

dott. CATERINA PAONESSA

Dottore di ricerca in discipline penalistiche nell'Università di Firenze

LA DISCREZIONALITÀ DEL LEGISLATORE NAZIONALE NELLA CORNICE DEI VINCOLI COMUNITARI DI TUTELA

SOMMARIO: 1. Le recenti prese di posizione dei giudici di Lussemburgo sugli obblighi di tutela. - 1.1. Il *dictum* della sentenza della Corte di giustizia nella causa C-176/2003. - 1.2. Le ulteriori specificazioni apportate nella causa C-440/05. - 2. Le implicazioni penali delle pronunce *de quibus* alla luce dello stato dell'arte dell'integrazione europea. - 3. "Forme" e "contenuti" degli input normativi di penalizzazione di fonte sovranazionale. - 3.1. Le attuali tendenze legislative emergenti in sede comunitaria. - 3.2. Le perplessità connesse al *modus operandi* delle istituzioni europee. - 3.3. Il tradizionale *self restraint* normativo nell'imposizione di vincoli di tutela. - 4. La richiesta della Corte di giustizia di tutela "adeguata" e le "derivate" dei giudici nazionali. - 5. Il problema della coercibilità del mancato adeguamento ai desiderata comunitari. - 6. Il raffronto con le prescrizioni costituzionali espresse di tutela penale.

1. *Le recenti prese di posizione dei giudici di Lussemburgo sugli obblighi di tutela*

Come noto, il settore del diritto penale esula dall'area di intervento di spettanza delle istituzioni comunitarie. In ossequio al c.d. "principio di attribuzione", infatti, l'ambito di operatività di tali organi è ancorato alla preesistenza di un fondamento giuridico in tal senso nei Trattati istitutivi, allo stato attuale mancante¹. L'assenza di un'autonoma potestà punitiva delle istituzioni europee spiega il motivo per cui, *de iure condito*, le richieste di tutela provenienti dalla Comunità normalmente si assestano, nella materia penale, sulla domanda rivolta ai singoli Stati membri di predisporre, sul piano interno, forme di protezione "adeguate" per le violazioni dirette ad intaccare l'efficacia pratica della produzione normativa europea. Su tale assunto, peraltro, converge la stessa Corte di giustizia, la quale, infatti, nei suoi numerosi interventi, finora, mai è giunta a sostenere che le norme comunitarie impongono *tout court* l'adozione di sanzioni penali.

Rispetto al panorama così descritto, pertanto, le recenti prese di posizione

¹ Si esprime così l'art. 3-ter TrUE, come modificato dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, la cui piena operatività è subordinata al deposito degli strumenti di ratifica da parte di tutti gli Stati membri. Si tratta, comunque, di un principio acquisito nel contesto comunitario; v. già P. VELTEN, *Diritto penale europeo*, in *Criminalia*, 2006, p. 130.

dei giudici di Lussemburgo, espresse con la pronuncia del 13 settembre 2005, nella causa C-176/03 e in quella successiva del 23 ottobre 2007, relativa alla causa C-440/05, sembrano porsi – sia per le conclusioni prospettate che per le giustificazioni addotte – come autentiche “note dissonanti”². Nonostante una certa ambiguità del lessico adottato, le sentenze appena richiamate, attinenti, rispettivamente, alla tutela penale dell’ambiente e alla repressione penale dell’inquinamento provocato dalle navi, infatti, sono state intese quali *leading cases* in materia, in grado di imprimere una svolta decisiva al tradizionale assetto dei rapporti tra ordinamento sovranazionale e sistemi giuridici penali interni. Esse, in pratica, segnerebbero un precedente importante per il diritto comunitario, in quanto verrebbero a rafforzare in modo significativo il potere legislativo della Comunità, anche nel settore penale³.

Al di là delle entusiastiche suggestioni cui potrebbe *prima facie* indurre la lettura delle sentenze in esame, ulteriormente acuite dalla successiva presa di posizione di una delle parti istituzionali in causa, ovvero dalla Commissione europea, pare opportuno procedere alla corretta contestualizzazione dei *dicta*

² Il riferimento è alle sentenze della Corte giust., grande sez., 13 settembre 2005, C-176/03, Commissione c. Consiglio, e ID., 23 ottobre 2007, C-440/05, Commissione c. Consiglio, entrambe consultabili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>. In relazione alla prima pronuncia, numerosi sono i contributi della dottrina; in particolare, v. R. BIANCHI, *La tutela penale dell’ambiente e la pronuncia della Corte europea del 13 settembre 2005*, in *Ambiente & sviluppo*, 2006, n. 1, p. 33 ss.; C. HAGUENAU-MOIZARD, *Vers une harmonisation communautaire du droit pénal?*, in *Rev. trim. droit europ.*, 2006, p. 377 ss.; H. LABAYLE, *L’ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale*, in *Cahiers droit europ.*, 2006, p. 379 ss.; G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 899 ss.; S. MARCOLINI, *Decisione quadro o direttiva per proteggere l’ambiente attraverso il diritto penale?*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 243 ss.; E. MEZZETTI, *Gli “obblighi” comunitari di tutela penale in una recente pronuncia della Corte di giustizia UE*, in www.giustamm.it; L. MORILLAS CUEVA, J. VALLS PRIETO, *Hacia la nueva realidad de un derecho penal europeo*, in *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Granada*, 2006, p. 165 ss.; A. NIETO MARTIN, *Posibilidades y límites de la armonización del derecho penal tras el caso Comisión v. Consejo*, in www.cienciaspenales.net; L. SALAZAR, *La sentenza sulla protezione penale dell’ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, p. 58 ss.; L. SIRACUSA, *Tutela ambientale: Unione europea e diritto penale fra decisioni quadro e direttive*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 773 ss.; S. WHITE, *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *European law review*, 2006, p. 81 ss. Per un primo esame della seconda sentenza citata, v. A. DAMATO, *La Commissione non può decidere tipo e livello delle sanzioni applicabili*, in *Guida dir.*, 2007, n. 46, p. 114 ss.

³ Così, riguardo alla sentenza resa nella causa C-176/03, G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, cit., p. 900.

giurisprudenziali in questione, anche al fine di evitare eccessive sopravvalutazioni e distorsioni applicative degli stessi. Nello specifico, si tratterà di indagare in modo più approfondito i fattori che sono all'origine delle predette statuizioni, sì da accertarne l'eventuale natura, se, cioè, essa sia "patologica", in ragione delle distorsioni operate nella prassi, oppure "fisiologica", in quanto intimamente connessa al peculiare meccanismo di innesto alla disciplina comunitaria in sede nazionale.

1.1. *Il dictum della sentenza della Corte di giustizia nella causa C-176/2003*

Alla base dell'intervento della Corte di giustizia nella causa C-176/2003 vi è la contestazione della base giuridica prescelta in sede europea per fronteggiare il preoccupante aumento dei reati contro l'ambiente, ovvero della decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 27 gennaio 2003, 2003/80/GAI. L'atto normativo *de quo*, pur originando nel contesto del c.d. terzo pilastro comunitario, deputato alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, andava ben oltre il mero ravvicinamento delle legislazioni nazionali nel settore preso in considerazione, giungendo a definire in modo piuttosto dettagliato la disciplina da adottare. All'interno della decisione quadro 2003/80/GAI, in particolare, il Consiglio aveva incorporato varie norme sostanziali – in parte riprendendole dalla proposta di direttiva che nel marzo 2001 aveva presentato la Commissione *ex art. 175*, par. 1, TrCE – le quali si spingevano a definire i comportamenti che gli Stati membri, in virtù del proprio diritto interno, dovevano qualificare come reati. La ragione di un simile modo di operare veniva ravvisata nella circostanza che la precedente proposta di direttiva emanata in materia andava oltre le competenze attribuite alla Comunità e che, comunque, gli obiettivi dalla stessa perseguiti potevano essere meglio soddisfatti in base al titolo VI del TrUE, ritenendosi, appunto, lo strumento della decisione quadro più adatto per imporre agli Stati membri l'obbligo di prevedere sanzioni penali⁴. Così, per il tramite di tale provvedimento normativo, la salvaguardia dell'ambiente veniva collegata all'adozione dei provvedimenti necessari per rendere perseguibili penalmente una serie di condotte intenzionali (art. 2) e di negligenza (art. 3), lesive dell'ambiente, nonché alla repressione delle forme di

⁴ Per la verità, nelle sue valutazioni, il Consiglio era stato mosso anche da ragioni di opportunità, posto che lo stesso, una volta esaminata la proposta di direttiva presentata dalla Commissione nel 2001, era perfettamente conscio del fatto che, al suo interno, non poteva essere raggiunta la maggioranza necessaria per l'adozione; ciò viene detto esplicitamente al punto 7 del preambolo della decisione quadro 2003/80/GAI.

agevolazione e compartecipazione (art. 4). Secondo il disposto dell'art. 5, comma 1, le costituenti sanzioni penali dovevano essere "effettive, proporzionate e dissuasive" e ricomprendere "per lo meno nei casi più gravi, pene privative della libertà che possono comportare l'extradizione". Disposizioni peculiari, sul piano sanzionatorio, inoltre, erano previste nel caso in cui la realizzazione degli illeciti risultava riferibile alle persone giuridiche (artt. 6 e 7).

La validità della decisione quadro cui si è fatto riferimento era stata, però, contestata dalla Commissione, la quale, infatti, riteneva che il corretto fondamento di un simile intervento normativo dovesse essere rintracciato nell'ambito del "primo pilastro" piuttosto che nel "terzo pilastro" comunitario. Le conseguenze connesse all'opzione in parola – è bene precisare – non sono di scarso rilievo. Se si opta per la tesi "unionista", e, quindi, per l'adozione di decisioni-quadro incidenti nella materia penale, l'intensità dell'armonizzazione che si viene a realizzare è piuttosto bassa, posto che, oltre al mancato effetto diretto di tali provvedimenti normativi, bisogna considerare che alla loro omessa trasposizione non è possibile porsi rimedio mediante un ricorso per inadempimento *ex art. 226 TrCE* e, che, al riguardo, la stessa competenza pregiudiziale della Corte di giustizia non presenta carattere obbligatorio, dato che, ai sensi dell'art. 35 TrUE, essa deve essere accettata dagli Stati membri⁵. Da qui l'interesse della Commissione a collocare la competenza nell'ambito del primo pilastro, ovvero in quello del Trattato CE, là dove, il potere di iniziativa legislativa è nelle sue mani e vi è un significativo coinvolgimento del Parlamento europeo e del Consiglio, che può decidere a maggioranza qualificata. Diversamente, nel caso del Trattato UE, il Consiglio decide all'unanimità su proposta di uno Stato membro o della Commissione, con un ruolo marginale assegnato al Parlamento europeo.

Siffatte considerazioni sono state fatte proprie dalla stessa Corte di giustizia, la quale, con la pronuncia menzionata in apertura, ha provveduto ad annullare la decisione quadro contestata, sul presupposto che la stessa invadesse le competenze comunitarie. Le argomentazioni dell'organo di giustizia comunitario, in particolare, hanno valorizzato i c.d. poteri impliciti attribuiti alla Comunità per garantire efficacia alla normativa nelle materie di sua spettanza; tra questi, appunto, rientrerebbe anche la possibilità di stimolare interventi

⁵ Sul punto, v. le conclusioni dell'avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer del 26 maggio 2005, consultabili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>. In dottrina, v. A. FAVALE, *La Comunità europea ha il potere di esigere che gli Stati membri impongano sanzioni penali al fine di proteggere l'ambiente*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2006, p. 480.

degli ordinamenti nazionali sul piano penale⁶. In altre parole, l'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali risulterebbe "funzionale" all'attuazione della politica comunitaria, segnatamente nel settore ambientale. La Corte europea, pertanto, pur riaffermando il generale principio dell'inesistenza di una competenza penale delle istituzioni comunitarie, ha sancito, nella causa C-176/03, che ciò "non può tuttavia impedire al legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente"⁷.

Quanto alla *sedes* dove collocare siffatti interventi, spetta alla Corte di giustizia vigilare affinché gli atti che il Consiglio considera rientranti nell'ambito del Titolo VI del Trattato sull'Unione europea non sconfinino nelle competenze che le disposizioni del TrCE attribuiscono alla Comunità medesima. In base al disposto dell'art. 47 TrUE, infatti, nessuna disposizione del Trattato sull'Unione può pregiudicare le norme dei Trattati istitutivi della Comunità europea, né dei Trattati successivi che li hanno modificati o integrati. Come precisato a chiare lettere nella pronuncia *de qua*, la scelta del fondamento normativo di un atto regolatore della Comunità, deve, dunque, basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra i quali figurano, soprattutto, lo scopo e il contenuto dello stesso. In applicazione di tale impostazione, pertanto, i giudici di Lussemburgo hanno individuato negli artt. 174-176 TrCE – unitamente agli artt. 2, 3, n. 1, lett. l e 6 TrCE – la cornice normativa entro la quale deve attuarsi la politica comunitaria in materia ambientale. Di conseguenza, gli artt. 1-7 della decisione quadro 2003/80/GAI – ovvero la definizione delle fattispecie di reato, le prescrizioni in materia di complicità e di incitamento, l'indicazione del livello delle sanzioni, delle pene accessorie e della responsabilità delle persone giuridiche – avrebbero potuto validamente essere adottati, in ragione tanto della loro finalità quanto del loro contenuto, sulla base di tale fondamento normativo⁸.

