeni criminali individuati dall'art. 83.1 – ovvero infrazioni che il legislatore europeo considera seriamente dannose per l'ordine e la sicurezza pubblica: sul punto cfr. CORTHAUT, *EU ordre public*, Wolters Kluwer, 2012, 162-163.

## 2. Gli eurodelitti

A norma dell'art. 83 §1 TFUE, «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» in materia di terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata». Senza avere, come già precisato, alcuna presunzione di esaustività nella trattazione della risposta dell'Unione a questi fenomeni criminali, vorremmo però classificarli in modo da individuare alcuni tratti comuni e cogliere, altresì, lo spirito col quale l'Unione li persegue. In questo senso, il terrorismo occuperebbe un posto a sé, non solo per le peculiarità del fenomeno, ma anche per i beni che si assume vengano minacciati dallo stesso. In secondo luogo, vanno considerati i reati che hanno per vittima soggetti in posizione di particolare vulnerabilità: la tratta di esseri umani e lo sfruttamento sessuale di donne e minori, ma anche l'assunzione illegale di lavoratori irregolari. In terzo luogo, va considerato il crimine organizzato -che ingloba anche i vari traffici illeciti, evidentemente sempre condotti nel quadro di complesse e potenti organizzazioni criminali; a questo vanno accostati altresì - come del resto ha recentemente fatto anche il Parlamento, creando la Commissione CRIM, ic.d. *inbite collar crimes*. Infine, per le peculiarità che presenta il bene protetto, e per la sua duplice natura di modalità di commissione di illeciti e fenomeno criminologico autonomo, un posto a parte va riservato alla criminalità informatica.

### 2.1 Terrorismo

Dopo l'11 settembre 2001, l'Unione ha posto il terrorismo in cima alla lista delle minacce alla sicurezza. Secondo il Consiglio europeo gli atti terroristici rappresentano un attacco *contro i valori su cui si fonda l'Unione*<sup>661</sup>. Ancora, secondo la

---

<sup>661</sup> Dichiarazione del Consiglio europeo sulla lotta al terrorismo del 25 marzo 2004.

Commissione<sup>662</sup>, poiché l'Unione si fonderebbe sui valori indivisibili e universali di dignità umana, libertà, uguaglianza e solidarietà, oltre che sui principi della democrazia e dello stato di diritto, la lotta contro il terrorismo sarebbe anche una lotta ideologica, in quanto quest'ultimo sarebbe capace di minare gli stessi principi fondatori dell'Unione europea<sup>663</sup>.

Nel 2007<sup>664</sup>, la protezione della sicurezza veniva associata all'idea che i valori e lo stile di vita europei non potessero essere dati per scontati, e che andassero quindi costantemente preservati, e si notava che il terrorismo costituisce una minaccia ai diritti fondamentali – pur dovendosi combattere nel pieno rispetto di questi ultimi. Riconoscendo che le minacce terroristiche debbano essere affrontate essenzialmente a livello nazionale, pur nella consapevolezza che la minaccia abbia portata internazionale, riconosceva l'attività dell'Unione in materia come complementare, ed incentrata sulla *prevenzione*, la *protezione* e *l'incriminazione* nonché sulla *risposta* in caso di attentato<sup>665</sup>. In seguito, con Comunicazione del 20 luglio 2010 COM(2010) 386, La politica antiterrorismo dell'UE: principali risultati e sfide future”, la Commissione ribadiva che la minaccia terroristica rimaneva elevata ed in costante evoluzione, anche per alcuni significativi cambiamenti nelle sue modalità operative. Le minacce, infatti non sarebbero provenute più solo dal terrorismo organizzato, ma anche dai cosiddetti lupi solitari, che possono aver sviluppato le loro credenze radicali sulla base della propaganda estremista, trovando inoltre istruzioni per addestrarsi e per la fabbricazione di bombe su

---

<sup>662</sup> Comunicazione della Commissione 21.9.2005 COM(2005) 313 def., *Reclutamento per attività terroristiche – Affrontare i fattori che contribuiscono alla radicalizzazione violenta*.

<sup>663</sup>Non riteniamo di aderire completamente a questa posizione. A ben vedere, infatti, la perpetrazione di atti di terrorismo è spesso capace, al contrario, di suscitare nei cittadini la diversa reazione di rafforzamento dei valori generalmente condivisi in occidente. Il terrorismo, infatti, per quanto contrasti con questi ultimi non appare in grado di minarli, e il vero bene leso sarebbe, piuttosto, il normale svolgimento della vita dei cittadini e delle Istituzioni.

<sup>664</sup> Comunicazione del 6 Novembre 2007 COM (2007) 649, sull'intensificazione della lotta contro il terrorismo.

<sup>665</sup> In particolare, per quanto riguarda la prevenzione e l'incriminazione, la Commissione ritiene che «*la diffusione della propaganda terrorista, l'addestramento di terroristi, il finanziamento del terrorismo, la circolazione di informazioni sulle modalità di fabbricazione di bombe ed esplosivi, e le pubbliche istigazioni a commettere reati terroristici dovrebbero essere considerati reati ed essere passibili di pene detentive in tutto il territorio dell'Unione europea*».

internet. Da qui l'esigenza di adeguare a tali sviluppi l'impegno della comunità internazionale. L'elaborazione di una strategia antiterrorismo dell'Unione, peraltro, costituirebbe un importante passo preparatorio nell'ambito di una più ampia strategia di sicurezza interna, sebbene si riconosca come in tale particolarmente sensibile i principali attori rimangano sempre gli Stati membri. Per quanto riguarda la prevenzione, la principale sfida sarebbe quella di prevenire la radicalizzazione e il reclutamento, che incitano a commettere reati terroristici, anche affrontando il modo in cui i terroristi usano internet a fini di comunicazione, finanziamento, formazione, reclutamento e propaganda<sup>666</sup>.

Per quanto riguarda l'armonizzazione del diritto penale sostanziale, il primo strumento giuridico varato dall'Unione per far fronte ai reati terroristici è stato la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, che definiva quali atti gli Stati membri dovessero considerare reati terroristici. Questo strumento è stato poi modificato per trattare più specificamente gli aspetti legati alla prevenzione, anche per allineare la legislazione dell'Unione alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo del maggio 2005, cui si ispiravano le nuove disposizioni della decisione quadro n. 2008/919. Il Consiglio ha così armonizzato la definizione di reato terroristico dettando una definizione della fattispecie, che risulta dalla combinazione di due elementi: uno soggettivo (*l'animus* di spargere terrore fra la popolazione, costringendo un governo o un'organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere un qualsiasi atto, ovvero destabilizzando o distruggendo le strutture economiche, sociali, politiche o costituzionali di essi), uno oggettivo (il compimento di - o anche la mera minaccia di compiere - una delle condotte stabilite come gravi: cattura di ostaggi, estorsione, fabbricazione di armi, omicidio e lesioni volontari, attacchi, ecc.). La decisione quadro definisce anche la nozione di organizzazione terroristica; stabilisce l'obbligo per gli Stati di considerare punibili come reati

---

<sup>666</sup> Si sottolinea che le iniziative dell'UE in materia di lotta contro il razzismo, la xenofobia e la discriminazione possono anche contribuire a prevenire la radicalizzazione e il reclutamento nelle fila del terrorismo. Infine, il rispetto dei diritti fondamentali e dello Stato di diritto è al centro dell'approccio dell'UE nella lotta contro il terrorismo. Le misure per combattere questo flagello devono essere prese sempre nel pieno rispetto dei diritti fondamentali. L'Unione deve dimostrarsi esemplare a questo riguardo, e alla Carta dei diritti fondamentali devono improntarsi tutte le sue politiche, anche per promuovere la fiducia fra le autorità nazionali e quella dei cittadini in generale.

connessi a terrorismo anche talune condotte (quali la provocazione pubblica a commettere atto di terrorismo, nonché il reclutamento e l'addestramento finalizzati ad esso); individua il livello penale come quello idoneo a reprimere tali condotte con sanzioni che siano « efficaci, proporzionate, dissuasive » da comminare anche nei confronti delle persone giuridiche in esse coinvolte; individua criteri di giurisdizione penale per radicare la competenza dello Stato a giudicare; obbliga, infine, quest'ultimo a garantire assistenza alle vittime del reato, in aggiunta a quanto stabilito dalla decisione quadro n. 2001/220.

## 2.2. Crimini contro soggetti particolarmente vulnerabili

La tratta di esseri umani può ben essere inclusa, nel contesto politico e normativo dell'Unione, nel più ampio insieme delle iniziative a protezione di vittime della criminalità particolarmente vulnerabili, e per questa ragione si tratteranno contestualmente anche la normativa in tema di lavoro degli immigrati irregolari e dello sfruttamento sessuale di donne e minori<sup>667</sup>.

Il documento significativo più risalente in materia è forse l'Azione comune n. 96/700/GAI, del 29 novembre 1996, che stabiliva un programma di incentivazione e di scambi destinato alle persone responsabili della lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, cui seguì, a distanza di alcuni anni, la decisione quadro n. 2002/629 in materia di tratta. In un secondo momento, il Consiglio ha affrontato la questione della qualificazione delle condotte criminose perpetrate nei confronti di minori: dopo averne fornito una definizione, si stabilisce l'obbligo degli Stati di dotarsi di adeguate norme incriminatrici delle stesse e si pone la base per la più ampia collaborazione internazionale in materia fra le autorità nazionali competenti<sup>668</sup>; un posto a parte

---

<sup>667</sup> Riteniamo però che questa possa essere inserita anche nel quadro del contrasto alle varie forme di crimine organizzato, come si evince da molteplici riferimenti espressi negli stessi documenti.

<sup>668</sup> Cfr. decisione quadro n. 2004/68 che sostituisce l'originaria azione comune n. 97/154. Ad essa si aggiunge quanto dispone la decisione quadro n. 2001/220, cit., che detta norme speciali per le vittime minori d'età. In materia collegata ma non coincidente — quella del *trafficking*, ovvero del favoreggiamento di ingresso e soggiorno illegali, e sempre in adesione ad altro Protocollo allegato

occupa la normativa in materia di lavoratori illegali, che pure si interseca col tema della tratta.