⁶ Corte giust., 2 febbraio 1977, C-50/76, Amsterdam Bulb, punto 33; ID., 13 luglio 1990, C-2/88, Zwartveld, punto 17; ID., 8 luglio 1999, C-186/98, Nunes e de Matos, punti 12 e 14, tutte consultabili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>. In merito, v. anche, v. T.E. EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, 2007, p. 15.

⁷ Così, Corte giust., grande sez., 13 settembre 2005, C-176/03, cit., punti 47 e 48.

⁸ Corte giust., grande sez., 13 settembre 2005, C-176/03, cit., punti 39, 51 e 53.

1.2. *Le ulteriori specificazioni apportate nella causa C-440/05*

Il percorso logico-argomentativo alla base della sentenza che ha annullato la decisione quadro sulla tutela penale dell'ambiente contraddistingue anche il successivo intervento della Corte di giustizia nella causa C-440/05. Nello specifico, nella vicenda in questione, l'oggetto di contestazione riguardava la decisione-quadro del Consiglio del 12 luglio 2005, 2005/667/GAI, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi. Tale atto normativo, a completamento della direttiva 2005/35/CE, prevedeva l'adozione, da parte degli Stati membri, di una serie di provvedimenti correlati al diritto penale, allo scopo di rafforzare la sicurezza marittima. In questa prospettiva, in particolare, il combinato disposto delle norme appena richiamate, stabiliva la necessità di considerare reati gli scarichi di sostanze inquinanti effettuati dalle navi (v. il rinvio dell'art. 2 della decisione quadro 2005/667/GAI agli artt. 4 e 5 della direttiva 2005/35/CE), nonché di adottare, in conformità al diritto nazionale, le misure necessarie a punire il favoreggiamento, la complicità o l'istigazione nella commissione degli stessi (art. 3 della decisione quadro 2005/667/GAI). Rispetto alla decisione quadro sulla tutela penale dell'ambiente, il dato maggiormente qualificante il provvedimento normativo *de quo*, era rappresentato dalla disciplina sanzionatoria cesellata negli artt. 4-6, là dove, infatti, erano fissati, sia per le persone fisiche che giuridiche, il tipo ed il livello delle pene applicabili, in considerazione dei danni prodotti. In particolare, l'art. 4, non si limitava a precisare che la misura penale da adottare dovesse essere connotata in termini di effettività, proporzionalità e dissuasività, comprendente, almeno per i casi gravi, la sanzione privativa della libertà, ma vi aggiungeva anche l'indicazione della durata massima della stessa, la quale, appunto, doveva essere compresa tra uno e tre anni. Detto limite risultava incrementato da cinque a dieci anni nelle ipotesi in cui i reati dell'art. 2, commessi deliberatamente, avessero cagionato danni significativi ed estesi alla qualità delle acque, a specie animali o vegetali o a parti di queste e la morte o lesioni gravi a persone (art. 4, comma 4). La durata massima della pena detentiva doveva essere, invece, compresa tra due e cinque anni nel caso in cui il reato dell'art. 2 commesso deliberatamente avesse causato: a) danni significativi ed estesi alla qualità delle acque, a specie animali o vegetali o a parti di queste; b) il reato è stato commesso nell'ambito delle attività di un'organizzazione criminale ai sensi dell'azione comune 98/733/GAI del Consiglio, del 21 dicembre 1998, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea, a prescindere dal livello delle sanzioni previsto in tale

azione comune (art. 4, comma 5). Un'ulteriore forbice edittale scattava, poi, nel caso di reati commessi per grave negligenza (art. 4, commi 6 e 7). A completamento della disciplina contenuta nella decisione quadro 2005/667/GAI, inoltre, erano previste una serie di disposizioni concernenti aspetti procedurali, quali la competenza giurisdizionale, la notificazione di informazioni tra gli Stati membri, la designazione di punti di contatto, l'ambito di applicazione territoriale, l'obbligo di attuazione gravante sui destinatari (artt. 7-12).

La pronuncia *de qua* ha riportato la materia regolamentata dalla decisione quadro 2005/667/GAI nel contesto del primo pilastro comunitario. Nella vicenda *sub iudice*, infatti, la Corte europea ha constatato che anche la politica comune dei trasporti si annovera tra le finalità proprie della Comunità. Più precisamente, in base all'art. 80, n. 2, TrCE, il legislatore comunitario ha la facoltà di adottare misure volte al miglioramento della sicurezza della navigazione marittima e può decidere di promuovere la tutela dell'ambiente in tale settore. In virtù di tale disposizione normativa, pertanto, ampio è il potere di cui dispone la Comunità, stante l'assenza di limitazioni ivi fissate in ordine alla natura delle disposizioni adottabili e l'applicazione analogica dell'art. 71, n. 1, TrCE, che consente di predisporre, in materia di navigazione marittima, "le misure atte a migliorare la sicurezza dei trasporti" nonché "ogni altra utile disposizione". Pertanto, sul fondamento dell'art. 80, n. 2, TrCE – prosegue la Corte di Lussemburgo – ben si sarebbero potuti adottare gli artt. 2, 3 e 5 della decisione quadro 2005/667/GAI (*id est*, la definizione dei reati, delle forme di favoreggiamento, complicità, istigazione e delle forme di responsabilità delle persone giuridiche).

In sede di motivazione – è bene precisare – i giudici di Lussemburgo hanno sintetizzato il *dictum* della pronuncia antecedente, facendone risultare il significato più perentorio dell'originale. Ivi, infatti, si passa dal riferimento all'adozione di provvedimenti da parte del legislatore comunitario "in relazione al diritto penale" alla circostanza che egli "può imporre agli Stati membri l'obbligo di introdurre tali sanzioni", ovvero sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive⁹. Ad ogni modo, al di là della variante linguistica utilizzata, la pronuncia in esame è valsa a perimetrare ulteriormente il dato ricavabile da quella inerente la tutela penale ambientale, precisando che la Comunità può imporre sì agli Stati membri l'obbligo di sanzionare penalmente determinati comportamenti, ma non può procedere alla determinazione del tipo e del

⁹ Corte giust., grande sez., 23 ottobre 2007, C-440/05, cit., punto 66.

livello delle sanzioni, dal momento che ciò esula dalla sua sfera di competenza. Conseguentemente, è stata esclusa la possibilità per il legislatore comunitario di adottare disposizioni quali gli artt. 4 e 6 della decisione quadro 2005/667/GAI¹⁰.

2. *Le implicazioni penali delle pronunce de quibus alla luce dello stato dell'arte dell'integrazione europea*

Due sono gli spunti che, in particolare, è possibile ricavare dalle sentenze sulle quali si è concentrata l'attenzione. Il primo dato si desume dalle motivazioni addotte per annullare tanto la decisione-quadro in materia di tutela penale ambientale, quanto quella sull'inquinamento navale, e risiede su una constatazione, di per sé, ovvia. Posto che la materia ambientale – cui risulta strumentale anche la disciplina adottata nel campo della sicurezza marittima – rientra tra quelle del primo pilastro, ne consegue che per la sua regolamentazione giuridica non è corretto l'impiego, da parte degli organismi deputati alla produzione normativa comunitaria, delle decisioni-quadro, dovendosi, invece, utilizzare atti propri del diritto comunitario e, segnatamente, regolamenti o direttive. Come già detto, infatti, è la finalità ed il contenuto dell'atto che deve guidare la scelta della base giuridica dei provvedimenti da adottare nei settori di rilevanza comunitaria.

Dalle pronunce *de quibus* si ricava, tuttavia, anche un ulteriore elemento, attinente all'esplicito riconoscimento, da parte dei giudici di Lussemburgo, della possibilità che – in nome del principio di effettività – sia imposta agli Stati membri l'adozione di una forma di tutela penale. Tale affermazione non deve essere fraintesa. Perché ciò non accada, è necessario fare leva su due constatazioni. Il riferimento è, da un lato, al contenuto degli atti oggetto di annullamento da parte della Corte di giustizia e, dall'altro, alla circostanza che nelle pronunce di cui si tratta non viene direttamente in rilievo l'obbligo di fedeltà comunitaria, gravante sugli Stati membri, in virtù dell'art. 10 TrCE¹¹.

¹⁰ Corte giust., grande sez., 23 ottobre 2007, C-440/05, cit., punti 69-71.

¹¹ L'articolo risulta formalmente abrogato dal Trattato di Lisbona (art. 1, punto 5); il suo contenuto, in realtà, è stato interamente trasposto nell'art. 3-*bis*, par. 3, TrUE, con l'aggiunta, accanto al dovere "positivo" per gli Stati membri di adottare tutte le misure idonee ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni comunitarie, e, a quello "negativo", di astenersi dal compromettere la realizzazione degli obiettivi prefissati, dell'ulteriore precisazione secondo cui "l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati".

Quanto al primo aspetto, non bisogna dimenticare che, soprattutto nel caso della sentenza del 13 settembre 2005, il provvedimento rimesso all'esame della Corte di giustizia, ovvero la decisione quadro 2003/80/GAI si limitava, in conformità peraltro alla stessa natura dell'atto, ad armonizzare la perseguibilità penale di determinate condotte ritenute particolarmente lesive del bene ambientale. Con tale provvedimento, infatti, venivano semplicemente poste, a livello europeo, alcune condizioni minimali per la salvaguardia dell'ambiente, le quali dovevano ricevere uniforme applicazione negli ordinamenti nazionali che ne erano i destinatari. Al riguardo, la decisione quadro impugnata nulla definiva in merito alle concrete sanzioni penali da comminare, se non il fatto che queste, rimesse alla scelta degli Stati membri, dovessero essere "effettive, proporzionate e dissuasive", comprendenti – com'è ovvio nei casi più gravi – "pene privative della libertà che possono comportare l'extradizione". È questo, dunque, il contenuto che ha in mente la Corte di giustizia quando riconosce che, vertendosi della materia ambientale, non è corretta la base giuridica prescelta dal Consiglio per la sua regolamentazione.

Tale assunto risulta ancora più evidente se si passa ad analizzare la successiva pronuncia della Corte europea del 23 ottobre 2007. In questo caso, infatti, proprio perché la direttiva impugnata introduceva disposizioni fin troppo dettagliate sulla cornice sanzionatoria da adottare in relazione ai comportamenti derivanti dall'inosservanza delle norme comunitarie in materia di sicurezza marittima, idonei a cagionare danni particolarmente gravi all'ambiente, la Corte di Lussemburgo puntualizza che è esclusa per il legislatore comunitario la possibilità di intervenire per determinare "il tipo ed il livello delle sanzioni penali applicabili".

Per effetto dell'annullamento delle predette decisioni quadro, dunque, la corretta base normativa di simili interventi doveva essere ricercata nel contesto del primo pilastro comunitario. Dal momento che la Comunità non ha una competenza penale diretta, è chiaro che una regolamentazione giuridica del tipo di quella che veniva richiesta non poteva essere espletata con atti direttamente vincolanti, quali i regolamenti, bensì, necessariamente, doveva reggersi su direttive comunitarie, le quali, come noto, pongono, nei confronti degli Stati membri, unicamente obblighi di risultato. La scelta della direttiva, del resto, non costituisce una forma di indebita invasione del diritto penale nazionale da parte delle istituzioni comunitarie, in quanto, comunque, gli ordinamenti interni, nel rispetto del principio della riserva di legge, conservano il potere di scegliere il tipo e la misura della sanzione penale applicabile ai fatti comunitariamente qualificati come reati, sempre che queste siano proporzionate, ef-

fettive e dissuasive rispetto alle finalità poste dalla direttiva medesima¹².

Ad un attento esame, peraltro, un intervento del genere si aggancia all'orientamento consolidato della giurisprudenza comunitaria in punto di obblighi di tutela. Con le pronunce *de quibus*, infatti, non è in gioco l'obbligo di fedeltà comunitaria e, segnatamente, l'obbligo di regolare penalmente una determinata materia da parte dei singoli ordinamenti nazionali¹³. Diversamente, la prospettiva presa in considerazione è quella delle istituzioni comunitarie deputate alla produzione normativa, che possono definire a grandi linee i comportamenti meritevoli di essere sanzionati penalmente nei singoli Stati membri, fermo restando che, a quest'ultimi, spetta, in stretta corrispondenza alla tipologia dell'atto utilizzato per avanzare tale richiesta (direttive), l'adozione delle indispensabili misure concrete¹⁴. Da qui, il rilievo della Corte di giustizia secondo cui l'incompetenza penale diretta della Comunità non è ostacolo al fatto che la stessa possa assumere "provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri". Si tratta di ipotesi, che, per come si articolano nella realtà pratica, non valgono ad eliminare totalmente la discrezionalità del legislatore nazionale, tanto da far sembrare la risposta di quest'ultimo come "necessitata" in relazione all'input comunitario di tutela. Il vincolo per il titolare del monopolio normativo penale in ambito nazionale, infatti, è sempre quello di predisporre una tutela adeguata, ovvero di allestire – nel settore indicato dalla normativa comunitaria – una protezione penale "minimale"; di conseguenza, spetta al legislatore nazionale l'eventuale concreta costruzione di fattispecie incriminatrici, nonché, soprattutto, la determinazione della natura e dell'entità delle sanzioni da comminare. In altre, parole l'esistenza a monte di un vincolo comunitario di tutela, anche ove attestati l'impiego di una forma di reazione sul piano penale, non esclude la possibilità che, in ambito interno, siano impiega-

¹² E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Padova, 2007, p. 105.

¹³ In senso critico, sul mancato ricorso all'art. 10 TrCE, v. C.HAGUENAU-MOIZARD, *Vers une harmonisation communautaire du droit pénal?*, cit., p. 382; H.LABAYLE, *L'ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale*, cit., p. 411.

¹⁴ G. GRASSO, *La protezione degli interessi finanziari comunitari nella prospettiva della formazione di un diritto penale europeo*, in *Criminalia*, 2006, p. 106, ritiene troppo riduttivo determinare i comportamenti da sottoporre a sanzione, senza nulla prevedere in ordine alla natura o alla misura delle sanzioni stesse, in quanto l'obiettivo di volta in volta perseguito può essere compromesso da un'eccessiva disparità di livelli sanzionatori, pur in presenza della comune previsione dell'illiceità di certi comportamenti. In argomento, più recente, v. lo stesso G. GRASSO, *Introduzione: diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 70 ss.

te anche strumenti extrapenali, né ostacola una eventuale riconsiderazione, da parte del legislatore nazionale, delle scelte normative, in un primo momento adottate. Questo punto – dato in questa sede come acquisito – verrà chiarito di qui a breve, in relazione all'analisi dei rimedi tramite cui si può far fronte alle violazioni della disciplina comunitaria, che, infatti, per come sono configurati non sono in grado di determinare la sostituzione delle disposizioni comunitarie violate alle mancanti o difformi previsioni adottate in ambito nazionale.

Dunque, se questo è il corretto significato che deve ricondursi alla discussa sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2005, anche alla luce delle precisazioni in seguito fornite nella pronuncia del 23 ottobre 2007, appare evidente come le deduzioni da essa tratte, soprattutto ad opera della Commissione europea, vadano ben oltre la sua portata applicativa. Subito dopo la statuzione resa nella causa C-176/03, infatti, il ragionamento della Corte di giustizia – strettamente limitato alla materia penale ambientale – era stato ulteriormente sviluppato dalla comunicazione della Commissione COM(2005) 583 def. del 23 novembre 2005, indirizzata al Parlamento europeo e al Consiglio¹⁵. Nello specifico, attraverso tale intervento, la Commissione ha spinto in avanti il ragionamento dei giudici di Lussemburgo, giungendo a prospettare la legittimità di interventi normativi in materia penale nell'ambito del primo pilastro, in relazione ad ogni area di competenza comunitaria potenzialmente interessata e, quindi, non soltanto in ambito ambientale. In altri termini, la Commissione, con la comunicazione *de qua*, ha inteso la pronuncia della Corte europea alla stregua di una sentenza di principio, in grado di travalicare ampiamente la materia specifica da cui è originata, dal momento che il medesimo ragionamento su cui essa poggia le proprie fondamenta può ben applicarsi per intero anche alle altre politiche comuni e alle libertà comunitarie (libertà di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi, dei capitali), ove, appunto, l'adozione di misure penali consone si riveli necessaria per “lottare contro gravi inadempienze all'attuazione degli obiettivi della Comunità”, nonché “per garantire la piena efficacia di una politica comunitaria e il buon funzionamento di una libertà”¹⁶. Nell'interpretazione della sentenza della Corte di giustizia del

¹⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio in merito alle conseguenze della sentenza 13 settembre 2005 della Corte C-176/03, Commissione c. Consiglio del 23 novembre 2005, in <http://eur-lex.europa.eu>; in argomento v. anche M. MIRABILE, *Verso un nuovo diritto penale europeo: la Comunicazione 23 novembre 2005, COM (2005) 583, Final, della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1934 ss.

¹⁶ Comunicazione della Commissione, cit., punti 7 e 8.

13 maggio 2005 data dalla Commissione, rimane fermo, comunque, il fatto che il legislatore può avvalersi degli strumenti propri del diritto penale alla condizione che tale ricorso risulti, altresì, coerente con il quadro d'insieme europeo, evitando disposizioni penali sparse e disparate e soprattutto che gli Stati membri e le persone interessate si trovino soggette ad obblighi contraddittori¹⁷. In pratica, al legislatore comunitario sarebbe riconosciuta una competenza in materia di definizione delle fattispecie incriminatrici, del tipo di sanzioni, delle altre "misure accessorie" al diritto penale, ma sempre nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità dell'intervento comunitario.

Sul punto, però, ben diverso è stato l'atteggiamento assunto dal Parlamento europeo che, difatti, nella sua relazione dell'8 maggio 2006, invitava a non estendere automaticamente le conclusioni della Corte di giustizia ad ogni altra possibile materia del primo pilastro, riaffermando l'urgenza di iniziare, in base all'art. 42 TrUE, la procedura diretta ad includere la cooperazione giudiziaria di polizia in materia penale nel pilastro comunitario, il solo in grado di assicurare le condizioni per adottare disposizioni europee nel pieno rispetto del principio democratico, di efficacia decisionale e sotto il controllo giurisdizionale adeguato¹⁸. D'altra parte, la stessa sentenza della Corte di giustizia di cui si discuteva consentiva di considerare annullato solo l'atto che è stato impugnato e non altri. Nella relazione del Parlamento europeo, peraltro, l'attenzione veniva focalizzata su un aspetto, successivamente ripreso dalla sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2007, in materia di inquinamento delle navi. Il riferimento è alla questione se, le disposizioni penali eventualmente adottate nell'ambito del primo pilastro devono limitarsi all'incriminazione di una condotta o possono arrivare a definire anche il tipo ed il livello delle sanzioni. Nella prospettiva del Parlamento europeo, il diritto comunitario potrebbe sì sancire la rilevanza penale di certi comportamenti, ma deve lasciare spazio alla competenza degli Stati membri per ciò che riguarda concretamente l'individuazione e l'applicazione delle sanzioni, in quanto non sussiste, al riguardo, alcuna corrispondente base giuridica. Ciò induce, pertanto, tale organismo istituzionale, a salutare con favore l'affermazione di una possibile,

¹⁷ Comunicazione della Commissione, cit., punti 12 e 13.

¹⁸ Relazione A6-0172/2006 del Parlamento europeo sulle conseguenze della sentenza della Corte del 13 settembre 2005, C-176/2003, Commissione c. Consiglio, in *www.europarl.europa.eu*, punti 2-4. Più in generale, sul rimedio offerto dalla c.d. "norma passerella" di cui all'art. 42 TrUE, v. il rapporto della *House of Lords* sulla competenza penale della Comunità europea, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 213 ss., nonché A. BERNARDI, *La competenza penale europea secondo la House of Lords*, *ivi*, p. 196 ss.

ancorché parziale, competenza penale della Comunità europea, “quando questa si accompagni ad una chiara determinazione dei suoi presupposti e della sua portata”. Sulla base di tali rilievi, in particolare, il Parlamento europeo ritiene che, in ambito comunitario, il legislatore nazionale debba limitare il ricorso alle sanzioni penali ai soli casi in cui ciò si riveli indispensabile e necessario per la protezione di: 1) diritti e libertà dei cittadini e altre persone (quali la lotta contro il traffico di esseri umani e la lotta contro comportamenti razzisti o gravemente discriminatori); 2) interessi essenziali dell’Unione, tra cui i suoi interessi finanziari o la lotta alla falsificazione dell’euro¹⁹. In questo modo, pertanto, il diritto comunitario può prevedere solo regole minime, sotto forma di direttive, per l’adozione di sanzioni penali da parte degli Stati membri, sebbene, in taluni casi, è opportuno inquadrare l’azione degli Stati membri, precisando espressamente i comportamenti che fanno scattare un’incriminazione penale e/o il tipo di sanzioni applicabili e/o altre misure correlate al diritto penale che siano specifiche di un dato settore²⁰.

Siffatta linea interpretativa è stata fatta propria e, al contempo, corretta nel suo significato, dalla successiva pronuncia della Corte di giustizia del 23 ottobre 2007, nella causa C-440/05. In termini rigidi, infatti, l’organo di giustizia comunitario ha sancito che, per quanto riguarda la determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali applicabili, “questa non rientra nella competenza della Comunità”.

3. “Forme” e “contenuti” degli input normativi di penalizzazione di fonte sovranazionale

Che la portata enfaticamente attribuita alle pronunce in esame debba essere più correttamente “contenuta” emerge con evidenza una volta che, sulla base di un approccio di tipo realistico, si allarga il piano di indagine fino a considerare la diversa tipologia di atti che, di regola, sono impiegati per veicolare le richieste comunitarie di tutela entro i confini nazionali²¹. Come si è già avuto modo di rilevare, siffatte indicazioni emergono sia nel contesto del c.d. primo pilastro, ovvero nel pilastro propriamente comunitario, che nel settore

¹⁹ Relazione del Parlamento europeo, cit., punto 5.

²⁰ Relazione del Parlamento europeo, cit., punto 15.

²¹ Definisce il settore normativo comunitario una “*patchwork-structure*”, W. PERRON, *Perspectives of the harmonization of criminal law and criminal procedure in the European Union*, in E.J. HUSABØ, A. STRANDBAKKEN (a cura di), *Harmonization of criminal law in Europe*, Antwerpen-Oxford, 2005, p. 13.

della cooperazione giudiziaria e di polizia (c.d. terzo pilastro). Nello specifico, in relazione al diritto comunitario *stricto sensu*, sono i regolamenti e le direttive comunitarie a costituire il principale veicolo normativo; diversamente, nel terzo pilastro, il riferimento è da intendersi alle convenzioni, agli accordi quadro, nonché all'eventuale adozione di posizioni comuni e di decisioni (art. 34 TrUE)²². Si tratta di un rilievo che non è privo di importanza, posto che alla diversa tipologia degli atti summenzionati è ricollegata una differente operatività. Mentre i regolamenti e le direttive dettagliate c.d. *self executing* sono in grado di creare vincoli diretti per l'ordinamento nazionale, trattandosi di provvedimenti immediatamente applicabili al suo interno, nelle restanti ipotesi, perché tale effetto si realizzi, vi è necessità di un atto di ricezione formale e, quindi, dell'intervento mediato del legislatore nazionale.

A seconda dell'efficacia degli atti in questione, dunque, è suscettibile di atteggiarsi in modo diverso anche il rapporto di compatibilità della produzione normativa sovranazionale con il principio della riserva di legge in campo penale. In particolare, non crea alcun problema la richiesta della Comunità, rivolta ai singoli Stati membri, di apprestare una determinata tutela penale, effettuata attraverso l'impiego di atti non vincolanti, quali le raccomandazioni e i pareri di cui all'art. 249 TrCE. Tali atti normativi, infatti, non pongono alcun obbligo di risultato, ma lasciano il legislatore libero di uniformarsi alle "esorazioni" europee, senza il rischio di incorrere, in caso mancato adeguamento, nell'avvio di un procedimento per infrazione.