Il primo documento indicato, all'art. 1 criminalizza la tratta di esseri umani a fini di sfruttamento di manodopera o sessuale, definendola come qualsiasi forma di reclutamento, trasporto, trasferimento o accoglienza di persona i cui diritti fondamentali siano conculcati, anche quando vi sia il consenso della vittima se questo è accompagnato da coercizione, inganno, frode, abuso d'autorità, influenza, pressione, offerta di un pagamento; sono perseguiti anche il favoreggiamento, la complicità e il tentativo di mettere in atto queste condotte, vengono ritenute responsabili anche le persone giuridiche, e si obbligano gli Stati a reprimere sul piano penale queste condotte con sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Viene infine stabilito un quadro di cooperazione giudiziaria, stabilendo criteri di giurisdizione per l'esercizio dell'azione penale e ricorrendo ai tradizionali strumenti, come l'estradizione<sup>669</sup>. Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, invece, la prima direttiva adottata a norma dell'art. 83 §1 TFUE è stata proprio la direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI. Questa ribadiva che la tratta di esseri umani è un reato grave, spesso commesso nell'ambito della criminalità organizzata, che costituisce una seria violazione dei diritti fondamentali esplicitamente vietata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e che la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani sono una priorità dell'Unione e degli Stati membri. Per questo lo strumento adottava un approccio

---

alla Convenzione di Palermo, cit. — l'Unione ha adottato, secondo la pregressa usuale prassi del “doppio binario”, una direttiva (n. 2002/90) volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali; e una decisione quadro (n. 2002/946) relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

<sup>669</sup>Sempre perseguendo la linea di politica normativa adottata in tutti i settori dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sono stati adottati numerosi programmi di lavoro indirizzati a determinare un approccio integrato e a definire un piano d'azione: v. da ultimo la decisione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 779/2007, che istituisce per il periodo 2007-2013 un programma per prevenire e combattere la violenza contro i bambini, i giovani e le donne e per proteggere le vittime e i gruppi a rischio nell'ambito del programma generale *Diritti fondamentali e giustizia*.

globale, integrato e incentrato sui diritti umani alla lotta contro la tratta di esseri umani, assumendo però quali principali obiettivi una più rigorosa prevenzione e repressione e la protezione dei diritti delle vittime. In particolare, per adeguarsi alla più recente evoluzione del fenomeno la presente direttiva adottava una nozione più ampia rispetto alla decisione quadro 2002/629/GAI di ciò che dovrebbe essere considerato tratta di esseri umani e include pertanto altre forme di sfruttamento, e considerava l'accattonaggio forzato come una forma di lavoro o servizio forzato quali definiti nella convenzione OIL n. 29 del 1930 concernente il lavoro forzato ed obbligatorio. Pertanto, lo sfruttamento dell'accattonaggio, compreso l'uso per l'accattonaggio di una persona dipendente vittima della tratta, veniva fatto rientra nell'ambito della definizione di tratta di esseri umani solo qualora siano presenti tutti gli elementi del lavoro o servizio forzato. L'espressione «*sfruttamento di attività criminali*» dovrebbe essere intesa come lo sfruttamento di una persona affinché commetta, tra l'altro, atti di borseggio, taccheggio, traffico di stupefacenti e altre attività analoghe che sono oggetto di sanzioni e implicano un profitto economico. Tale definizione contempla anche la tratta di esseri umani perpetrata ai fini del prelievo di organi, pratica che costituisce una grave violazione della dignità umana e dell'integrità fisica, nonché, ad esempio, altri comportamenti quali l'adozione illegale o il matrimonio forzato nella misura in cui soddisfano gli elementi costitutivi della tratta di esseri umani. Inoltre, gli innalzati livelli delle pene volevano riflettere la preoccupazione crescente negli Stati membri in relazione allo sviluppo del fenomeno della tratta di esseri umani. Per questo motivo la presente direttiva utilizza come base i livelli 3 e 4 delle Conclusioni del Consiglio del 24 e 25 aprile 2002, sull'approccio da adottare per l'armonizzazione delle pene. Quando il reato è commesso in determinate circostanze, per esempio se la vittima è particolarmente vulnerabile, la pena dovrebbe essere più severa. Nel contesto della presente direttiva, fra le persone vulnerabili dovrebbero essere compresi almeno i minori. Altri elementi che si potrebbero prendere in considerazione nel valutare la vulnerabilità della vittima comprendono, ad esempio, il sesso, la gravidanza, lo stato di salute e la disabilità. Se il reato è particolarmente grave, ad esempio qualora sia stata messa in pericolo la vita della vittima, o se il reato è stato perpetrato con ricorso a violenze gravi, quali la tortura, il consumo forzato di droghe/medicinali, lo stupro o altre gravi forme di violenza psicologica, fisica o

sessuale, o ha altrimenti causato un pregiudizio particolarmente grave alla vittima, ciò dovrebbe altrettanto tradursi in pene più severe.

Il tema della tratta si interseca, evidentemente, con quello del lavoro illegale. A questo proposito, la direttiva 2009/52/CE prevedeva già sanzioni penali a carico dei datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi in posizione irregolare e che, pur non essendo stati accusati o condannati per tratta di esseri umani, consapevolmente ricorrono al lavoro o ai servizi di una persona vittima della tratta. Oltre a ciò, gli Stati membri dovrebbero prendere in considerazione la possibilità di irrogare sanzioni a chi si avvale di qualsiasi servizio da parte di una persona con la consapevolezza che essa è vittima della tratta. Potrebbe essere così perseguita la condotta dei datori di lavoro di cittadini di paesi terzi in posizione regolare e di cittadini dell'Unione, e quanti ricorrono ai servizi sessuali di qualsiasi persona vittima della tratta, indipendentemente dalla loro cittadinanza. Come di consueto, si sottolineava come l'obiettivo della direttiva, vale a dire la lotta contro la tratta di esseri umani, non potesse essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri, e quindi potesse essere conseguito meglio a livello di Unione, legittimando così quest'ultima ad intervenire in base al principio di sussidiarietà, e ricordando come essa, nei suoi interventi rispetti i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti, in particolare, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente la dignità umana, la proibizione della schiavitù, del lavoro forzato e della tratta di esseri umani, la proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, i diritti del bambino, il diritto alla libertà e alla sicurezza, la libertà di espressione e d'informazione, la protezione dei dati di carattere personale, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale e i principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene. In particolare, si richiedeva agli Stati membri, oltre alla criminalizzazione di una serie di condotte elencate all'art. 2, di adottare le misure necessarie affinché fossero punibili anche l'istigazione, il favoreggiamento e il concorso o il tentativo nella commissione dei reati di cui all'articolo 2. La direttiva 2009/52/CE 18 giugno 2009, inoltre, ha introdotto norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, lasciando liberi gli Stati di adottare o mantenere sanzioni e provvedimenti più severi e d'imporre obblighi più rigorosi ai datori di lavoro. Tale iniziativa veniva



adotta considerando come i sistemi di sanzioni esistenti si fossero rivelati insufficienti per garantire il pieno rispetto dei divieti di assunzione di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, fra l'altro, probabilmente, perché le sole sanzioni amministrative non sono un deterrente abbastanza forte per certi datori di lavoro senza scrupoli. Per questo si sarebbero rese quindi necessarie sanzioni più dissuasive nei casi gravi quali le violazioni costantemente reiterate, l'assunzione illegale di un numero significativo di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, condizioni lavorative di particolare sfruttamento, la consapevolezza, da parte del datore di lavoro, che il lavoratore è vittima della tratta degli esseri umani e l'assunzione illegale di un minore. Così la direttiva obbligava gli Stati membri a prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni penali in relazione a tali gravi violazioni, ove commesse intenzionalmente, prevedendo anche la responsabilità delle persone giuridiche, in quanto molti dei datori di lavoro sono persone giuridiche. Anche in questo caso si ribadiva la necessità dell'intervento e si garantiva il rispetto dei diritti fondamentali. Il generale divieto di assunzione di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare viene sanzionato penalmente dall'art. 9 della direttiva nei casi in cui la violazione: prosegue oppure è reiterata in modo persistente; riguarda l'impiego simultaneo di un numero significativo di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; è accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento; è commessa da un datore di lavoro che, pur non essendo accusato o condannato per un reato di cui alla decisione quadro 2002/629/GAI, ricorre al lavoro o ai servizi del un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare nella consapevolezza che lo stesso è vittima della tratta di esseri umani; riguarda l'assunzione illegale di un minore. Inoltre si richiede agli Stati membri di provvedere affinché siano perseguibili penalmente l'istigazione, il favoreggiamento e la complicità<sup>670</sup>.

---

<sup>670</sup>L'art. 1 del d.lgs. del 6 luglio 2012, emanato in attuazione della direttiva 2009/52/CE, ha provveduto a modificare il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, aumentando le pene ivi previste *da un terzo alla metà* quando *i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre; se i lavoratori occupati sono minori in età non lavorativa; se i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'articolo 603bis del codice penale.*

Con la Direttiva 2011/92/UE del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio è stata per la prima volta esercitata la competenza di cui all'art. 83 §1. Il legislatore europeo ha sentito la necessità di intervenire in una materia già disciplinata da altri atti normativi, in quanto la direttiva possiederebbe per sua natura un diverso *enforcement* rispetto agli altri strumenti legislativi, dal momento che prevede la possibilità di attivazione delle Istituzioni europee in caso di inadempimento degli Stati a conformarsi alle sue disposizioni. Sul piano del diritto penale sostanziale, in generale, la direttiva stabilisce norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in materia di abuso e sfruttamento sessuale dei minori, pornografia minorile e adescamento di minori per scopi sessuali, prevedendo numerose fattispecie dotate di un così elevato grado di precisione da non lasciare pressoché alcuna discrezionalità al legislatore nazionale nella configurazione del relativo precetto<sup>671</sup>. L'Articolo 4 co. 4. Stabilisce che chiunque consapevolmente assiste a spettacoli pornografici ai quali partecipano minori è punito con una pena detentiva massima di almeno due anni se il minore non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, e con una pena detentiva massima di almeno un anno se il minore ha raggiunto tale età. L'art. 5 elenca, invece, i reati di pornografia minorile. Si richiede in particolare che vengano incriminati: l'acquisto o il possesso di materiale pedopornografico, l'accesso consapevole, a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, a materiale pedopornografico<sup>672</sup>; la distribuzione, la diffusione o la trasmissione di materiale pedopornografico; l'offerta, la fornitura o la messa a disposizione di materiale pedopornografico. Rispetto alla decisione quadro

---

<sup>671</sup> Per approfondimenti, v. VERRI, *Contenuto ed effetti (attuali e futuri) della direttiva 2011/92/UE approvata dal legislatore europeo nuove norme contro l'abuso, lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>672</sup> Il considerando 18 suggerisce che «Dovrebbe costituire reato l'accesso consapevole, a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, a materiale pedopornografico. Per essere considerata responsabile, una persona dovrebbe avere sia l'intenzione di entrare in un sito in cui è disponibile materiale pedopornografico, sia essere a conoscenza del fatto che vi sia presente tale materiale. Non dovrebbero essere punibili le persone che accedono inavvertitamente a siti contenenti materiale pedopornografico. Il carattere intenzionale del reato può dedursi in particolare dal fatto che gli accessi siano ricorrenti o che i reati siano stati commessi attraverso un servizio a pagamento».