Il discorso si complica riguardo alle fonti comunitarie dotate di efficacia vincolante quanto all'intero contenuto (regolamenti, decisioni) oppure soltanto in relazione allo scopo di tutela da raggiungere (direttive). Non è infrequente, che proprio tali atti siano largamente impiegati per richiedere agli Stati aderenti all'organizzazione comunitaria un rafforzamento del quadro penale di repressione delle violazioni della disciplina sovrastatale. *Prima facie*, un simile modo di operare sembra porsi in attrito con la *ratio* di garanzia sottostante alla riserva di legge, venendo ad intaccare la valutazione discrezionale del legislatore nazionale sulle scelte di penalizzazione. In realtà, l'incompetenza

²² In merito alla tipologia dei provvedimenti che possono essere adottati nell'attività di cooperazione di polizia e giudiziaria, tuttavia, proprio per effetto della "comunitarizzazione" di tale settore, disposta dal Trattato di Lisbona, per il futuro, viene a sparire la categoria delle decisioni quadro (attuale articolo 34, n. 2, lett. b, TrUE); al suo posto, è, infatti, prevista l'emanaazione di regolamenti (ciò accade, ad esempio, nel settore della lotta al terrorismo, nelle questioni riguardanti Eurojust e la Procura europea, v. artt. 69 D, 69 E, 69 G, TFUE) e di direttive.

penale della Comunità fa sì che le richieste di protezione eventualmente incidenti sulla materia penale, anche se contenute in atti dotati di efficacia diretta, quali i regolamenti comunitari, si limitano, per lo più, a prescrizioni di carattere generale che, come tali, richiedono, necessariamente, ai fini della loro applicazione pratica in ambito nazionale, l'intervento del legislatore interno. Nella maggior parte dei casi, infatti, una simile richiesta, si sostanzia in una mera domanda di protezione adeguata. Così accade, ad esempio, in relazione al regolamento CE n. 562/2006, del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (c.d. "codice frontiere Schengen"). Nello specifico, l'art. 4, comma 3, del regolamento *de quo*, sul piano sanzionatorio, si limita a rimettere agli Stati membri – a norma della rispettiva legislazione nazionale – l'imposizione delle sanzioni in caso di attraversamento non autorizzato delle frontiere esterne al di fuori dei valichi di frontiera e degli orari di apertura stabiliti, le quali devono essere "effettive, proporzionate e dissuasive". Al di là di questa specificazione, l'atto normativo in questione, tuttavia, non menziona in modo alcuno il carattere penale che, eventualmente, devono avere le forme di reazione attivate in caso di violazione; nel rispetto di tali requisiti, pertanto, il legislatore nazionale è libero di optare anche per forme di protezione extrapenali. Un ulteriore esempio può essere rintracciato nell'art. 25 del Regolamento CE n. 2371/2002 del Consiglio del 20 dicembre 2002, relativo alla conservazione e allo sfruttamento sostenibile delle risorse nell'ambito della politica comune della pesca. Detta norma, in particolare, sancisce che, in caso di inosservanza delle norme comunitarie, gli Stati membri garantiscono che siano prese adeguate misure, compreso l'avvio di procedure amministrative o penali, contro le persone fisiche o giuridiche responsabili. Si tratta di misure che, secondo le pertinenti disposizioni legislative nazionali, devono essere in grado di privare effettivamente i responsabili della violazione eventualmente commessa del beneficio economico derivante dall'infrazione o, comunque, devono poter produrre effetti proporzionati alla gravità degli illeciti, tali da fungere da deterrente per ulteriori infrazioni dello stesso tipo, comprendenti, in chiave alternativa, la comminazione di pene pecuniarie, il sequestro dei mezzi utilizzati, nonché la sospensione o il ritiro della licenza (art. 25, commi 1-3). Atteso ciò, sebbene il Consiglio stabilisca, in base all'elenco ivi riportato, una serie di sanzioni che gli Stati membri debbono applicare alle violazioni gravi, secondo la definizione del regolamento CE n. 1447/1999, ancora una volta, è lasciata impregiudicata la possibilità per gli Stati membri di avvalersi di mezzi di tutela anche non di carattere

penale (comma 4). Ciò che conta realmente è che le risposte configurate in ambito nazionale siano in grado di prevenire le irregolarità nelle operazioni di pesca, ovvero di reprimere quest'ultime, ove, di fatto, si siano verificate. In sostanza, in caso di infrazione della normativa comunitaria, deve seriamente esistere il rischio di vedersi infliggere sanzioni adeguate²³.

Sulla base di tali rilievi appare evidente che, anche quando potenzialmente l'ordinamento comunitario potrebbe direttamente incidere sulla regolamentazione penale interna, con propri atti normativi, in pratica, l'atteggiamento concretamente assunto rimarca una certa cautela, dal momento che non si rinviene, per l'esercizio di tale potere, alcun fondamento giuridico.

3.1. *Le attuali tendenze legislative emergenti in sede comunitaria*

Al di là dell'aspetto appena evidenziato, per la verità, non mancano situazioni in cui il condizionamento delle istituzioni europee sulle opzioni di criminalizzazione interne risulta, per lo meno in apparenza, maggiormente incisivo. Il riferimento è alla tendenza che ha iniziato a farsi strada di recente sul fronte della produzione normativa di matrice europea, proprio sulla scia della statuzione resa dalla Corte di giustizia nella nota causa C-176/03, consistente nella predisposizione di atti legislativi – segnatamente proposte di direttive – coarctanti il legislatore nazionale sul piano penale. Si tratta – è bene precisare – di atti *in fieri*, ovvero di proposte legislative non ancora approvate in via definitiva dalle competenti istituzioni europee, che, come tali, esulano, dal diritto comunitario effettivamente vigente, ma i cui riflessi non possono non essere tenuti in considerazione. Si pensi, per fare un esempio tangibile, alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 aprile 2006, COM(2006)168), relativa alle “misure penali” per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale²⁴. Come si evince dal Preambolo, detta proposta

²³ In relazione al previgente regolamento CE n. 2847/93, v. Corte giust., 12 luglio 2005, C-304/02, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese, in <http://eur-lex.europa.eu>, punto 37; in dottrina, v. M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *La suma a tanto alzado en el procedimiento por inejecución del Derecho Comunitario. Especial referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2005: Asunto C-304/02*, in *Revista española de derecho europeo*, 2006 p. 437 ss. In senso ancora più incisivo, v. Corte giust., sez. V, 25 aprile 2002, C-418/00 e 419/00, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese, in <http://eur-lex.europa.eu>, la quale, nel ritenere non proporzionate alla gravità delle infrazioni le sanzioni di carattere amministrativo prese, implicitamente, sembra riconoscere come “adeguate” soltanto sanzioni penali.

²⁴ In relazione a tale provvedimento normativo, in data 25 aprile 2007, è intervenuto il

mira ad arginare un fenomeno in costante crescita, disfunzionale per il mercato interno e, spesso, in stretta connessione con attività criminali organizzate su grande scala; da qui, l'imprescindibilità dell'adozione di sanzioni penali per rafforzare e migliorare la lotta alla contraffazione e alla pirateria, in aggiunta alle misure, alle procedure e ai mezzi di natura civile e amministrativa, già previsti dalla direttiva 2004/48/CE. Più nel dettaglio, l'art. 3 del provvedimento in parola, impone agli Stati membri di qualificare come reato qualsiasi violazione intenzionale di un diritto di proprietà intellettuale commessa su scala commerciale, o anche il tentativo di violazione, la complicità e l'istigazione. Il successivo art. 4, invece, concerne, la natura delle sanzioni che devono essere comminate. La disposizione normativa appena richiamata, oltre alle pene detentive per le persone fisiche, le quali, nel caso di reati commessi nell'ambito di una organizzazione criminale o che comportano un rischio per la salute o la sicurezza delle persone, non possono risultare inferiori ai quattro anni di reclusione (art. 5, comma 1), prevede una serie di sanzioni che vanno applicate anche alle persone giuridiche (ammende, confisca dell'oggetto, degli strumenti utilizzati e dei prodotti originati dai reati o dei beni il cui valore corrisponde a tali prodotti). A ciò si aggiunge, l'imposizione per gli Stati membri dell'obbligo di provvedere, ove si ritenga opportuno, alla fissazione di sanzioni ulteriori, quali la distruzione dei beni che violano la proprietà intellettuale, la chiusura totale o parziale dello stabilimento usato per commettere la violazione, l'interdizione dall'esercizio delle attività commerciali, la liquidazione giudiziaria, l'esclusione dal godimento di benefici e aiuti pubblici, la pubblicazione delle decisioni giudiziarie. Per le persone fisiche o giuridiche responsabili dei reati di cui all'art. 3, inoltre, la proposta di direttiva precisa che le sanzioni comprendono ammende penali o non penali con un massimo non inferiore a 100.000 euro per i casi meno gravi e un massimo non inferiore a 300.000 euro per quelli commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale o comportanti un rischio per la salute o la sicurezza delle persone (art. 5, comma 2). Da ultimo, l'art. 7, comma 1, riconosce la necessità di assicurare che "mediante misure penali, civili e procedurali, il ricorso abusivo a minacce di sanzioni penali possa essere vietato e soggetto a sanzioni".

Nel contesto europeo – è bene precisare – un simile modo di operare non

parere – in prima lettura – del Parlamento europeo che ha approvato la proposta della Commissione, così come emendata. A ciò ha fatto seguito, in data 12 luglio 2007, il parere del Comitato economico e sociale europeo (CESE); la proposta, successivamente, è ritornata all'esame del Parlamento e del Consiglio, ove risulta ancora pendente.

risulta del tutto isolato. A tale riguardo, infatti, è possibile richiamare anche la proposta di direttiva COM (2007) 51, adottata dalla Commissione il 9 febbraio 2007, contenente una serie di norme incriminatrici e di sanzioni penali, volte ad armonizzare il diritto penale nel campo dei reati gravi contro l'ambiente, la quale, in particolare, ha provveduto ad aggiornare le indicazioni specificamente contenute nella sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2005²⁵. Come già ricordato, in questo caso, si perviene all'istituzione di un elenco minimo di reati ambientali, nonché al ravvicinamento del livello delle sanzioni irrogabili sia alle persone fisiche che giuridiche. Sempre nella stessa direzione è possibile richiamare la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 maggio 2007, COM(2007) 249, la quale, per contrastare l'immigrazione illegale stabilisce sanzioni e provvedimenti comuni applicabili negli Stati membri nei confronti dei datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi soggiornanti illegalmente sul territorio dell'Unione europea. Nello specifico, sulla premessa che le sanzioni finanziarie contemplate nell'art. 6 possono non costituire un forte deterrente per alcuni datori di lavoro, risulta ivi prevista l'introduzione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive (artt. 11-13).

In dottrina, in riferimento all'inclinazione riscontrata nelle recenti proposte di direttiva non si è esitato a parlare di "*nouvelle vague*", prefigurando in questo nuovo tipo di approccio "la competenza della Comunità a disporre diretti (e variamente configurati in termini di intensità vincolante) 'obblighi di penalizzazione', che troverebbero la propria legittimazione (in un'ottica prettamente funzionalista da sempre cara alla Commissione) nel fisiologico collegamento con l'azione complessiva della Comunità in un dato settore"²⁶. Una simile affermazione richiede, tuttavia, di essere meglio circostanziata. Indubbiamente, è significativo il fatto che, pur in assenza di una autonoma potestà normativa in campo penale, nondimeno, *de iure condendo*, a livello comunitario, vengano elaborati progetti normativi che si spingono a realizzare in tale settore, sulla base di minute indicazioni, un'armonizzazione di fattispecie incriminatrici e di sanzioni punitive, prerogative, queste, tradizionalmente rimesse

²⁵ Detta proposta è ancora al vaglio del Consiglio e del Parlamento europeo, i quali devono procedere alla sua adozione secondo la procedura di codecisione. Sull'atto normativo in questione, in data 26 settembre 2007, è intervenuto il parere del Comitato economico e sociale europeo (CESE), dopo un previo esame della proposta da parte della sezione specializzata "Agricoltura, sviluppo rurale, ambiente".

²⁶ R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 204 ss.

alle scelte del legislatore nazionale. Il dato che induce a riflettere è proprio il fatto che l'armonizzazione *de qua* viene ricercata non attraverso lo strumento a ciò più consono, ovvero le decisioni-quadro e, quindi nei settori predeterminati del terzo pilastro, bensì attraverso proposte di direttive dal contenuto particolarmente dettagliato che, ove venissero approvate in via definitiva, potrebbero avere efficacia diretta nell'ordinamento nazionale, a prescindere da un atto di ricezione formale. Anche a non voler attribuire alle proposte di direttiva in precedenza richiamate natura autoapplicativa, è chiaro che, in tali situazioni, comunque, la discrezionalità del legislatore risulterebbe fortemente compressa. Al di là del margine di manovra in taluni casi "concesso" – si pensi alla specificazione delle condotte da sanzionare richiesta dalla proposta di direttiva in materia di proprietà intellettuale – il titolare del monopolio normativo penale nelle rimanenti ipotesi prese in considerazione, in pratica, si vede sottratta o, comunque, "contenuta" la propria prerogativa sulla valutazione della meritevolezza e della necessità dell'intervento punitivo, così come, in alcune situazioni, anche la stessa considerazione del *quantum* di pena da applicare.

3.2. *Le perplessità connesse al modus operandi delle istituzioni europee*

La tecnica normativa di cui si discute è criticabile sotto diversi profili, a partire dal fatto che le richieste di intervento penale promanano da organi – quali il Consiglio e la Commissione europea – privi della necessaria rappresentatività democratica diretta, in quanto costituiti da mandatari dei singoli governi nazionali²⁷. Quest'ultimi, nel momento in cui partecipano alla produzione normativa comunitaria, in pratica, legiferano senza essere sottoposti alle procedure di controllo parlamentare proprie dei processi decisionali nazionali e senza che, in ambito europeo, siano stati introdotti meccanismi equivalenti²⁸. Vi è di più: non sempre le decisioni del Consiglio sono assunte all'unanimità, per cui può ben accadere che all'interno dei confini nazionali di uno Stato membro possano trovare applicazione atti normativi – tipico è l'esempio dei regolamenti dotati di efficacia diretta – che non sono stati votati dai propri mi-

²⁷ Sull'esigenza di assicurare un più elevato standard di democraticità nei processi decisionali europei, v. G. DE FRANCESCO, *Le sfide della politica criminale: "integrazione" e sviluppo dei sistemi repressivi, nel quadro dell'internazionalizzazione della tutela penale*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006, p. 50.

²⁸ S. GOZI, *Il governo dell'Europa*, 3ª ediz., Bologna, 2006, p. 22.

nistri componenti tale consesso. La preoccupazione appena riferita, peraltro, è destinata a prendere ancora più corpo, posto che, con il Trattato di Lisbona, sono state ulteriormente incrementate le ipotesi di deliberazione a maggioranza qualificata da parte del Consiglio.

Complessivamente, dunque, nell'esercizio della funzione normativa comunitaria risulta piuttosto marginale il coinvolgimento del Parlamento europeo, ovvero dell'unico organo direttamente rappresentativo della cittadinanza dell'Unione²⁹. Ciò si verifica anche nel caso dell'impiego della procedura c.d. di codecisione, ove, infatti, non sembra del tutto corretta l'impostazione volta ad assegnare all'organo parlamentare europeo addirittura un ruolo di "co-legislatore". Se, indubbiamente, rispetto all'assetto originario dell'ordinamento comunitario si è avviato un lento, ma, comunque, progressivo processo di democraticizzazione delle istanze decisionali, si è ancora lontani dal poter ritenere pienamente rispettato il principio di legalità. Allo stato attuale, infatti, l'*iter* della codecisione non è in grado di fornire, per diverse ragioni, le stesse garanzie procedurali della riserva di legge. In particolare, il meccanismo disciplinato dall'art. 251 TrCE non conferisce al Parlamento europeo alcun potere di iniziativa legislativa, né, tanto meno, consente di giungere all'adozione di un determinato atto normativo sulla base di un ampio confronto tra le forze politiche della maggioranza e dell'opposizione. Più semplicemente, la procedura di codecisione si limita a richiedere una conformità di vedute del Parlamento e del Consiglio riguardo ai progetti normativi presentati dalla Commissione, prevedendo, in caso di disaccordo, la convocazione di un comitato di conciliazione, al fine di raggiungere un punto di vista unitario. In pratica, al Parlamento europeo è attribuito un mero potere di ostruzione dell'attività delle altre due istituzioni, dal momento che, se non viene raggiunto alcun accordo, la procedura legislativa si conclude senza l'adozione dell'atto proposto. Il Trattato di Lisbona, che pure è intervenuto sul punto, non ha introdotto modifiche di rilievo. Rispetto al passato, infatti, con tale documento normativo, la procedura di codecisione – ridenominata "procedura legislativa ordinaria" – è estesa, tra gli altri, ai settori dell'immigrazione legale, della cooperazione giudiziaria in materia penale (Eurojust, prevenzione della criminalità, ravvicinamento delle norme penali, infrazioni e sanzioni), della cooperazione di polizia (Europol), oltre che a determinate disposizioni della politica commerciale e della politica agricola comune. Ai sensi del nuovo art. 249 A, in particolare, essa consiste nell'adozione congiunta di un regolamento, di una

²⁹ P. VELTEN, *Diritto penale europeo*, cit., p. 129.

direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio su proposta della Commissione, secondo quanto indicato dal successivo art. 251, cui poi dovranno fare seguito le misure di diritto adottate dagli Stati membri, necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione (art. 249 C). Nella sostanza, quindi, al Parlamento europeo continua ad essere rimessa una forma di controllo "successiva" sulla produzione normativa comunitaria, la cui iniziativa spetta esclusivamente alla Commissione.

A far dubitare della reale effettività del procedimento legislativo in parola è poi un'ulteriore circostanza. Il Trattato di Lisbona prevede, infatti, con riferimento al settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, che, qualora un membro del Consiglio ritiene che un progetto di direttiva possa incidere "su aspetti fondamentali del suo ordinamento giudiziario penale", lo stesso può bloccare la fase decisionale e rimettere la questione al Consiglio europeo, rallentando, in questo modo, la procedura di voto, fino addirittura a poterla paralizzare del tutto (artt. 69 A, comma 3, 69 B, comma 3, 69 E, comma 2, 69 F, comma 3, TFUE). Ad ogni modo, entro quattro mesi, il Consiglio europeo, se riuscirà a ottenere l'unanimità, rinverrà il progetto al Consiglio che riprenderà l'*iter*, ponendo così fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria. Nel caso di contrasti tra Governi si aprirà, invece, un doppio scenario: se almeno nove Stati sono d'accordo sul progetto, questi potranno andare avanti attraverso il ricorso alla cooperazione rafforzata; nel caso di un consenso di minore ampiezza, invece, il progetto sarà archiviato. Anche in questo caso il rischio, quindi, è quello per cui le opzioni penali che incontrano il favore di "pochi" Stati membri (è sufficiente l'approvazione soltanto di nove dei ventisette Stati che compongono l'Unione) potranno alla fine risultare operative anche in ordinamenti nazionali che non hanno minimamente condiviso le scelte adottate.

Parimenti, non sposta di molto la questione, il preteso maggiore coinvolgimento nelle procedure legislative comunitarie dei singoli Parlamenti nazionali, presentato come uno dei punti di forza del nuovo Trattato di Lisbona³⁰. Nello specifico, è previsto che sulle proposte e sulle iniziative legislative presentate nel campo della cooperazione giudiziaria e di polizia, i Parlamenti nazionali vigilino sul rispetto del principio di sussidiarietà, conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità (art. 61 B TFUE), allegato allo stesso Trattato. Secondo tale principio, in pratica, nei

³⁰ Vedi M.C. BARUFFI, *Rafforzato il principio di sussidiarietà: protagonisti i parlamenti nazionali*, in *Guida dir, Dir. comunitario e internazionale*, suppl. n. 6, 2007, p. 15 ss.

settori che non sono di sua esclusiva competenza, l'Unione europea interviene soltanto quando la sua azione è considerata più efficace di quella intrapresa a livello nazionale. A tale riguardo, dunque, ogni Parlamento nazionale, può rendere noti i motivi per cui, a suo avviso, una proposta non risulta rispettosa del principio di cui si tratta. Ove si verifichi in concreto una simile ipotesi, prende avvio un meccanismo che si articola in due fasi. Più precisamente, se un terzo dei Parlamenti nazionali ritiene che una proposta non sia conforme al principio di sussidiarietà, la Commissione dovrà riesaminarla e potrà decidere di mantenerla, modificarla o ritirarla; diversamente, se la maggioranza dei Parlamenti nazionali condivide questa opinione e la Commissione decide comunque di mantenere la propria proposta, viene avviata una procedura specifica. L'organo titolare della potestà normativa comunitaria, a questo punto, infatti, dovrà esporre le sue motivazioni e spetterà quindi al Parlamento europeo e al Consiglio decidere se proseguire o meno la procedura legislativa. Com'è evidente, dunque, anche questa forma di controllo non intacca in alcun modo la titolarità dell'iniziativa legislativa in ambito europeo e finisce per risolversi, ancora una volta, in una forma di controllo susseguente sulla produzione normativa comunitaria, la cui decisione in via definitiva è rimessa al Parlamento europeo e al Consiglio.

Ulteriori perplessità sono ricollegati all'opzione, contenuta nelle proposte di direttiva precedentemente esaminate di fissare parametri edittali rigidi che, in effetti, possono consentire sì la realizzazione dell'armonizzazione ricercata, ma dietro il rischio di sacrificare il principio di proporzione che deve presiedere alle scelte sanzionatorie in ambito nazionale. Per come sono configurate, infatti, le soglie di pena indicate a livello comunitario, si pongono come requisiti minimi per il successivo intervento di concretizzazione del legislatore nazionale, il quale, però, nel conformarsi ai vincoli europei, rischia di risultare incoerente con il sistema sanzionatorio interno. Non bisogna dimenticare che i costruendi atti normativi sono strutturati in termini di direttive comunitarie, per cui, se è vero che lasciano libertà di forme in merito al mezzo da utilizzare, nondimeno deve essere assicurato l'obiettivo finale che, nei casi esaminati, non si assesta sulla generica richiesta di apprestare una tutela effettiva, ma si spinge fino ad esigere una precisa presa di posizione di ciascuno Stato membro in ambito penale.

Le incongruenze che, per effetto degli atti in questione potrebbero derivare sul piano interno, non attengono esclusivamente al canone della proporzionalità. Induce a riflettere, infatti, anche la circostanza che tali proposte spesso contengono l'affermazione dell'obbligo degli Stati di assicurare la punibilità

del tentativo o della partecipazione o dell'istigazione alla realizzazione consorsuale degli illeciti, senza tuttavia fornire al riguardo alcuna definizione concettuale delle soglie minime di tipicità che devono caratterizzare le anzidette forme di manifestazione. Va da sé che la precisazione del loro contenuto risulta rimessa al diritto nazionale, con l'inevitabile conseguenza di lasciar spazio a soluzioni diverse nei singoli Stati membri, tanto che l'agognato ravvicinamento finisce con il risolversi, in realtà, com'è stato rilevato in dottrina in una "armonizzazione *en trompe l'oeil*"³¹.

3.3. *Il tradizionale self restraint normativo nell'imposizione di vincoli di tutela*

Ad ogni modo, posto che, i provvedimenti esaminati sono ancora *works in progress* e che, quindi, per valutare la loro esatta portata, bisogna attendere il completamento del loro *iter* formativo, se si passa a considerare il contenuto di atti effettivamente in vigore nell'ordinamento sovranazionale, colpisce il *self restraint* con cui le istituzioni comunitarie impongono vincoli di tutela. Non è infrequente, infatti, che questi, nell'indicare un determinato settore meritevole di protezione giuridica, facciano salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali, invitandoli ad adottare, conformemente al proprio diritto nazionale, ove possibile, opportune misure amministrative o, comunque, altre sanzioni che siano pur sempre dotate dei requisiti di effettività, proporzionalità e dissuasività³². D'altra parte, una simile caratterizzazione delle domande di tutela è in linea con la peculiare natura degli atti normativi che, generalmente, li contiene, quali, appunto, le direttive comunitarie, vincolanti unicamente in ordine al raggiungimento di un determinato risultato. L'idea da cui si muove, in pratica, è quella secondo cui nessuno si trova in posizione migliore rispetto agli organi legislativi nazionali per valutare la potenzialità, l'a-

³¹ Così, ancora, R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 363. In argomento, v. anche K. AMBOS, *Is the development of a common substantive criminal law for Europe possible? Some preliminary reflections*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 2005, p. 176 ss.

³² Così, ad esempio, l'art. 39 della direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, attuata in Italia con il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, nonché l'art. 51 della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio, attuata in Italia con il d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164.

³³ S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, IV, 1995, c. 69 ss.

deguatezza e la validità di una reazione repressiva³³.

A tale proposito, è utile richiamare la già menzionata direttiva 2005/35/CE del Parlamento e del Consiglio del 7 settembre 2005, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni. Questo testo legislativo, infatti, si segnala perché non dà indicazioni di dettaglio sulla disciplina penale eventualmente da applicare, ma si limita a disporre, all'art. 8, che "gli Stati membri adottano le misure necessarie ad assicurare che le violazioni di cui all'art. 4 [scarichi di sostanze inquinanti] siano soggette a sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, che possono comprendere sanzioni penali o amministrative". In pratica, la scelta della disciplina sanzionatoria da adottare è pur sempre rimessa agli Stati aderenti all'organizzazione comunitaria, con l'unico vincolo dell'effettività della tutela da predisporre. Un simile modo di operare, peraltro, risultava già riscontrabile in relazione alla direttiva del Consiglio del 10 giugno 1991, 91/308/CEE, sulla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite. Il provvedimento normativo appena richiamato, infatti, dopo aver precisato che il fenomeno *de quo* doveva essere combattuto prevalentemente con strumenti di diritto penale (quarto considerando), imponeva agli Stati membri soltanto di garantire la piena applicazione delle sue disposizioni, stabilendo le sanzioni da applicare in caso di violazione (art. 14), fatte salve le disposizioni più rigorose per impedire tali comportamenti (art. 15).

Nella prospettiva in esame, utile è anche il richiamo della direttiva del Consiglio del 28 novembre 2002, 2002/90/CE, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, la quale impone di punire con "sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive" chiunque commetta, si renda complice, istighi o tenti di perpetrare tali condotte (artt. 1-3). Nessun riferimento testuale, dunque, rinviava alla necessaria predisposizione di forme di reazione sul piano penale; la precisazione che le sanzioni eventualmente adottate dovessero avere tale natura è avvenuta soltanto con la successiva decisione-quadro del Consiglio del 28 novembre 2002, 2002/946/GAI. Si tratta di una modalità operativa frequente nella produzione normativa comunitaria. Stante l'assenza di una competenza penale della Comunità, infatti, accade spesso che, quando la Commissione propone al Consiglio l'adozione di un atto comunitario avente ripercussioni nel settore punitivo, solitamente la parte penale venga poi disgiunta da tale atti per rinviarla ad una successiva decisione-quadro. D'altra parte, di regola, tale tipologia di atti, proprio perché si avvale della collaborazione intergovernativa, è largamente impiegata in sede europea, per intervenire nell'area della penalità. Si pensi, a titolo esemplificati-

vo, all'art. 4 della decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, riguardante la fissazione di norme minime sugli elementi costitutivi dei reati e sulle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, la quale prevede l'obbligo di irrogare sanzioni detentive, indicando anche i limiti edittali di pena; analogamente, l'applicazione di sanzioni detentive della durata massima compresa tra uno e cinque anni è prevista dall'art. 7 della decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione. Si tratta, tuttavia, di atti privi di efficacia vincolante, il cui ambito di incisione, peraltro, ha carattere limitato, sviluppandosi al di fuori della legislazione comunitaria (c.d. primo pilastro) propriamente detta³⁴.