2004/68/GAI, la novità più importante è costituita dal fatto che, sotto il profilo sanzionatorio, il legislatore europeo non si limita più a richiedere ai legislatori nazionali di prevedere sanzioni penali efficaci, dissuasive e proporzionate, ma dà agli stessi indicazioni molto specifiche circa l'entità delle pene che dovranno essere previste per ciascuna fattispecie delittuosa.

Diverse sono state le critiche sollevate contro la decisione quadro, prima, e la direttiva, poi, al legislatore europeo, accusato di paternalismo specie rispetto alla incriminazione di quelle condotte in cui non sarebbe riscontrabile un danno diretto allo sviluppo psicofisico dei minori coinvolti nella produzione di materiale pornografico, come la pornografia minorile virtuale o quella inscenata con soggetti maggiorenni. Tali critiche colgono nel segno se si considera ome il considerando 46 espressamente affermi che *«la pornografia minorile che raffigura immagini di abusi sessuali su minori è un tipo specifico di contenuto che non può essere interpretato come l'espressione di un'opinione, e contro la quale è necessario ridurre la circolazione di materiale pedopornografico, rendendo più complesso per gli autori del reato caricare questi contenuti sul web pubblicamente accessibile. Occorre pertanto intervenire per eliminare il contenuto e arrestare coloro che sono responsabili di produrre, distribuire e scaricare immagini di abusi sessuali su minori»*. Infine, si potrebbe obiettare che, a parte il fatto che questi materiali circolano grazie a tecnologie che non conoscono frontiere, la tutela delle vittime di abuso sessuale dovrebbe poter essere adeguatamente garantita a livello nazionale. Con la solita clausola di stile, invece, il considerando 49 afferma che l'obiettivo della lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile non possa essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri, possa invece, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguito meglio a livello di Unione, ragion per cui quest'ultima può intervenire in virtù del principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea. Inoltre, con altrettanta meccanicità formalistica, il considerando 50 afferma che la direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tra i quali il diritto alla *libertà* e alla *sicurezza* e il diritto alla libertà di espressione e d'informazione, della qual cosa è lecito dubitare.

### 2.3 Crimine organizzato, traffici illeciti e *white collars crime*

Come riconosciuto dalla Commissione, le forme gravi di criminalità organizzata sono molteplici: tratta degli esseri umani, traffico di stupefacenti e di armi da fuoco, riciclaggio di denaro, spedizione e scarico illegale di rifiuti dentro e fuori dall'Europa. Inoltre, anche reati apparentemente meno gravi, come i furti con scasso e i furti di auto, la vendita di merci contraffatte e pericolose e le azioni messe a segno dalle gang itineranti sono spesso manifestazioni locali di reti criminali mondiali, e anche contro questo tipo di criminalità l'Europa sente di dover intervenire. Vi è sempre stato un grande impegno da parte dell'Unione volto a contrastare la criminalità organizzata, esul piano normativo, il principale riferimento è certamente la decisione quadro n. 2008/841 – in sostituzione dell'azione comune n. 98/733 – che detta una definizione delle fattispecie relative a partecipazione a un'organizzazione criminosa e stabilisce le relative sanzioni. Ma la grande attenzione dell'Unione a tali fenomeni emerge, comunque, da numerosi documenti programmatici emanati nel corso del tempo<sup>673</sup>. In particolare, importanti indicazioni in proposito provengono dalla c.d. strategia di sicurezza interna, che sistematizza il programma dell'Unione formulando una pluralità di obiettivi<sup>674</sup>. In particolare, relativamente all'obiettivo di smantellare le reti criminali internazionali, la Commissione nota che, nonostante la crescente cooperazione le reti criminali internazionali restano estremamente attive e realizzano ingenti

---

<sup>673</sup>Senza dimenticare di fare menzione, tra gli atti non dotati di efficacia vincolante, delle risoluzioni del Consiglio del 23 novembre 1995 (sulla protezione dei testimoni) e del 20 dicembre 1996 (sui collaboratori di giustizia nella lotta contro la criminalità organizzata a carattere internazionale. In particolare, dal Piano d'azione globale figlio del Consiglio del 28 aprile 1997, ricaviamo una serie di raccomandazioni che hanno segnato la strada per gli anni successivi, fino all'adozione del Programma dell'Aja, della Comunicazione della Commissione del 10 maggio 2005, che stabiliva le priorità per il successivo quinquennio e della Comunicazione del 2 giugno 2005, relativa all'elaborazione di un concetto strategico di contrasto della criminalità organizzata. Tale documento identifica e definisce le priorità politiche, legislative ed operative dell'Unione, in un contesto nel quale sia salvaguardato l'equilibrio fra prevenzione, repressione e protezione di diritti e libertà fondamentali.

<sup>674</sup>cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio, La strategia di sicurezza interna dell'UE in azione: cinque tappe verso un'Europa più sicura, Bruxelles, 22 novembre 2010, COM(2010) 673

profitti illegali. Insieme alla corruzione e all'intimidazione delle autorità e delle popolazioni locali, questi profitti sono spesso utilizzati per infiltrarsi nel sistema economico e minare la fiducia dei cittadini. Per prevenire la criminalità sarebbe quindi essenziale smantellare le reti criminali ed eliminare l'attrattiva finanziaria che le alimenta; occorre altresì superare gli ostacoli posti da approcci nazionali divergenti, se del caso legiferando nel settore della cooperazione giudiziaria per un maggiore riconoscimento reciproco, per avere definizioni comuni dei reati e fissare livelli minimi di sanzioni penali.

Dal momento che le reti criminali contano sulla corruzione per investire i loro profitti nei circuiti economici legali, erodendo la fiducia nelle pubbliche istituzioni e nel sistema economico, sostenere la volontà politica di combattere la corruzione è di fondamentale importanza. Ancora, la contraffazione procura alla criminalità organizzata proventi ingenti, falsa i flussi commerciali del mercato unico, nuoce all'industria europea e mette a rischio la salute e la sicurezza dei cittadini europei. Nel contesto del futuro piano d'azione contro la contraffazione e la pirateria, la Commissione prenderà quindi tutte le misure appropriate per rafforzare e rendere più efficace la tutela dei diritti di proprietà intellettuale.

La criminalità organizzata è oggi una delle sfere di criminalità per le quali l'art. 83 §1 TFU prevede la competenza dell'Unione ad armonizzare le legislazioni penali degli Stati membri. Si ritiene infatti che questa rappresenti in sé considerata una minaccia, dal momento che mette a repentaglio le economie legittime e costituisce un fattore destabilizzante per l'organizzazione sociale e democratica della società, ragion per cui è stata la lotta alla stessa è stata inserita tra le priorità del Consiglio europeo<sup>675</sup>. L'atteggiamento drasticamente repressivo dell'Unione si evince dal fatto che nella Comunicazione del 2005, sebbene si faccia il consueto appello all'equilibrio tra un efficace contrasto e la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, tale fenomeno viene qualificato come *flagello* contro il quale lottare. Si riconosce peraltro, la difficoltà di impostare una strategia, a cominciare dalla difficile afferrabilità del concetto stesso di criminalità organizzata,

---

<sup>675</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione del 2 giugno 2005 COM(2005) 232, Elaborazione di un'impostazione strategica della lotta contro la criminalità organizzata.

nonostante i diversi tentativi fatti in tal senso<sup>676</sup>. Pertanto ci si propone di adottare misure che possano riguardare anche eati non direttamente collegati, o solo parzialmente collegati alla criminalità organizzata. Fondamentale, da questo punto di vista, la considerazione della corruzione quale uno dei principali canali di infiltrazione delle organizzazioni criminali nei mercati legali<sup>677</sup>, oltre che il riconoscimento del collegamento tra organizzazioni criminali e tratta di esseri umani, un reato particolarmente grave che comporta, peraltro, gravi violazioni dei diritti umani. Inoltre, si sostiene la necessità di rafforzare gli strumenti per affrontare gli aspetti finanziari della criminalità organizzata, che si riconosce essere mossa principalmente dal desiderio di forti guadagni. Se, infatti, si riuscisse a impedire il riciclaggio dei proventi del crimine o il finanziamento di attività criminali, si minerebbero in maniera significativa le motivazioni e le capacità dei gruppi della criminalità organizzata. Tali considerazioni avrebbero giocato un ruolo determinante nell'azione della recente direttiva sul congelamento e la confisca dei proventi del crimine.

L'impegno dell'Unione in questo settore sarebbe giustificato dal fatto che i reati connessi alla criminalità organizzata transfrontaliera sono per loro natura e per il loro potenziale impatto tali da giustificare la ricerca di una base comune nell'Unione per combatterli, e ciò avrebbe condotto all'adozione della decisione quadro sulla lotta contro la criminalità organizzata per adottare una definizione armonizzata dei reati rappresentati dalle diverse forme di partecipazione a un'organizzazione criminale e stabilire le sanzioni applicabili. Inoltre, poiché nell'adottare la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo<sup>678</sup>, il Consiglio ha convenuto di "continuare, conformemente all'articolo 31, lettera e) del trattato UE, i lavori sull'armonizzazione relativa ai reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2 della decisione quadro, la Commissione si è riproposta di valutare l'opportunità di ravvicinare ulteriormente la legislazione in materia penale, per es. nei settori della

---

<sup>676</sup> Si veda l'azione comune per far sì che la partecipazione ad un'organizzazione criminale sia considerata un reato negli Stati membri dell'UE (GU L 333 del 9.12.1998); doc. 6204/2/97 ENFOPOL 35 REV 2; articolo 2 della convenzione delle NU contro la criminalità organizzata transnazionale (A/RES/55/25).