Dalla ricognizione effettuata sulle modalità e i contenuti della produzione normativa comunitaria si ricava, essenzialmente, un dato. Se la prospettiva adottata è quella di tenere conto dello "stato dell'arte" della legislazione di fonte europea e, quindi, degli atti, effettivamente in vigore nell'ordinamento comunitario, ebbene, un elemento accomuna sia i provvedimenti direttamente operativi in ambito nazionale che quelli necessitanti di trasposizione attraverso interventi del legislatore nazionale. In ambito penale, infatti, le istituzioni comunitarie, quale che sia l'atto di cui si avvalgono, si limitano a richiedere, di regola, la predisposizione da parte degli Stati membri di forme di tutela adeguata, incidendo soltanto sull'*an* della tutela da predisporre; soltanto in via eccezionale, talora, a livello normativo, si pone esplicitamente, nel gioco delle alternative possibili, il rimando anche all'impiego di sanzioni di natura penale. Il vincolo che, per questa via, viene creato non ha carattere assoluto; rimane ferma, infatti, la discrezionalità del legislatore interno.

4. *La richiesta della Corte di giustizia di tutela "adeguata" e le "derive" dei giudici nazionali*

L'assunto appena riferito – è bene precisare – esprime un indirizzo consolidato in seno alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, a tale riguardo, fa leva sul principio di fedeltà comunitaria (art. 10 TrCE), secondo cui, infatti, spetta a ciascuno Stato membro, garantire il pieno rispetto degli impegni

³⁴ Sul punto, v. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 60. Per un'analisi dettagliata delle decisioni quadro tenenti al ravvicinamento delle legislazioni nazionali di recente v. la seconda parte del volume di G.M. ARMONE, B. R. CIMINI, F. GANDINI, G. IUZZOLINO, G. NICASTRO, A. PIOLETTI (a cura di), *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, p. 139 ss.

presi con la propria adesione all'organizzazione europea. In difetto di una simile organizzazione – va da sé – risulterebbe pregiudicata la stessa uniforme applicazione del diritto europeo negli ordinamenti sottoposti alla sua sfera di vigenza. È proprio riguardo a tale aspetto, del resto, che si parla di sussidiarietà e complementarità nei rapporti tra disciplina normativa comunitaria e diritto nazionale. In virtù di tale principio, infatti, gli ordinamenti afferenti alla sovrastruttura europea intervengono in via suppletiva nei settori interessati da tale regolamentazione giuridica, quando, cioè, questa ha omesso di prevedere sanzioni a tutela della propria efficacia oppure si dimostri necessario adottare sanzioni penali, posto che la Comunità – essendo priva di competenza in tal senso – può istituire soltanto sanzioni civili e amministrative³⁵.

Il sistema delineato – com'è facile intuire – comporta, inevitabilmente, delle divergenze sul piano applicativo, posto che gli Stati membri godono di un ampio margine di discrezionalità nel decidere come raggiungere gli obiettivi fissati a livello comunitario, specialmente quando le richieste di tutela provengono da atti normativi vincolanti soltanto in ordine al risultato da conseguire, quali, ad esempio, le direttive comunitarie. Proprio per ovviare a tale inconveniente, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha progressivamente elaborato alcuni criteri procedurali da applicare per attuare i diritti e gli obblighi di provenienza europea. Sulla base delle indicazioni fornite, in particolare, le misure applicate dagli Stati membri a fronte della violazione della normativa comunitaria, non devono andare oltre ciò che è strettamente necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito, né devono risultare sproporzionate rispetto alla gravità dell'infrazione commessa³⁶. Al fine di legittimare le misure punitive adottate sul piano interno in difesa della cornice normativa comunitaria, la Corte di Lussemburgo ha aggiunto, successivamente, due ulteriori requisiti, oltre quelli appena considerati. Più nel dettaglio, le risposte sanzionatorie predisposte in ambito nazionale non possono risultare meno favorevoli di quelle che riguardano casi analoghi di natura interna (principio dell'equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio

³⁵ Sul punto, v. B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 2^a ediz., Berlin, 2007, p. 308 ss. e, per un inquadramento più generale, A. BERNARDI, *L'Europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 30 ss.; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e gli Stati membri*, Milano, 1989, p. 48 ss.; F. SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 95 ss.

³⁶ T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, 2^a ediz., Oxford, 2006, p. 169 ss.

dell'effettività). La predisposizione di sanzioni "adeguate", in altri termini, comporta che gli Stati membri devono perseguire le violazioni alla disciplina comunitaria con la stessa diligenza con la quale essi tendono a reprimere le violazioni della legislazione nazionale. In forza del disposto dell'art. 10 TrCe, pertanto, ben si comprende la ricorrente affermazione secondo cui le violazioni del diritto comunitario sono sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, "in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza" e che, in ogni caso, conferiscono alla sanzione stessa "un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva"³⁷. In questo senso, il legislatore nazionale può decidere liberamente di fronteggiare l'inosservanza degli obblighi comunitari, anziché con sanzioni civili o amministrative, con gli strumenti propri del diritto penale, ove egli ritenga che questa sia la modalità più confacente a garantire la realizzazione degli obiettivi di tutela posti in sede europea³⁸. Anche se la normativa comunitaria di riferimento non impone agli Stati membri alcun obbligo preciso per quanto riguarda il regime sanzionatorio, dunque, solo per questo non si può dedurre che disposizioni nazionali che sanzionino penalmente le infrazioni agli obblighi imposti dalla normativa europea siano incompatibili con quest'ultima, risultando, per converso, pienamente legittime, quando sono dirette a garantire utilmente il rispetto dei vincoli ivi previsti³⁹.

Ciò che conta, dunque, è la predisposizione dei meccanismi in grado di impedire che siano violati gli scopi e gli obiettivi della disciplina di fonte europea; in questa prospettiva, l'opzione del legislatore nazionale deve ricadere, però, al contempo, su forme di reazione conformi alla gravità dell'illecito posto in essere. In sostanza, il destinatario delle domande di tutela della Comu-

³⁷ Il riferimento è alla nota sentenza della Corte giust., 21 settembre 1989, C-68/88, Commissione c. Grecia (c.d. "mais greco"), sulla cui scia si è sviluppata una copiosa giurisprudenza confermativa; v., *ex plurimis*, le sentenze del 10 luglio 1990, C-326/88, Hansen; dell'8 luglio 1999, C-186/98, Nunes e De Matos; del 30 settembre 2003, C-167/01, Inspire Art; del 15 gennaio 2004, C-230/01, Penycloed Farming Partnership; del 12 luglio 2005, C-304/02, Commissione c. Repubblica francese, tutte consultabili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>. Sulla vicenda del "mais greco", peraltro, la Corte di giustizia è di nuovo intervenuta con la sentenza del 13 luglio 2000, C-46/1997, Commissione c. Grecia.

³⁸ V. Corte giust., ord. 13 luglio 1990, C-2/88, Zwartveld, cit., punto 17. In dottrina, in merito alla pronuncia *de qua*, v. H.J. PRIEB, *Die Verpflichtung der Europäischen Gemeinschaft zur Amts- und Rechtshilfe*, in *Europarecht*, 1991, p. 342 ss.; in relazione ai successivi sviluppi della giurisprudenza comunitaria, v. F. VIGANO, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433 ss.

³⁹ In questi termini, di recente, v. Corte giust., sez. I, 8 settembre 2005, C-40/04, Syuichi Yonemoto, in <http://eur-lex.europa.eu>, punto 57.

nità vede indirizzate le proprie scelte, oltre che dal già menzionato principio di sussidiarietà, anche dalla richiesta di proporzionalità. I due criteri in parola, in particolare, non soltanto guidano e sorreggono la produzione normativa comunitaria, circoscrivendo ulteriormente, accanto al principio di attribuzione, l'esercizio delle competenze dell'Unione, ma, per quel che più direttamente interessa, condizionano parimenti le risposte che devono essere predisposte in ambito interno per soddisfare le domande di tutela di fonte europea. Se, dunque, in virtù del principio di sussidiarietà, l'ordinamento nazionale è chiamato ad intervenire, nei settori che non rientrano nella sfera di competenza esclusiva delle istituzioni comunitarie, soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista possono essere meglio conseguiti a livello locale e non è necessario, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, un intervento sul piano sovranazionale (art. 3-ter, TrUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona, cui occorre aggiungere anche il protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, ivi allegato), più complessa è la valutazione in merito al requisito della proporzione. Infatti, mentre in ambito sovranazionale, tale principio attiene al fatto che il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione deve limitarsi a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi fissati a livello dei Trattati, l'esigenza di proporzione nel caso delle scelte legislative interne presenta diverse componenti di rilievo. In quest'ultimo caso, infatti, il criterio *de quo*, fa riferimento alla relazione di corrispondenza che deve sussistere tra la gravità della violazione posta in essere e il carattere afflittivo della sanzione che viene conseguentemente comminata⁴⁰. Il rapporto di proporzionalità, dunque, tende al raggiungimento di un delicato equilibrio, cercando di evitare che la pena “diventi ingiusta perché ‘non meritata’ (sproporzionata per eccesso) ovvero ‘irrisoria’ (sproporzionata per difetto), in ogni caso tale da non corrispondere alla dignità dell'uomo che la subisce”⁴¹. In una prospettiva funzionale, in pratica, il requisito in parola allude all'adozione, entro i confini nazionali, di misure “appropriate”, capaci di centrare l'obiettivo preso di mira, le quali, al contempo, devono risultare “indispensabili”, ovvero non devono permettere di poter essere rimpiazzate con altri mezzi dotati di eguale effettività, ma di minore carica lesiva (proporzio-

⁴⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 5^a ediz., Bologna, 2007, p. 692; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 5^a ediz. Padova, 2007, p. XLII.

⁴¹ Così, F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 3^a ediz., Torino, p. 29, che definisce la proporzione come “equivalenza quantitativa tra due grandezze qualitativamente eterogenee: l'afflittività della pena e il danno sociale del reato”.

nalità in senso stretto)⁴². Il criterio della proporzionalità poggia, dunque, su una duplice valutazione di idoneità e di necessità. Mentre il primo termine fa riferimento alla relazione che intercorre tra il mezzo adottato e l'obiettivo perseguito, il secondo tiene in considerazione la comparazione degli interessi contrapposti che possono venire in rilievo nella regolamentazione di un determinato settore⁴³. *Punctum dolens*, al riguardo, è il fatto che il "mezzo" adottato nel diritto interno deve essere in grado di soddisfare un obiettivo che esula dalle finalità proprie dell'ordinamento nazionale (a meno di non volerlo identificare con la mera necessità di adempiere alla normativa comunitaria in sé e per sé considerata), il quale, peraltro, dovrebbe entrare in bilanciamento non con la scala di valori operativa nell'ordinamento costituzionale di riferimento, ma con quella di fonte sovranazionale, sempre che di gerarchia al riguardo si possa parlare, non esistendo, infatti, un vero e proprio Trattato "costituzionale" cui attingere, come sembrerebbe confermare, peraltro, la stessa espunzione di tale aggettivazione dal *corpus* del Trattato di Lisbona.

La trasposizione delle richieste comunitarie di tutela in ambito interno, indipendentemente dal fatto che essa venga effettuata in forma espressa ovvero, più semplicemente, in conseguenza della intersezione – specie nelle materie concorrenti – tra la disciplina comunitaria e quella nazionale, espone tale regolamentazione giuridica al continuo "esame" della Corte di giustizia, depositaria, appunto, dell'esatta portata della normativa sovranazionale. In altri termini, lo standard che viene richiesto quando sono in gioco violazioni del diritto comunitario risulta essere particolarmente elevato. La normativa di attuazione, infatti, può ingenerare tanto un eventuale procedimento di inadempimento in sede comunitaria, se, appunto, le misure sono ritenute dagli organi competenti – e segnatamente dalla Corte di giustizia – inadeguate, quanto, sul piano nazionale, un possibile giudizio di illegittimità costituzionale, per violazione del principio di uguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. o, anche perché non collimante con la finalità rieducativa della pena, ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost.⁴⁴. Non è da escludere, infatti, in assenza di parametri certi di riferimento, che la risposta data dal singolo Stato membro alla

⁴² R. GORDON, *E law in judicial review*, Oxford, 2007, p. 287 ss.; X. GROUSSOT, *General principles of community law*, Groningen, 2006, p. 145 ss.; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union*, London, 2005, p. 111. In giurisprudenza, v. *ex plurimis*, Corte giust., 18 maggio 1993, C-126/91, Rocher, in <http://eur-lex.europa.eu>, punto 18.

⁴³ T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, cit., p. 139.