<sup>677</sup> Cfr. COM (2003) 317, pag. 6. Risoluzione PE n. A5-0367/2003.

<sup>678</sup> GU L 190 del 18.7.2002, pag. 1.

contraffazione, del traffico illecito di armi, della frode (specie le frodi fiscali e i furti d'identità), dei reati ambientali, del racket e dell'estorsione.

Anche il traffico di stupefacenti sollecita l'attività dell'Unione nel quadro della lotta alla criminalità organizzata. Il Trattato di Amsterdam aveva sottratto al terzo "pilastro" la materia della lotta alla tossicodipendenza dal punto di vista sanitario, facendola rifluire all'interno del "pilastro" comunitario, dove la relativa azione si appoggiava (e si appoggia anche ora) all'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze istituito con regolamento del Consiglio n. 302/93. La strategia in materia è tracciata da ultimo nel Programma d'azione *Prevenzione e informazione in materia di droga* (2007-2013). Per quanto invece attiene agli aspetti della materia squisitamente penali, l'Unione indirizza la propria attenzione al contrasto sia del traffico di droghe, come della produzione di sostanze stupefacenti. Il punto di partenza è rappresentato dalle tre azioni comuni nn. 96/699, 96/747, 96/698.

Sul piano propriamente dell'armonizzazione delle fattispecie incriminatrici, come si diceva prima il 25 ottobre 2004 è stata adottata la decisione quadro 2004/757/GAI riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, ritenendo che il traffico illecito di stupefacenti rappresenta una minaccia per la salute, la sicurezza e la qualità di vita dei cittadini dell'Unione europea, oltre che per l'economia legale, la stabilità e la sicurezza degli Stati membri. Ritenendo che l'efficacia dell'azione svolta per lottare contro il traffico illecito di stupefacenti dipende in modo essenziale dal ravvicinamento delle misure nazionali adottate in attuazione della presente decisione quadro si è deciso di adottare norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati di traffico illecito di stupefacenti e precursori, che consentano l'attuazione di una comune strategia, a livello dell'Unione europea, intesa a combattere tale traffico. Sempre in virtù del principio di sussidiarietà, l'azione dell'Unione europea dovrebbe vertere sulle forme più gravi di reati in materia di stupefacenti. Gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, comprendenti pene privative della libertà. Per stabilire l'entità della pena, si dovrebbe tener conto degli elementi di fatto quali i quantitativi e la natura degli stupefacenti oggetto di traffico e l'eventuale commissione del reato nell'ambito di un'organizzazione criminale. Inoltre, si dovrebbe consentire agli Stati membri di prevedere sanzioni

ridotte per l'ipotesi in cui l'autore dell'illecito abbia fornito alle autorità competenti informazioni utili. Ancora, si riteneva opportuno provvedere a garantire che le persone giuridiche possano essere considerate responsabili degli illeciti di cui alla presente decisione quadro, commessi per loro conto. Con la decisione quadro n. 2004/757, quindi, si definiscono: la nozione di droga (accogliendo quanto stabilito dalle Convenzioni delle Nazioni Unite in materia del 1961 e del 1971, e dall'azione comune n. 97/396, cit.); i comportamenti penalmente rilevanti (produzione, fabbricazione, estrazione, commercializzazione, trasporto, importazione ed esportazione, detenzione ed acquisto di quelle sostanze; sono associati anche l'incitazione, la complicità e il tentativo di mettere in atto le condotte menzionate); la responsabilità delle persone giuridiche; infine si introduce l'obbligo per gli Stati membri di stabilire sanzioni che siano effettive, proporzionate e dissuasive.

Per valutare i risultati ottenuti grazie all'adozione di tale ultimo provvedimento la Commissione, nella sua relazione del 10 dicembre 2009, COM(2009)669, sull'attuazione della decisione quadro, ha applicato sia i criteri di valutazione abitualmente utilizzati per esaminare l'attuazione delle decisioni quadro (effettiva efficacia, chiarezza e certezza del diritto, applicazione, recepimento entro il termine prescritto), che criteri specifici, in particolare l'effettività (attuazione pratica) e l'efficacia (rispetto alla cooperazione giudiziaria internazionale) della decisione quadro. La conclusione tratta è, però, che le discrepanze legislative tra gli Stati membri risultano, nel complesso, invariate relativamente a diversi fondamentali aspetti. In conclusione, il ravvicinamento delle misure nazionali nella lotta contro il traffico illecito di stupefacenti sarebbe stato modesto, e quindi l'attuazione della decisione quadro non sarebbe del tutto soddisfacente.

Un'ulteriore e più recente analisi sulle condizioni della legislazione penale in materia di criminalità organizzata nell'Unione la troviamo in una Risoluzione del Parlamento europeo adottata allo scadere della Commissione speciale sul Crimine organizzato<sup>679</sup>, che rappresenta, peraltro, un atto di indirizzo politico per la legislazione della Commissione europea e degli Stati membri. Vi si ritrovano, poi, le consuete considerazioni sulla crescita del fenomeno criminale, grazie allo

---

<sup>679</sup>Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere.



sfruttamento della globalizzazione e della tecnologia, dilatando ricollegando il cirimine organizzato alla corruzione e a diversi tipi di traffici illeciti. Questo approccio, pur giustificato da un'attenta analisi della realtà europea, che mostra in modo sempre più trasversale l'importanza criminale della c.d. zona grigia tra amministrazione e imprenditoria, da un lato, e criminalità organizzata, dall'altro, finisce però coll'indulgere troppo su preoccupazioni di tutela del mercato, enfatizzate eccessivamente rispetto alle, non meno importanti, preoccupazioni di ordine pubblico in senso tradizionale<sup>680</sup>. Non ci si trattiene, dunque, dal fare appiglio al fatto che gli ingenti profitti di attività criminali come la tratta degli esseri umani, il traffico illecito e il contrabbando di organi, armi, droga e suoi precursori, sostanze di tipo nucleare, radiologico, biologico, chimico, farmaci anche soggetti a prescrizione, la contraffazione di beni di consumo di uso corrente come prodotti alimentari e prodotti farmaceutici, specie animali e vegetali protette e parti di esse, tabacco in ogni sua forma, opere d'arte e vari altri prodotti spesso contraffatti rappresentino principalmente perdite erariali per l'Unione e per gli Stati membri, oltre che un danno per i consumatori. A queste si aggiungono preoccupazioni ambientaliste sull'impatto di certe attività criminali, come il traffico e lo smaltimento illegale di rifiuti e distruzione del patrimonio ambientale, paesaggistico, artistico e culturale sull'ecosistema. In particolare, va segnalata la richiesta alla Commissione di lanciare un piano d'azione europeo contro la criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro che comprenda misure legislative e azioni positive finalizzate ad un contrasto efficace di tali fenomeni criminali, nonché di proporre standard giuridici comuni per rafforzare l'integrazione e la cooperazione tra gli Stati membri. Si segnala, ancora, l'incoraggiamento agli Stati membri a prevedere congiuntamente sanzioni privative della libertà personale e sanzioni pecuniarie elevate per tutte le fattispecie di reato grave che causano nocumento alla salute e alla sicurezza dei cittadini<sup>681</sup>. Ancora, in modo innovativo, si incoraggiano gli Stati membri a prevedere pene

---

<sup>680</sup>Un'eccezione sarebbe rappresentata dal considerando AJ che considera i sempre più stretti i legami fra gruppi criminali e gruppi terroristici, che oltre a veri e propri nessi strutturali, includerebbero la fornitura reciproca di servizi, di fondi e di altre forme di assistenza materiale.

<sup>681</sup> Si tratterebbe di una importante novità nella legislazione dell'Unione, che finora ha sempre previsto, per i crimini più gravi, la sola pena detentiva

alternative alla detenzione, come sanzioni pecuniarie e assegnazione ai servizi di utilità sociale, in particolare a fronte della – improbabile - natura lieve del reato o del ruolo puramente marginale dell'accusato, per dare segnatamente ai giovani delinquenti l'occasione di crearsi una vita al di fuori del mondo della criminalità. Si chiede inoltre agli Stati membri di incriminare il voto di scambio anche in presenza di vantaggi immateriali o a terze persone. Tra i molti inviti di criminalizzazioni, spicca poi quello a depenalizzare la diffamazione e la calunnia, almeno per i casi in cui sono in questione accuse di criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio di denaro negli Stati membri e all'estero, ritenendo che le leggi sulla diffamazione/calunnia possano dissuadere dalla segnalazione di casi di corruzione.

#### 2.4 Criminalità informatica.

Non appena ha potuto disporre delle nuove competenze di cui all'art. 83 §1 TFUE, l'Unione europea ha adottato disposizioni legislative in materia di cybercriminalità, e in particolare la Direttiva 2013/40/UE<sup>682</sup>.

Per la Commissione<sup>683</sup>, la sicurezza delle reti informatiche è un fattore essenziale per il buon funzionamento della società dell'informazione. E, oltre a ciò, occorre tenere conto anche del fatto che lo sviluppo e l'applicazione rapida delle nuove tecnologie dell'informazione hanno creato anche nuove forme di attività criminale. Tale posizione mostra come, dietro l'intervento dell'Unione in materia di diritto penale dell'informatica, vi siano due diverse preoccupazioni. Ciò sembrerebbe confermare che il tema della sicurezza nei suoi rapporti con l'informatica è suscettibile di almeno due diverse letture. In effetti, l'informatica può anzitutto essere considerata come un settore d'intervento delle politiche di

---

<sup>682</sup> Per una panoramica sulle disposizioni introdotte da detto strumento si rinvia a CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova tutela penale europea dei sistemi di informazione. Una prima lettura della nuova direttiva 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

<sup>683</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio, *La strategia di sicurezza interna dell'UE in azione: cinque tappe verso un'Europa più sicura*, Bruxelles, 22.11.2010, COM(2010) 673

sicurezza, nel qual caso il diritto penale assume una chiara funzione di prevenzione. In secondo luogo, tale relazione può essere letta nella diversa accezione che concerne il presidio penale della sicurezza informatica quale autonomo nuovo interesse giuridico meritevole di protezione. Emerge dunque, a livello sovranazionale, la duplice esigenza di disciplinare e sorvegliare in modo condiviso le reti e le connessioni informatiche allo scopo di garantirne la sicurezza e, nel contempo, di predisporre adeguati strumenti di contrasto contro i crimini della più svariata natura che se ne avvalgono o, comunque, che vi lasciano traccia<sup>684</sup>.

A partire da queste considerazioni, si potrebbe concludere che ritenere la sicurezza un falso bene giuridico autonomo, un macroconcetto di forte impatto ideologico agitato per finalità strumentali in risposta ad ansie collettive, sarebbe una ricostruzione che potrebbe solo parzialmente adattarsi al campo dell'informatica. In tale ambito, infatti, la sicurezza acquisterebbe una precisa connotazione tecnica, oggettiva ed empiricamente testabile, dato l'intreccio strutturale delle regole, anche giuridiche, con l'automazione degli elementi tecnologici da cui dipende la corretta esecuzione delle attività informatiche e quindi, in definitiva, degli interessi affidati a queste procedure. Ciò in quanto la sicurezza informatica sarebbe riconoscibile quale specifico nuovo bene della moderna società dell'informazione strumentale alla protezione di altri diritti di rango primario, di natura sia strumentale e/o collettiva, il cui presidio penale seguirebbe un modello articolato di rapporti fra norme incriminatrici primarie, norme extrapenali secondarie e disposizioni strettamente tecniche, da cui deriverebbe proprio la specificità e la meritevolezza di tutela di tale bene<sup>685</sup>. E tuttavia, si ritiene di potere obiettare che, proprio in ragione del notevole e rapido sviluppo tecnologico cui è continuamente sottoposta la società contemporanea, un tale atteggiamento potrebbe, invero, aversi nei confronti di tutte le materie più "tecniche" – in cui, peraltro, l'Unione è quasi sempre coinvolta come autorità di regolazione, e quindi, potenzialmente, anche come legislatore penale a norma dell'art. 83 §2 TFUE. Pertanto, se dovessimo accogliere questo argomento per

---

<sup>684</sup> Così PICOTTI, *Sicurezza, informatica e diritto penale*, in DONINI, PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, 217-219.

<sup>685</sup> *Ibidem*, 231-232 e 235.

quanto concerne il campo informatico saremmo, forse, costretti ad accettarlo per tutte queste altre materie, o ovvero a rifiutarlo una volta e per tutte.

L'impostazione sulla duplice natura della tutela penale della sicurezza informatica trova riscontro anche nella più recente Comunicazione dell'Alta Rappresentante sulla cibersicurezza, per cui, da una parte sarebbe « *necessario che il ciber spazio sia protetto da incidenti, attività dolose e abusi* » e, dall'altra, « *che nell'ambiente online si applichino le stesse norme, gli stessi principi e gli stessi valori che l'Unione europea difende offline. Occorre tutelare nel ciber spazio i diritti fondamentali, la democrazia e lo Stato di diritto* »<sup>686</sup>. In sostanza, è come se vi fosse un bene “informatica-infrastruttura essenziale” e uno “spazio informatico di libertà, sicurezza e giustizia”, proiezione virtuale - e parte integrante - della vita individuale, sociale ed istituzionale. Ma, a parte quel tratto comune alle due dimensioni, consistente nel fatto che « *la nostra vita quotidiana, i diritti fondamentali, le interazioni sociali e le economie dipendono dal funzionamento impeccabile delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione* »<sup>687</sup>, considerare la sicurezza informatica come un nuovo bene sembrerebbe accettabile solo relativamente alla sua dimensione strettamente tecnologica-automatizzata; per quanto riguarda, invece, la protezione dei cittadini da molestie o aggressioni virtuali, ovvero la protezione delle strutture economiche e sociali da illecite interferenze varrebbero le considerazioni finora svolte rispetto a tutte le altre esigenze di protezione penale e alle criticità che le caratterizzano, e che si inseriscono nel quadro socio-politico e giuridico finora commentato.

### 3. La competenza penale accessoria dell'Unione

Facendo riferimento alle considerazioni svolte *supra* Parte I sulla competenza accessoria dell'Unione europea, possiamo ritenere che siano materie di competenza ex art. 83 §2 TFUE quantomeno: l'agricoltura e la pesca (artt. 38 ss

---

<sup>686</sup>Cfr. Alta Rappresentante dell'Unione europea per gli affari esteri e la politica di sicurezza, Bruxelles, 7.2.2013 JOIN(2013) 1 final. Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Strategia dell'Unione europea per la cibersicurezza: un ciber spazio aperto e sicuro.

<sup>687</sup> Ibidem; non va tuttavia sottovalutato il Considerando 2 della direttiva 2013/40/UE, per cui il buon funzionamento e la sicurezza dei mezzi di informazione sarebbero meritevoli di protezione per lo sviluppo del mercato interno e di un'economia innovativa e competitiva.

TUE); l'immigrazione (art. 79 TUE); i trasporti (art. 90 e ss. TUE); la concorrenza (art. 101 e ss. TUE), la tassazione indiretta (art. 113 TUE); il mercato interno (art. 114 ss TUE) - e in particolare la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali (artt. 26, 49, 79 TFUE) - la proprietà intellettuale (art. 118); la politica economica e monetaria (119 e ss.); la protezione dei consumatori (artt. 169 ss.); l'ambiente (art. 191), la salute (artt. 6 e 9 TFUE), la sicurezza nei luoghi di lavoro (art. 153 TFUE); gli interessi finanziari (art. 325 TFUE); il buon andamento dell'amministrazione europea. Ma, a prescindere dall'oggettività giuridica di volta in volta presa in considerazione - e del fatto che una norma può sempre essere posta a contestuale tutela di più di un bene<sup>688</sup> - va notato che quasi tutte le iniziative penali dell'Unione astrattamente ricadenti nella competenza di cui all'art. 83 §2, nel loro essere norme a tutela di leggi e di politiche, finiscono per l'aver quasi sempre come fine ultimo la tutela del mercato unico o, in altre parole, del progetto di società europea basata su di un'economia sociale di mercato portato avanti dall'Unione. Per questo fine, però, non è prevedibile una volta per tutte uno schema di intervento coerente e coeso<sup>689</sup>, così che l'analisi della parte speciale *accessoria* del diritto dell'Unione risulta una sfida talmente impegnativa da non potersi raccogliere in questa sede, richiedendo una trattazione a sé stante.

Si tratta, come può facilmente notarsi, di una molteplicità di materie eterogenee, accomunate dal fatto che l'Unione abbia interesse alla loro disciplina, e che in tutti i casi l'esigenza di effettività porti all'uso - o abuso - dell'strumento penale, tanto dove certe situazioni siano già regolate dal diritto civile o amministrativo, quanto - e forse ancor di più - nei casi in cui siano già disciplinate dal diritto penale nazionale<sup>690</sup>. Da questo punto di vista, può ben affermarsi che la

---

<sup>688</sup>Secondo SALCUNI, *op. cit.*, 13-16, sarebbe tale espansione del novero delle oggettività giuridiche ad aver spinto l'Unione ad interessarsi al diritto penale e, a sua volta, l'ampliamento del novero delle oggettività giuridiche europee sarebbe da attribuirsi all'espansione dei mezzi e del campo di intervento dell'azione dell'Unione.

<sup>689</sup>Secondo SALCUNI, *op. cit.*, 85-89, infatti, il vero *punctum dolens* della legislazione penale di fonte europea sarebbe proprio la legiferazione a macchia di leopardo, che può comportare disparità di trattamento nella prospettiva interna e esterna.

<sup>690</sup>Secondo DONINI, *Sicurezza e diritto penale, cit.*, 12, l'osservazione comune dell'ineffettività della pena conduce generalmente non alla conclusione che la vera prevenzione vada effettuata con altri mezzi, ma che debba essere più efficace ed effettiva la pena - cioè più severa.

costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia riguarda essenzialmente il *law enforcement*, ovvero che sicurezza e giustizia siano considerate dall'Unione come semplici condizioni per il godimento effettivo delle libertà che essa riconosce ai cittadini<sup>691</sup>. L'Unione disciplina tutte queste materie, generalmente considerate tecniche, forse, appunto, di una certa legittimazione tecnica e quasi apolitica, data dal fatto che le norme, all'origine, sono scritte dalla Commissione. ma la decisione sui rischi non può che assumere rilievo squisitamente politico piuttosto che operare come camera di sperimentazione di una nuova politica criminale. A ben vedere, però, servirebbe un surplus di democraticità e non una rassegnata rimessione al sapere tecnocratico. Infatti, scienza negoziata e partecipazione democratica dovrebbero essere le architravi del sistema di gestione dei rischi della modernità<sup>692</sup>. Ma il largo uso dell'idea di regolazione dei rischi su cui si fonda in modo crescente la sempre più incisiva "agenda di sicurezza" dell'Unione, tradisce, piuttosto, una visione fondamentalmente paternalistica di criminalizzazione precauzionale<sup>693</sup>.

---

<sup>691</sup>Così PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in DONINI, PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale* cit., 121-122.

<sup>692</sup>Così PIERGALLINI, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in DONINI, PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 362-364.

<sup>693</sup> Così HERLIN-KARNELL, *The constitutional dimension of european criminal law*, Hart, 2012, 2-9; Ivi, 84-85 si sottolinea che *sicurezza* è termine ambiguo come *effettività*, e che un focus cieco sulla sicurezza posto in combinazione col mantra dell'effettività costituisce un serio pericolo, sebbene sicurezza e l'effettività sembrino rappresentare il nuovo *aquis* comunitario post-Lisbona, che si rivela essenzialmente come un sistema di criminalizzazione preventiva.