⁴⁴ G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nelle attribuzioni dei poteri?*, Milano, 2003, p. 43 ss.

domanda di tutela dell'ordinamento comunitario, risulti, nella prospettiva degli operatori giuridici nazionali "proporzionata", anche in rapporto alle altre scelte sanzionatorie ivi adottate, ma che quelle stesse misure siano valutate insufficienti dalla Corte europea. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle ipotesi in cui l'organo di giustizia comunitario, ha mostrato di ritenere conformi alla gravità della violazione posta in essere soltanto l'impiego di sanzioni penali⁴⁵. Se si vuole evitare di legittimare squilibri in ambito interno, in nome del rispetto dei vincoli sopranazionali, l'unica logica conclusione a cui si può pervenire è nel senso di ritenere che, quando la regolamentazione giuridica nazionale interviene per dare esecuzione ad input di tutela adeguata di fonte comunitaria, allora, il prodotto conseguente deve, non soltanto risultare in linea con l'obiettivo perseguito in quella sede, ma anche con le altre scelte sanzionatorie adottate all'interno. Dunque, la proporzionalità cui allude la giurisprudenza comunitaria, rileva non soltanto nella prospettiva "esterna", ovvero nella relazione di coerenza tra la disciplina sanzionatoria nazionale e il grado di gravità della violazione della normativa comunitaria. Nel rispetto dei parametri indicati, infatti, l'adeguamento ai desiderata comunitari non deve pregiudicare il principio di uguaglianza, nel senso che l'opzione del legislatore non deve creare sproporzioni all'interno delle scelte di penalizzazione complessivamente effettuate nell'ordinamento nazionale. Si tratta di un assunto del tutto logico, posto che il rispetto della normativa comunitaria non può comportare come conseguenza la creazione di squilibri nella regolamentazione giuridica nazionale. Ove si desse spazio a simili conclusioni, la pretesa legittimità comunitaria di un determinato intervento sanzionatorio potrebbe tradursi in una sua configurazione illegittima sul piano interno, difficilmente tollerabile e, come tale, passibile di censura in sede costituzionale, nei limiti in cui è ammesso il sindacato di ragionevolezza⁴⁶.

L'elevato standard cui si è in precedenza fatto riferimento – va detto – connota non soltanto il requisito della proporzionalità, ma anche gli altri due elementi in cui la giurisprudenza comunitaria è solita scomporre la richiesta di

⁴⁵ Tale constatazione, incidentalmente, si ricava dalla pronuncia in materia di pubblicità ingannevole di prodotti parafarmaceutici della Corte giust., sez. V, 28 gennaio 1999, C-77/97, Österreichische Unilever GmbH c. Smithkline Beecham Markenartikel GmbH, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 447 ss., con nota di S. RIONDATO, *Cosmetici e pubblicità ingannevole: "rigido" obbligo comunitario di penalizzazione*.

⁴⁶ G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, 3ª ediz., Torino, 2006, p. 313 ss.

tutela adeguata, ovvero l'effettività della stessa e la sua capacità dissuasiva. Anche in relazione a questi due aspetti, pertanto, valgono le stesse osservazioni poc'anzi riferite; in altre parole, la "bidimensionalità" dei parametri adottati impone una valutazione globale del requisito dell'adeguatezza che, come tale, non può tener conto soltanto delle valutazioni unilaterali della giurisprudenza comunitaria, ma, più correttamente, deve essere rapportata anche allo *status quo* del sistema nazionale.

Vi è un ulteriore aspetto del quale bisogna tenere conto. La richiesta di apprestare una protezione "adeguata" per le violazioni della disciplina comunitaria non si esaurisce al momento dell'adempimento originario della domanda di tutela di fonte sovranazionale, ma accompagna la regolamentazione attuativa dell'obbligo in questione "vita natural durante", quindi, anche nelle ipotesi in cui questa sia stata oggetto di modifiche successive. Detto in altri termini, la disciplina predisposta sul piano interno, per il solo fatto di intersecarsi con la normativa comunitaria, dando ad essa attuazione, anche implicitamente, deve risultare sempre in linea con lo standard imposto a livello europeo; il parametro dell'adeguatezza della tutela, pertanto, deve essere accertato anche quando, rispetto alle scelte iniziali, il legislatore nazionale intende procedere ad una diversa ponderazione degli interessi in gioco e, per questa via, a predisporre un diverso assetto normativo. D'altra parte, lo stesso art. 10 TrCE, nell'interpretazione che ne è stata data, fonda un dovere "continuo" degli Stati membri di adoperarsi per rendere effettiva l'applicazione della normativa comunitaria, e, al contempo, a facilitare le istituzioni comunitarie in tutto quel complesso di attività che si colloca nella "prospettiva evolutiva" dell'agire della Comunità⁴⁷.

A tale assunto si sono agganciate, nell'ordinamento interno, le diverse segnalazioni – specie giurisprudenziali – di asserite carenze di tutela della legislazione nazionale, a fronte degli input di protezione "adeguata" emergenti dalla normativa comunitaria, intesi quale attestazione di una necessaria reazione sul piano penale. Emblematiche sono le vicende che hanno interessato, da un lato, l'originaria fattispecie incriminatrice delle false comunicazioni sociali (art. 2621, n. 1, c.c.), frammentata, per effetto del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, nella contravvenzione e nelle due ipotesi delittuose degli artt. 2621 e 2622 c.c., di recente ulteriormente modificate dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262⁴⁸; dall'altro, le questioni che hanno riguardato – nel settore ambientale –

⁴⁷ P. BILANCIA, F.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, p. 94 ss.

⁴⁸ In chiave ricostruttiva, v. N. MAZZACUVA, *Le mutazioni normative (e non) in tema di false*

la definizione nazionale di “rifiuto”, contenuta nell’art. 6, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 22/1997, rimasta pressoché invariata anche nella nuova *sedes* in cui è stata inserita, ovvero l’art. 183, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 152/2006.

Le modifiche intervenute sul piano interno, in particolare, in entrambi i casi, avevano dato origine a sospetti di “inadeguatezza” comunitaria, dal momento che, il nuovo assetto predisposto, posto in raffronto con la normativa pregressa, risultava connotato da un’attenuazione della risposta sanzionatoria inizialmente configurata. Per la verità, nelle due ipotesi in esame, la cornice normativa di riferimento si limitava a richiedere la mera predisposizione di misure “appropriate”, senza alcun accenno all’eventuale caratterizzazione penale. Così, infatti, testualmente, si esprimeva l’art. 3, comma 1, direttiva 75/442/CEE (cui corrisponde ora l’art. 3, comma 1, direttiva 2006/12/CE), in diretta attuazione del quale è stato emanato il c.d. decreto Ronchi. Un po’ più articolata era la deduzione di detto obbligo per i casi di falsificazione contabile, posto che l’adeguatezza di tutela desunta dall’art. 6 della direttiva del Consiglio dell’Unione europea n. 68/151/CEE (c.d. prima direttiva sul diritto societario), e dal combinato disposto dell’art. 2, nn. 3 e 5, della direttiva 78/660/CEE (c.d. quarta direttiva sul diritto societario) e dell’art. 10 TrCE, testualmente si riferiva alla mancata ostensione della documentazione inerente la situazione economica della società. L’allargamento esegetico anche ai casi di mendacio societario, successivamente, ha trovato l’avallo degli stessi giudici di Lussemburgo⁴⁹.

In base a quanto appena riferito, dunque, non sorprende il *dictum* espresso in entrambi gli interventi resi in via pregiudiziale. Sia nella pronuncia resa nella causa C-457/02 che in quella espressa nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, infatti, la Corte di giustizia ha ribadito un concetto già ampiamente consolidato in sede europea, secondo cui, appunto, una direttiva non può avere come effetto, di per sé ed indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati⁵⁰. Al fine di comprenderne

comunicazioni sociali, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 233 ss.

⁴⁹ Il riferimento è alla sentenza della Corte giust., grande sez., 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi, in <http://eur-lex.europa.eu>. In dottrina, v. A. DI MARTINO, *Possibile l'applicazione della pena più mite anche se affetta da illegittimità "europea"*, in *Guida dir.*, 2005, n. 20, p. 104; G. INSOLERA, V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2768 ss.

⁵⁰ Corte giust., grande sez., 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02,

meglio la portata, il principio in parola può essere utilmente scomposto in due parti, assumendo come linea di confine proprio la congiunzione “e”. Rileggendo in questo modo il passaggio sopra riportato, se ne ricavano due segmenti dotati ciascuno di un autonomo significato. In altri termini, vanno letti in modo non coordinato, bensì disgiunto, da un lato, la circostanza che una direttiva non può avere l’effetto “di per sé” di determinare o aggravare la responsabilità penale dei suoi trasgressori, dall’altro che, il medesimo effetto non può essere realizzato da una direttiva “indipendentemente da una norma giuridica di uno Stato membro adottata per la sua attuazione”. Il significato della prima *tranche* è ovvio: la tipologia normativa delle direttive comunitarie, come noto, non è in grado di produrre direttamente effetti vincolanti in ambito interno, ma solo obblighi di risultato. L’obiettivo preso di mira, ad ogni modo, deve risultare “legittimo”, ovvero deve essere compreso nella sfera di competenza propria delle istituzioni comunitarie. Una direttiva, pertanto “di per sé” (*rectius* “da sola”) non può incidere sull’area della penalità, essendo la titolarità della potestà normativa penale preclusa al raggio di azione della Comunità, per le ragioni già viste. Ma, ugualmente, una direttiva non può incidere nel settore penale neppure se ancorata ad un provvedimento di attuazione nazionale; è questo il senso che si deve ricollegare all’avverbio “indipendentemente”, da leggersi come “nonostante” o, comunque, “a prescindere”. Anche qui, non si fa che ribadire il dato precedente, ovvero l’incompetenza penale diretta delle istituzioni comunitarie e la remissione di ogni intervento del genere unicamente alle scelte proprie degli Stati membri.

5. *Il problema della coercibilità del mancato adeguamento ai desiderata comunitari*

Su un piano generale, il concetto di “obbligo di tutela” si qualifica per il suo stretto collegamento con il comportamento che in concreto deve assumere il soggetto cui esso è indirizzato. Diversamente dalla mera prescrizione, dunque, esso determina l’insorgenza – segnatamente in capo al legislatore – di un peculiare “stato deontico”, implicante la sua attivazione verso la concretizzazione della *regula iuris*⁵¹. Perché il vincolo imposto sia autenticamente

cit., punto 44; ID., sez. II, 11 novembre 2004, C-457/02, Niselli, punto 29, parimenti consultabile sul sito <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵¹ Sul punto, v. A. BARATTA, *Ricerche su “essere” e “dover essere” nell’esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, 1968, p. 34.

cogente, sì da sovrastare la resistenza passiva della discrezionalità politica del legislatore e da rendere la risposta di quest'ultimo "necessitata"⁵², tuttavia, è necessario che la richiesta di fonte europea sia validamente assistita da meccanismi di reazione, in grado di dare alla stessa "esecuzione forzata" in caso di inattuazione. In altri termini, la cogenza delle direttrici di protezione penale di derivazione europea risulta strettamente incardinata all'esistenza di meccanismi di "giustiziabilità", in grado di reagire alle eventuali trasgressioni della disciplina comunitaria e, quindi, di ripristinarne l'effettività. È proprio tale aspetto, però, a costituire l'"anello debole" della reale plausibilità del discorso sugli input comunitari di penalizzazione.

I casi maggiormente problematici interessano soprattutto i possibili contrasti che possono insorgere tra la disciplina penale interna e quella comunitaria, allorquando non viene soddisfatto l'input di tutela adeguata, segnatamente attraverso l'impiego di sanzioni penali. Per la verità, il mancato utilizzo degli strumenti propri del diritto penale per far fronte alle richieste di protezione di matrice europea non espone automaticamente lo Stato membro ad una responsabilità per inadempimento. La Comunità, infatti, non può richiedere con atti vincolanti sul piano interno l'adozione di sanzioni penali a tutela dei propri interessi; stante l'operatività della riserva di legge in materia penale, un simile modo di operare, se ritenuto necessario, non potrà che conseguire da precise scelte discrezionali del legislatore nazionale. Di fronte all'alternativa offerta dallo stesso ordinamento comunitario, la contestazione di una eventuale responsabilità dello Stato membro per inattuazione delle direttrici di provenienza europea risulterà, quindi, difficile da dimostrare, finendo, in pratica, con il rivelarsi ancorata, soprattutto, ad ipotesi di omissioni totali, ma non potendosi dedurre automaticamente dalla semplice mancata predisposizione di misure penali se, appunto, compensate da altre forme parimenti "adeguate"⁵³. A questo proposito, però, si aprono due questioni problematiche. Da un lato, si pone il problema di definire in modo più preciso i contorni del parametro di adeguatezza, cui, infatti, va rapportata la legittimità o meno delle prese di posizione adottate in ambito nazionale. Dall'altro lato, ulteriori difficoltà risul-

⁵² Sottolinea l'ingresso della "necessità giuridica" come premessa per la descrizione teleologica delle figure del dovere e dell'obbligo, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 168 ss. Sul legame tra necessità ed obbligo, colto nell'ottica però dei rapporti di diritto privato, v. F. ROMANO, *Obbligo (nozione generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 500 ss.

⁵³ G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, cit., p. 59 ss.

tano connesse a quelle situazioni concrete in cui il preteso contrasto con i vincoli comunitari di tutela scaturisce da un successivo intervento del legislatore nazionale in chiave modificatrice di una normativa preesistente, ritenuta, invece, dal giudice interno, conforme alle istanze comunitarie di tutela.