## Considerazioni conclusive

Si può conclusivamente affermare che l'esigenza di garantire la sicurezza rientra tra le principali ragioni giustificatrici dello sviluppo del diritto penale europeo. Sebbene non sia semplice fornire una definizione soddisfacente del bene sicurezza, a dispetto della sua vaghezza concettuale esso sembra esprimere l'esigenza di valorizzare il diritto penale come risorsa utilizzabile in chiave di rassicurazione simbolica ancor prima che come strumento pragmatico di prevenzione. Infatti, se una prospettiva tradizionale porterebbe a far coincidere l'esigenza di sicurezza semplicemente con l'effettiva protezione dei più diversi interessi meritevoli di protezione penale, l'enfasi crescente posta su tale esigenza finisce per delineare un problematico (e inaccettabile) diritto alla sicurezza<sup>694</sup>. L'uso di tale categoria da parte dell'Unione appare, in realtà, meramente strumentale alla legittimazione dell'esercizio della sua competenza in materia penale. E questa, poggiando su giustificazioni securitarie, risulta essere esercitata ora per un nevrotico bisogno di rispondere sempre più duramente all'*escalation* dei più gravi crimini sovranazionali, ora per una paternalistica regolazione di ogni possibile rischio.

Sembra, dunque, essersi innescato un rapporto circolare tra la tendenza espansiva che attualmente caratterizza il diritto penale anche nella dimensione nazionale e l'interesse crescente dell'Unione nell'uso della pena. E se da una parte l'Unione si mostra propensa a cogliere ogni possibilità di produrre diritto penale, come occasione di legittimazione e di *enforcement* delle sue politiche, dall'altra tale intervento sembra trovare ampio spazio e consenso a fronte dello sbiadimento dei tradizionali punti di riferimento politici e culturali della democrazia liberale in Europa e dell'acrescente insicurezza dei cittadini.

Verificata la stretta correlazione tra europeizzazione del diritto e securitizzazione del diritto penale, può forse sperarsi che l'Unione, avendo consolidato il suo *status* di "garante" della sicurezza dei cittadini, possa in futuro dedicare maggiore attenzione alla scrupolosa valutazione dell'efficacia delle sue politiche criminali, al controllo di qualità della propria produzione normativa e, in generale, alla difesa

---

<sup>694</sup> Cfr. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 91 ss.

delle libertà e dei diritti dei cittadini europei dall'indebita (o innecessaria) invasione del loro spazio di autonomia da parte della legislazione penale

Se anche la recente evoluzione del diritto penale europeo è stata nel segno della sicurezza, la stessa persistenza di un dibattito sulla necessità di riequilibrarlo verso il polo delle garanzie e delle libertà lascia sperare che vi possa essere, se non un'inversione di tendenza, almeno un'attenuazione del rigore repressivo e una riconsiderazione dei limiti del diritto penale<sup>695</sup>; d'altro canto, i contorni del diritto penale non possono considerarsi come dati imm modificabili, essendo al contrario contingenti ed essenzialmente dipendenti dal modo in cui viene legittimato ed esercitato il potere politico<sup>696</sup>.

All'esito dell'analisi fin qui condotta, si spera di essere riusciti a ricostruire in modo realistico le linee evolutive e di tendenza del sistema penale dell'Unione. E poiché nel fare ciò si è più volte lasciato trasparire quali preoccupazioni esse destino, andare ancora oltre potrebbe essere giustificato solo a voler mettere in discussione gli stessi presupposti politico-culturali del diritto penale dell'Unione, a cominciare, per l'appunto, da quella che abbiamo sbrigativamente etichettato come "questione sicurezza". Eppure, quello che generalmente emerge è la tendenza delle Istituzioni europee a ritenere che *«garantire sicurezza è una delle principali preoccupazioni di qualunque società. Non esiste alcuna politica della quale la sicurezza non costituisca una componente essenziale. Un ambiente sicuro è la base stessa su cui poggia qualsiasi società stabile»*<sup>697</sup>. Come più volte notato, tali posizioni, più che rispondere a reali istanze di protezione dei cittadini, assolvono forse ad una funzione retorica di rassicurazione sociale, ad ogni modo tanto più efficace e capace di raccogliere consensi in una società dominata dall'ansia e dalla paura. D'altra parte, non può non condividersi che *«qualche volta le persone hanno paura quando non dovrebbero, e non quando dovrebbero essere terrorizzate. Nelle nazioni democratiche*

---

<sup>695</sup>In tal senso, un'avveduta opera della dottrina e giurisprudenza potrebbe, forse, fungere da stimolo e da indirizzo per i decisori politici, esplicando un significativo depotenziamento mediante un'interpretazione e un'applicazione garantista delle categorie e dei principi del diritto penale, come ritiene anche DEMURO, *op. cit.*, 1680-1694.

<sup>696</sup>Così ERICSON, *Crime in an insecure world*, Polity, 2006, 1-2.

<sup>697</sup>Comunicazione della Commissione sulla politica industriale della sicurezza. Piano d'azione per un'industria della sicurezza innovativa e competitiva del 26.7.2012 COM(2012) 417.



*il diritto risponde alle paure della gente*<sup>698</sup>. E forse dubitarne vorrebbe dire mettere in discussione lo stesso funzionamento della democrazia in Europa.

---

<sup>698</sup>SUNSTEIN, *Laws of fear. Beyond the precautionary principle*, Cambridge, 2005, 1.

## BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA, *Dal "diritto penale comunitario" al diritto penale della nuova Unione europea: problematiche dell'interregno*, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009.
- AL-KAWADRI , *General principles guiding the incriminating activity of the european legislator*, *Lex et Scientia International Journal*, XVIII2/2011.
- ALLEGRE, LEAF, *Criminal law and fundamental rights in the EU: moving towards a closer cooperation*, *European human rights law review*, 2003.
- ANDERSON, HONNETH, *Autonomy vulnerability, recognition and justice*, in CHRISTMAS, ANDERSON, *Autonomy and the challenges to liberalism: new essays*, Cambridge University Press, 2005.
- ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, Stoccolma, 2012.
- BALLESTEROS, *Sicurezza umana e indivisibilità dei diritti*, *Ragion pratica*, 30/ giugno 2008.
- BAKER, *Governing through crime – the case of European union*, 7, *European journal of criminology*, 2010.
- BAUCHY, CORNETTE, COUTIS, *L'espace de liberté sécurité justice : un droit à géométrie variable?*, *Rev. Trim. Droit Eur.*, 2012.
- BAUMAN, *L'Europa è un'avventura (Europe. An unfinished adventure, 2004)*, trad. it. di CUPELLARO, Roma-Bari, 2006.
- BEAUVAIS, DUBOS, *Droit pénal et droit de l'Union européen : vers un droit fédéral?*, in SAINT-PAU, *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, Cujas, 2012.
- BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine endere Moderne*, Frankfurt a. Main, 1986, trad. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.
- BENACH-GUTIERREZ, HARDING, *Fundamental rights in European criminal justice, An axiological perspective*, *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 20/2012.
- BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Brevi osservazioni di un penalista*, *Dir. pen. contemporaneo*, n. 3/2013.
- BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, *Diritto penale contemporaneo*, 1/2012.
- BERNARDI, *Opportunità de l'harmonisation*, in DELMAS-MARTY, GIUDICELLI-DELAGÉ, LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Parigi, 2003.

- BERNARDI, *Rinascita e metamorfosi della difesa sociale in Italia*, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze Giuridiche*, vol. XXIII, 2009.
- BERNARDI, *Il diritto penale tra unificazione europea e culture nazionali*, *Politica del diritto*, n. 2/2005.
- BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema penale sanzionatorio*, in RAFARACI (a cura di ), *L'area di liberta' sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra prioritari repressive ed esigenze di garanzia*, *Atti del Convegno. Catania, 9-11 giugno 2005*, Giuffrè, 2007.
- BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, 2004.
- BERTHELET, *Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne*, Bruxelles, 2003.
- BIGO, *Liberty, whose liberty? The Hague programme and the conception of freedom*, in BALZACQ, CARRERA, *Security vs Freedom? A challenge for Europe's future*, Ashgate, 2006.
- BISLEV, *Globalization, State Transformation, and Public Security*, in *Int. Pol. Sci. Rev.*, 25, 2004.
- BLOMSMA, *Mens rea and defences in European criminal law*, Intersentia, 2012.
- BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interest*, *Eu CLR*, 1, 2011.
- BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per l'europeizzazione del diritto penale*, *Criminalia*, 2009.
- BOUTELLIER, *L'utopie de la sécurité. Ambivalences contemporaines sur le crime et la peine*, Larcier, 2008.
- BRICOLA, *tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984.
- BRICOLA, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle regioni*, in *Sc. pos.*, 1963.
- BRONNER, GÉHIN, *L'inquietant principe de précaution*, Paris, PUF, 2010.
- BUZAN, WAEVER, DE WILDE, *Security: a New Framework for Analysis*, Boulder, Rinner, 1998.
- CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo?*, in JAKOBS, CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, 2003.
- CALÒ, *Vittima del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario europeo post Lisbona*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

CAMPIONE, *El que algo quiere algo le cuesta: Notas sobre la Kollateralshadengesellschaft*?, in AGRA, DOMINGUEZ, GARCIA AMADO, HEBBERECHT, RECASENS, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto, Atelier, 2003*, 20.

CASSUTO, *Une Europe, deux lois pénales*, Bruylant, 2013.

CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del penale nella giurisprudenza della Cassazione*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

CHALUMEAU, *La politique de lutte contre l'insécurité, Regards sur l'actualité*, novembre 2001.

CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, C. eur. Dir. uomo, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia (n. 3), [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato. Una prima lettura della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

CONTE, MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal general*, XXI° ed., Dalloz, 2009.

CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes, Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris*, 1819.

COOPER, *The breaking of nations*, Londra, 2004.

CORTHAUT, *EU ordre public*, Wolters Kluwer, 2012.

COVOLO, *Et la judiciarisation de l'Espace pénal fut... mais où se cache le juge pénal européen?*, in *Cahiers de droit européen*, 1/2011.

CREEGAN, *National Security Crime*, in *Harvard National Security Journal*, 2012, vol. 3

DANET - GRUNVALD, *Le droit à la sécurité et le risque au coeur d'un nouveau droit pénal*, in *Mélanges offerts à Jean-claude Helin, Perspectives du droit public*, Paris, Litec, 2004.

DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Giuffré, Milano 2008.

DE GOUTTES, *Droit penal et droits de l'homme*, RSC, 2000.

DE LAMY, *La construction d'un espace penal européen, propos introductifs, Dr. Pénal*, 8/2010.

DELMAS-MARTY, PIETH, SIEBER, *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Société de législation comparé, Paris, 2008.

- DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris, ed. du Seuil, 2006 e LABAYLE, *Vingt ans : l'âge de raison pour un espace de liberté?*, RAE, 2012/1.
- DELMAS-MARTY, GIUDICELLI-DELAGE, LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Parigi, 2003.
- DELMAS-MARTY, *Quelle politique pénale pour l'Europe*, *Economica*, 1993.
- DELMAS-MARTY, *Le flou du droit, Du code pénal aux droits de l'homme*, PUF, Parigi, 1986, ed. it. a cura di PALAZZO, *Dal codice penale ai diritti dell'Uomo*, Giuffrè, 1992.
- DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *RIDPP*, 4, 2013.
- DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002.
- DIEZ-PICAZO, NIETO MARTIN, *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Thomson Reuters, 2010.
- DIEZ RIPOLLÉS, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, in BACIGALUPO, CANCIO MELIA (a cura di), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005
- DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011.
- DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *ius17@unibo.it Studi e materiali di diritto penale*, 2/2009, 430.
- DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003.
- DONINI, PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.
- DONINI, CASTRONUOVO, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007.
- DONNELLY, *Universal human rights i theory and practice*, Cornell university press, 2003.
- DOUZINAS, *The end of human rights*, Hart, 2000.
- DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010.
- DUFF, *Inclusion and exclusion: citizens, subjects and outlaws*, 51 *Current Legal Problems*, 1998.
- DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Ducksworth, 1978.
- EPSTEIN, HO, KING, SEGAL, *The Supreme Court During Crisis: How War Affects Only Non-War Cases*, 80 *N.Y.U. L. REV.*, 2005.
- ERICSON, *Crime in an insecure world*, Polity, 2006.
- EWALD, *L'État Providence*, Grasset, Paris, 1986

- FIANDACA MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2015.
- FIANDACA, DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.
- FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014
- FIANDACA, *Appunti sul pluralismo dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, in *La corte d'Assise*, 1/2011.
- FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in GAMBERINI, ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, 2007.
- FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, in TRUJILLO, VIOLA, *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Il mulino, 2007.
- FIANDACA, *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale*, *Foro it.*, V, 1994.
- FICHERA, *Criminal Law beyond the State: The European Model*, *European Law Journal*, Vol. 19, No. 2, Marzo 2013.
- FOFFANI, *Il "Manifesto sulla politica criminale europea"*, in *Criminalia*, 2010.
- FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1976.
- FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3-4/2014.
- FUREDI, *Culture of fear*, Continuum, 2005
- GARLAND, *La cultura del controllo*, Milano, 2007.
- GIDDENS, *The consequences of modernity*, Cambridge, 1990.
- GINDRE, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union Européenne*, Parigi, 2010.
- GIUDICELLI-DELAGE, LAZERGES, *Le droit pénal au lendemain du Traité de Lisbonne*, Parigi, 2012. GIUDICELLI-DELAGE, LAZERGES, *Le droit pénal au lendemain du Traité de Lisbonne*, Parigi, 2012.
- GIUDICELLI-DELAGE, MANACORDA, *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, Parigi, 2010.
- GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi*, *Rev. sc. crim.*, 2010.
- GOMEZ-JARA, *Enemy combatants versus enemy criminal law*, 11 *N. Crim. L. Rev.*, 2008.
- GOMEZ MARTIN, *La politica criminal en Europa*, Atelier, 2004.

GRANDI, *Le qualità della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, 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.

GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010.

GRANGER, *Existe-t-il un droit fundamental à la sécurité?*, RSC n.2 /2009.

GRASSO, ILLUMINATI , SICURELLA, ALLEGREZZA, *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013.

GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in DOLCINI, PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006.

GREVE, *European criminal policy: towards universal laws?*, in JAREBORG, *Towards universal laws, trends in national, European, and international lawmaking*, Uppsala, 1995.

GROSS, *Once More unto the Breach": The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies*, *Yale Journal of International Law*, 23, 1998.

GROSS, *The Normless and exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the "Norm-Exception" Dichotomy*, in *Cardozo Law Review*, 21, 2000.

GUILD, *Crime and the constitutional future in an area of freedom, security and justice*, 2004, 10 *European law journal*.

GUILD, CARRERA, *Towards an Internal (In)security Strategy for the EU?*, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, Gennaio 2011

GUILD, CARRERA, *The european union's area of freedom, security and justice ten yers on*, in GUILD, CARRERA, EGGENSCHWILER, *The area of freedom, security and justice ten yers on. Success and future challenges under the Stockholm programme*, Centre for european policy studies, Bruxelles, 2010.

HABERMAS, *The Theory of Communicative Action*. Vol. 2, Cambridge, 1989.

HALL, *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis - New York, 1960.

HALLSWORTH, *The case for a postmodern penalty*, in *ThCrim*, 2002.

HASSEMER, *Sichereit durch strafrecht*, in *Strafverteidiger*, 2006.

HEGEL, *Philosophy of Right*, George Bell and Sons, Londra, 1896.

HERLIN-KARNELL, *The costitutional dimension of european criminal law*, Hart, 2012.

HERLIN-KARNELL, *The Development of EU Precautionary Criminalisation. European Criminal Law Review*, 2011, 1 (2).

- HERLIN-KARNELL, *Subsidiarity in the Area of EU Justice and Home Affairs Law - A lost cause?*, *European Law Journal*, 2009, 353 ss.
- HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in AA.VV., *Critica e giustificazione del diritto penale del cambio di secolo*, Milano, 2004.
- HILF, *The role of comparative law in the jurisprudence of the court of justice of the European communities*, in *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Quebec, 1986.
- HUDSON, UGELVIK, *Justice and security in the 21st century. Risks, rights and the rule of law*, Routledge, 2012.
- HUGES, MCLAUGHLIN, MUNCIE, *Crime prevention and community safety. New directions*, Sage, 2002.
- HUGES, *Understanding crime prevention. Social control, risk and late modernity*, Open University press, 1998.
- IACCARINO, *A cost/benefit analysis about the precautionary principle*, 6 *EMBO Reports*, 2000.
- JAKOBS, *An den Grenzen rechtlicher Orientierung: Feindstrafrecht*. In *Nullum Crimen Sine Scientia*. Jaan Sootak. Juura, Tallinn, 2008.
- JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004.
- JAKOBS, *Que protege la norma penal? Bienes juridicos o la vigencia de la norma?*, in *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al Profesor G. Jakobs*, Bogotá, 2003.
- JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, 97 *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985.
- JAREBORG, *Criminalization as last resort*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2005, 2.
- JEANCLOS, *Droit pénal européen. Dimension Historique*, Parigi, 2009
- JOURDAN, *Existe-t-il un droit subjectif à la sécurité?*, in *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens?*, Acte du colloque des 19 et 20 oct. 2006, *Mutations des normes juridiques*, n. 7, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2008.
- KAIIFA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, *EuCLR*, 1/2011.
- KLIP, *Substantive criminal law of the European Union*, Maklu, 2011.
- KLIP, *European criminal law. An integrative approach*, Intersentia, 2009.



- KUHLING, Fundamental rights, in VON BOGDANDY , BAST (a cura di), *Principles of european constitutional law*, 2<sup>nd</sup> ed., Hart, 2011.
- LABAYLE *De nouveaux instruments pour un espace judiciaire européen : aspects normatifs*, in *L'espace judiciaire européen. Actes du colloque d'Avignon, La documentation française*, 1999.
- LATTY, *L'ordre public sans l'état (quelques remarques sur un oxymore en tromp-l'oeil)*, in DUBREUIL, *L'ordre public, Actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le centre Michel de l'hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I)*, Editions Cujas, 2013.
- LEE, *Inventing fear of crime*, Willan, 2007.
- LEVINET, *Théorie general des droit et liberté*, Bruylant, 2006.
- LO MONTE, *Considerazioni sulla (in)applicabilità delle fattispecie di cui agli artt. 727-bis e 733-bis c.p.*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)
- LOADER, *Policing, securitisation and democratisation in Europe*, in NEWBURN, SPARKS, *Criminal justice and political cultures. National and International dimensions of crime control*, Willan, 2004.
- LOADER, *Policing, securization and democratization in Europe*, 2002, 2 *Criminal justice* 12.
- LOADER, WALKER, *Civilizing security*, Cambridge University Press, 2007.
- LOCKE, *Two treaties of government*, 1689, Londra, 1764.
- LONG, *Harmonisation of substantial criminal law in the European Union. The concepts of "serious crime" and "particularly serious crime"*, R.A.E. – L.E.A. 2011/11.
- LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, ESI, 2007.
- LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Berlino, 1991.
- LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Feltrinelli, 1981.
- MANACORDA, *L' "age de la maturité" : stabilisation et traits conservateurs dans la politique pénale de l'Union européenne*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4/2012.
- MANACORDA, *Le droit pénal sous Lisbonne: vers une meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice?*, in RSC, 2010.
- MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike, 2012.
- MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.
- MARCHANT, MOSSMAN, *Arbitrary and capricious: the precautionary principle in the European union courts*, Washington, 2004.

- MARTINEZ-BUJAN PEREZ, *Reflexiones sobre la expansion del derecho penal en Europa con especial referencia al ambito economico: la teoria del "big crunch" y la seleccion de bienes juridico-penales*, in GOMEZ MATIN, *La politica criminal en Europa*, Atelier, Barcellona, 2004.
- MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in GRASSO, SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo: esigenza di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, 2008.
- MENDOZA BUERGO, *El derecho penal ante la globalizacion: el papel del principio de precaucion*, in BACIGALUPO, CANCIO MELIA, *Derecho penal y politica transnacional*, Atelier, 2005.
- MIETTINEN, *Criminal law and policies in the European union*, Routledge, 2013.
- MILITELLO, *I diritti fondamentali fra limite e legittimazione di una tutela penale europea*, *Ragion pratica*, 22, giugno 2004.
- MITSOLEAS, *EU criminal law competence after Lisbon: from securitised to functional criminalisation*, in ACOSTA ARCANZO, MURPHY, *EU Security & justice law. After Lisbon and Stockholm*, Hart, 2014.
- MITSOLEAS, *EU criminal law*, Hart Publishing - Oxford & Portland, 2009.
- MOLINAROLLI, *Spunti problematici in materia di sussidiarietà europea*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)
- MONAR, *The area of Freedom, Security ad Justice*, in VON BOGDANDY – BAST (eds), *Principles of european constitutional law*, 2° ed., Hart, Oxford, 2011.
- MOSS, *When all else fails: Government as the ultimate risk manager*, 300-02, 2002.
- NILSSON, *How to combine minimum rules with maximum legal certainty?*, 2011, *Europaraettslig tidskrift*.
- NOWAK, *The internationalization of the Polish criminal law: how the Polish criminal law changed under the influence of globalization*, *Crime Law Soc. Change* 2013, 59.
- OBERG, *Union regulatory criminal law competence after the lisbon treaty*, 2011, 19 *European journal of crime, criminal law and criminal justice*.
- OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au reseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, Bruxelles, 2002.
- PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, *Rivista AIC*, 1/2015.
- PACIOTTI, *Il trattato di Lisbona e le prospettive dell'Europa in L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona - Atti del 1° workshop in Diritto dell'Unione Europea e*

- internazionale. Venezia, Palazzo Ducale, 26-27 Marzo 2010* a cura di FALLETTI, PICONE, Aracne, Roma 2010.
- PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011
- PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *RIDPP*, 2014.
- PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *RIDPP*, 1990.
- PALIERO, VIGANÒ, *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013.
- PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.
- PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo y política criminal: la seleccion de bienes juridico penalmente protegiblea traves del concepto de riesgo sistematico*, in AGRA, DOMINGUEZ, GARCIA AMADO, HEBBERECHT, RECASENS, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, 2003, 91-94.
- PAVARINI, *Controlling social panic: questions and ansies about security in Italy at the end of the millennium*, in BERGALLI, SUMMER, *Social control and political order, European perspectives at the ebd of the century*, Sage, Londra, 1997.
- PEDRAZZI, VIARENGO, LANG, *Individual guarantees in the european judicial area in criminal matters*, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- PEERS, *EU Justice and Home affairs*, Oxford, 2011.
- PERILLO, *Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté, sécurité et justice deux ans après Lisbonne*, in *Il diritto dell'Unione europea* 3/2012.
- PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni realtive ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).
- PICOTTI, *Presupposti e prospettive di un sistema di diritto penale comunitario. Aspetti sostanziali*, in BARGIS, NOSENGO, (a cura di) *Corpus Juris 2000. Modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano 2003.
- PINTORE, *Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore*, in FERRARI (a cura di), *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, Franco Angeli, 2008.
- PORTERO HENARES, *¿Principio de efectiva protección de bienes jurídicos? Derecho penal europeo y principio de proporcionalidad*, in *Garantías penales*, a cura di GARCIA RIVAS - RIQUERT, Buenos Aires, 2011.
- PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, In *RIDPP*, 1983.

- PRITTWITZ, *Società del rischio e diritto penale*, in AA.VV., *Critica e giustificazione del diritto penale del cambio di secolo*, Milano, 2004.
- RADAELLI, “*Whither Europeanization? Concept stretching and substantive change*”, *European integration online*, papers, 2004, vol. 4, n. 8.
- RAFFENSPERGER, BARRETT, *In defense of the precautionary principle*, 10 *Nature biotechnology*, 811, sept. 2001.
- RAMSAY, *The insecurity State, Vulnerable autonomy and the right to security in the criminal law*, Oxford University press, 2012.
- RIBES, *L’Etat protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des dorits fondamentaux entre persone privés*, Aix-Marseille, 2005.
- RINOLDI, *Lo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, in *Elementi di diritto dell’Unione europea. Parte Speciale. Il diritto sostanziale*, a cura di DRAETTA, PARISI, Giuffrè, 2014.
- ROACH, *The Criminal Law and Terrorism*, in *Global anti-terrorism law and policy*, 2005, 129.
- ROCHE, *Le sentiment d’insécurité*, Coll. Sociologie d’aujourd’hui, PUF, 1993.
- ROCHE, *Insecurités et libertés*, Seuil, 1993.
- ROLAND, *L’ordre public et l’Etat, Breves réflexions sur la nature duale de l’ordre public*, in DUBREUIL, *L’ordre public, Actes du colloque organisé les 15 & 16 décembre 2011 par le centre Michel de l’hospital de l’Université d’Avergne (Clermont I)*, Editions Cujas, 2013.
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I, Grundlagen. Der aufbau der verbrechenlebre, 4 Aufl.*, Monaco di Baviera, 2006.
- RUBI-CAVAGNA, *Réflexions sur l’harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne*, in *Rev. sc. crim.*, 2009, 506 ss.
- SAFFERLING, *Internationale Strafrecht*, Heidelberg, 2011
- SALCUNI, *L’europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, 2011.
- SATZGER, *International and european criminal law*, Monaco di Baviera, 2012.
- SATZGER, *Quels principes pour une politique criminelle européenne après le traité de Lisbonne? Le droit pénal européen – état des lieux et perspectives ouvertes par le traité de Lisbonne*, *Revue internationale de droit pénal*, 1-2/2011.
- SCANDAMIS, *Le paradigm de la gouvernance européenne. Entre souveraineté et marché*, Bruylant, 2009.
- SHEININ, *Security and the Law*, Firenze, 2009.
- SHORE, *Building Europe: the cultural politics of european integration*, Routledge, 2006.

- SCHMITT, *Political theology*, University of Chicago press, 2005.
- SHUNEMANN, *Sobre la regulacion de los delitos de omision impropia en los eurodelitos*, in TIEDMANN (ed. spagnola a cura di NIETO MARTIN), *Eurodelitos, El derecho penal economico en la Union europea*, Cuenca, 2003.
- SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990.
- SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale "armonizzato"? Le questioni in gioco*, www.penalecontemporaneo.it.
- SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005.
- SICURELLA, "Eppur si muove!": *alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi europei*, in GRASSO-SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008.
- SILVA SANCHEZ, *Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?*, in *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, a cura di ARROYO ZAPATERO, NIETO MARTIN, MUÑOZ DE MORALES, Cuenca, 2007.
- SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, Giuffrè 2004.
- SIMON, *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*, new York, Oxford university press, 2009.
- SIRACUSA, *Il transito del diritto penale di fonte europea dalla "vecchia" alla "nuova" Unione post-Lisbona. Considerazioni a partire dalla nuova direttiva in materia di inquinamento cagionato da navi*, Riv. trim. dir. pen. eco., 4/2010.
- SIRACUSA, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo tassello della Corte di Giustizia dell'unione europea*, RIDPP, 2008.
- SOTIS, *I principidi necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell' Unione europea dopo Lisbona*, *Diritto penale contemporaneo*, 1/2012.
- SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea* in *Cass. pen.*, 2010.
- SOTIS, *Criminaliser sans punir. Reflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Unione européenne prevue par le Traité de Lisbonne*, RSC, 2010, 773.
- SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.
- SQUIRES, STEPHEN, *Rougher justice : antisocial behaviour and young people*, Willan, 2005.
- STEVENSON, *Effect of the National security paradigm on criminal law*, 130 *Stanford Law & Policy review*, vol. 22.1.

- STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, 75.
- STURIES, *Ermächtigt der Vertrag von Lissabon wirklich zum Erlass supranationaler Wirtschaftsstrafgesetze?*, *Onlinezeitschrift für Hochsrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht* 2012.
- SUHR in CALLIESS, RUFFERT, *EUV/AEUV*, Monaco di Baviera, 2011, art. 83, §24.
- SUNSTEIN, *Laws of fear. Beyond the precautionary principle*, Cambridge, 2005.
- TAVARES, *Globalización, derecho penal y seguridad pública*, in BACIGALUPO, CANCIO MELIA, *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.
- TIEDMANN (ed. spagnola a cura di NIETO MARTIN), *Eurodelitos, El derecho penal económico en la Unión europea*, Cuenca, 2003.
- TRUCHET, *L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public: la question d'un droit à la sécurité*, in *L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droit fondamentaux, Actes du colloque de Caen de jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000*, Bruylant, 2001.
- TUORI, "Ultima Ratio as a Constitutional Principle", in *Ultima Ratio, a principle at risk. European Perspectives, Oñati Socio-Legal Series*, v. 3, n. 1 (2013).
- TUORI, *European Security Constitution?*, in *Legal studies research paper series*, 2013, n. 12.
- VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012.
- VIOLA, *Europe's path to public reason*, in BALLESTEROS, FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ, TALAVERA, *Globalizations and human rights. Challenges and answers from a European perspectives*, Springer, 2012.
- VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.
- VORNBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, *Diritto penale contemporaneo*, 1/2015.
- WACQUANT, *Punire i poveri, il nuovo governo dell'insicurezza sociale*, Roma, 2006.
- WADE, *Developing a Criminal Justice Area in the European Union*, Bruxelles, 2014.
- WAEVER, *Securitization and Desecuritization*, in LIPSCHUTZ (A CURA DI), *On Security*, New York, Columbia University Press, 1995.
- WALKER, *Europe's area of freedom, security and justice*, Oxford University press, 2006.
- WEYEMBERGH, RICCI, *Le traité de lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, in BRAUM, WEYEMBERGH, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009.

WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004.

ZEDNER, *Security, the State and the citizen: the changing architecture of crime control*, *New criminal law review*, vol. 13, n. 2 -2010.

ZEDNER, *Security*, Routledge, 2009.

ZEROUKI-COTTIN (a cura di), *L'espace pénal européen : à la croisée des chemins ?*, *Actes de la journée d'études du 30 mai 2013 à l'Université Jean Monnet Saint-Etienne, Les dossiers de la R.D.P.C*, La Chartre, Bruxelles, 2013.