Muovendo dal primo aspetto evidenziato, ovvero dalla qualificazione del parametro di adeguatezza, non poche sono le perplessità che si dipanano. Posto che la Comunità non è titolare di una autonoma potestà di intervento in ambito penale, il rilievo dell'eventuale carenza, nell'ordinamento nazionale, di sanzioni penali a corredo della disciplina comunitaria deve potersi desumere da un parametro di riferimento certo. A tale riguardo, l'analisi che è stata in precedenza condotta sul contenuto delle richieste di protezione provenienti dalla Comunità ha dimostrato che questi, nella totalità dei casi, non sono configurati come degli imperativi categorici, in grado di sottrarre al legislatore interno ogni possibile spazio di manovra discrezionale. Anzi, l'indagine condotta ha rivelato come lo stimolo che promana dalle strutture organizzative europee in direzione dell'attività dei singoli Stati membri, si limita a richiedere che siano apprestate forme di reazioni "effettive, proporzionali e dissuasive", in una parola, che sia garantita una tutela "effettiva". Come in precedenza messo in evidenza, peraltro, il *tertium comparationis* cui riferire la valutazione di legittimità delle scelte adottate dal legislatore, sì da ovviare a possibili censure di inadeguatezza, non può essere dato, in via esclusiva, dall'ordinamento comunitario, dovendosi, infatti, tenere in considerazione anche la coerenza delle scelte di penalizzazione complessivamente effettuate entro i confini nazionali, senza fomentare squilibri.

La forza dei vincoli comunitari – è bene precisare – varia a seconda della tipologia di fonte in cui sono contenuti. Mentre risulta più stringente nel caso dei regolamenti comunitari, direttamente operativi nell'ordinamento interno, essa diventa più blanda nell'ipotesi delle direttive o delle decisioni-quadro, le quali, infatti, richiedono, per la loro attuazione, un intervento "mediato" del legislatore nazionale. In tutti questi casi, comunque, la discrezionalità legislativa riveste un ruolo non secondario, trattandosi di tradurre in regole comportamentali precise le istanze di protezione "caldegiate" a livello comunitario. Se del caso, peraltro, il legislatore nazionale potrà anche modificare le scelte precedentemente attuate sulla base delle prescrizioni comunitarie. In questa ipotesi, al più, occorrerà sottoporre la nuova regolamentazione ad una duplice valutazione, atta a verificare, in primo luogo, la sua rispondenza alle indicazioni contenute nella normativa europea di riferimento e, secondariamente, l'adeguatezza della tutela approntata, secondo quella complessa valutazione

che in precedenza è stata riferita.

In relazione alle modifiche successive della disciplina interna originariamente dettata in attuazione della normativa comunitaria, è significativo rilevare come, paradossalmente, i problemi maggiori siano insorti in relazione ad interventi che, sul piano interno, hanno determinato una restrizione delle situazioni prima rientranti nell'area dell'illiceità penale. Il dato – lo si ripete – risulta paradossale, proprio in quanto questa specifica ipotesi non si pone in attrito con l'istanza garantista sottesa al principio di legalità. Per converso, non sembra creare alcuna difficoltà la circostanza che, a fronte di una originaria risposta attenuata, il legislatore interno decida di rin vigorire il sistema sanzionatorio in caso di infrazione della normativa comunitaria. Si pensi al caso in cui, in un primo momento, vengono ritenute adeguate sanzioni di natura amministrativa o civile per assicurare una forma di protezione a determinati beni o interessi comunitari e, successivamente, lo stesso legislatore nazionale decida di affiancare ad esse anche sanzioni di natura penale. L'esercizio della potestà normativa in ambito penale rientra nella propria sfera di discrezionalità; dal momento che l'incremento di tutela penale è disposto dal legittimo titolare del monopolio normativo in siffatto settore non si insorge alcun problema di raccordo con l'istanza di legalità; questo, va detto, sempre che, naturalmente, siano rispettati gli altri parametri che ne devono guidare l'esercizio, *in primis* la razionalità dello stesso intervento e il principio di uguaglianza. Che la direzione di tutela per soddisfare le richieste comunitarie debba essere orientata verso l'alto sembra emergere anche da una recente pronuncia della Corte di giustizia, chiamata ad intervenire in via pregiudiziale sulla compatibilità di misure nazionali in materia di discariche di rifiuti che ponevano requisiti più rigorosi rispetto a quelli sanciti dalla disciplina comunitaria di settore⁵⁴. Al riguardo, la maggiore severità della normativa tedesca – che si era avvalsa a tale scopo delle misure rafforzate di cui all'art. 176 TrCE – è stata ritenuta non in contrasto con la disciplina di matrice europea in quanto risultava perseguito lo stesso obiettivo di protezione ambientale, teso alla riduzione dell'inquinamento dell'acqua e dell'aria riducendo i rifiuti nella discarica.

⁵⁴ Corte giust., sez. I, 14 aprile 2005, causa C-6/03, Deponiezweckverband Eiterköpfe c. Land Rheinland-Pfalz, in <http://eur-lex.europa.eu>. Per un primo commento, v. A. CORRADO, *Il comune obiettivo della tutela ambientale rende legittimo l'uso di un maggiore rigore*, in *Guida dir.*, 2005, n. 17, p. 108 s., che, sul punto, richiama anche la recente sentenza in materia ambientale della Corte cost., 10 luglio 2002, n. 407 (consultabile sul sito www.giurcost.org), la quale è giunta alla stessa considerazione del giudice comunitario, sia pure con riferimento al diverso ambito dei rapporti tra legislazione statale e legislatore regionale.

Quando invece la riconsiderazione delle proprie precedenti posizioni normative da parte del legislatore nazionale si rivolge verso il basso, la situazione diventa più complessa. Al fine di valutare la legittimità di simili interventi, non è da escludere la possibilità di attivare, eventualmente, un ricorso in via interpretativa alla Corte di giustizia in base all'art. 234 TrCE. Rimane fermo, comunque, il fatto che i giudici di Lussemburgo non sono in grado di esprimere alcun giudizio sulla norma interna. Il rinvio pregiudiziale, infatti, ha carattere meramente ermeneutico, nel senso che non consente né di invalidare la norma interna in eventuale contrasto, né di disapplicarla. Una possibile alternativa passa, pertanto, attraverso il coinvolgimento della Corte costituzionale; a seguito della pronuncia interpretativa della Corte europea, potrebbe profilarsi la possibilità che il giudice nazionale attivi, se ritenuto necessario, un giudizio di costituzionalità per violazione del combinato disposto degli artt. 11 e 117 Cost., che, difatti, esplicitamente pongono l'obbligo di conformarsi ai vincoli di matrice comunitaria⁵⁵. Indubbiamente, la scelta di ricorrere alla Consulta produce delle conseguenze ben più rilevanti rispetto al meccanismo della disapplicazione. Quest'ultimo rimedio, infatti, ha una valenza circoscritta unicamente alla specifica vicenda per cui si procede. Si tratta di una soluzione a carattere per così dire "particolare" nel senso che, se il giudice *a quo* ravvisa nel procedimento rimesso al suo esame una violazione della normativa europea, la disposizione interna confliggente può essere direttamente considerata *tamquam non esset*. Ciò, comunque, non esclude che – ove la questione venga riproposta davanti ad un altro giudice interno – questi possa optare anche per una soluzione differente, magari valorizzando una lettura della norma sospettata di illegittimità coerente con le prescrizioni di matrice europea. Detto in altri termini, la disapplicazione non comporta l'abrogazione o l'invalidazione della disposizione legislativa nazionale, ma soltanto la sospensione della sua efficacia in relazione alla situazione specifica in cui è fatta valere. Diversamente, l'esito del giudizio di costituzionalità ha una valenza *erga omnes*, in quanto se una determinata normativa viene ritenuta in contrasto con la legge fondamentale dello Stato, essa, conseguentemente, viene espunta dall'ordinamento con efficacia *ex tunc*.

In pratica, seguendo cronologicamente la pronuncia del giudice comunitario, il ricorso alla Corte costituzionale nei termini poc'anzi specificati, rappresenta una sorta di "passaggio obbligato" per far valere l'incompatibilità di una

⁵⁵ Indicava tale soluzione già F. GIUNTA, Sub art. 50, comma 1, in F. GIUNTA (a cura di), *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, Padova, 2005, p. 982.

determinata normativa con la disciplina di fonte europea. Sennonché, la peculiarità, in questi casi, è che l'eventuale chiamata in causa della Corte costituzionale è diretta ad ottenere una dilatazione dell'area del penalmente rilevante, con effetti *in malam partem* nei confronti del reo. Un simile modo di operare, tuttavia, è precluso all'organo di giustizia costituzionale che – come noto – non può introdurre in via additiva nuovi reati, né ampliare figure di reato già esistenti, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva al legislatore⁵⁶.

Una situazione in parte diversa si avrebbe nel caso in cui, al riconoscimento della sussistenza di un contrasto con le direttive comunitarie, segua la rimozione delle norme censurate e la riesplorazione di quelle abrogate. Ciò non esclude, però, che, queste norme, a loro volta, siano sottoposte ad una ulteriore valutazione in termini di adeguatezza, specialmente là dove esse non siano state dettate esplicitamente in attuazione della normativa comunitaria e ritenute a ciò pienamente conformi. Tale problema ha assunto una reale consistenza, ad esempio, nel caso delle false comunicazioni sociali, attualmente pendente davanti alla Corte costituzionale. Nell'ipotesi in cui l'organo di giustizia costituzionale dovesse rilevare la sussistenza di un contrasto con le direttive comunitarie, l'unica soluzione plausibile consisterebbe nel rimuovere integralmente gli artt. 2621 e 2622 c.c. e nel far rivivere la norma abrogata che, però, a sua volta, non andrebbe del tutto esente da sospetti di illegittimità. In particolare, come evidenziato da parte della dottrina, l'elasticità e la non compiuta definizione degli elementi costitutivi del previgente art. 2621, n. 1, c.c., utilizzati dalla giurisprudenza per dilatare l'ambito applicativo della norma *de qua*, risultavano non del tutto collimanti con il principio di determinatezza⁵⁷. Una riabilitazione di tale norma, pertanto, potrebbe aprire la strada verso una illegittimità di risulta⁵⁸.

Pur riconoscendo che è fatto esplicito divieto all'organo di giustizia costituzionale di introdurre in via additiva nuovi reati e, in ogni caso, di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti, in quanto interventi riservati in via esclusiva al legislatore, nondimeno bisogna richiamare l'attenzione su quell'orientamento giurisprudenziale che, già da tempo, riconosce la possibilità di sindaca-

⁵⁶ Al riguardo, v. Corte cost., 1° giugno 2004, n. 161, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1497, con nota di F. GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*, *ivi*, p. 1509 ss.; ID., 15 marzo 2002, n. 49, in *Giur. cost.*, 2002, p. 585; ID., 31 maggio 2001, n. 175, *ivi*, 2001, p. 1380; ID., 9 giugno 2000, n. 183, *ivi*, 2000, p. 1595; ID., 20 novembre 2000, n. 508, *ivi*, 2001, p. 2229.

⁵⁷ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3ª ediz., Milano, 2007, p. 49.

⁵⁸ F. GIUNTA, *La vicenda delle false comunicazioni sociali, Dalla selezione degli obiettivi di tutela alla cornice degli interessi in gioco*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 660.

re le norme penali c.d. di favore⁵⁹. Nel caso in cui, appunto, le norme censurate assumono tale carattere, un'eventuale sentenza di accoglimento da parte della Consulta avrebbe natura meramente ablativa della deroga soggettiva o oggettiva introdotta, con l'effetto di ripristinare la piena portata della norma incriminatrice preesistente⁶⁰. Una simile qualificazione, del resto, è stata suggerita in relazione al disposto dell'art. 14 della legge n. 178/2002, la quale, integrando l'art. 6 del d.lgs. n. 22/1997, veniva, infatti, a restringere l'ampiezza dell'oggetto materiale del reato (i rifiuti) e, quindi, a modificare in senso favorevole al reo, la precedente norma incriminatrice.

Per la verità, occorre distinguere quelle ipotesi in cui effettivamente si può parlare di norme di favore, dalle situazioni in cui, più correttamente, ci si trova di fronte ad una mera "normativa favorevole"⁶¹, intendendo con tale espressione quelle norme i cui effetti benevoli non dipendono dal perseguimento di finalità discriminatorie da parte del legislatore, bensì dall'operatività dei principi che presiedono la successione di leggi penali nel tempo. Tale, appunto, è il carattere che sembra riconducibile al citato art. 14, il quale, infatti, diversamente dalle norme di favore, non introduceva alcuna disciplina particolare per determinati soggetti, come tale derogatoria di una corrispondente disciplina generale. La norma interpretativa *de qua*, infatti, si sovrapponeva alla definizione contenuta nell'art. 6 del decreto Ronchi, rimodellando la nozione di rifiuto ivi contenuta con efficacia *erga omnes*, così che la stessa trovava indistintamente applicazione per tutti gli autori dell'illecito per cui era prevista. Il concetto di normativa favorevole, in pratica, sfugge alla censura di illegittimità per disparità di trattamento, per cui un eventuale intervento della Consulta, non trovando giustificazione sulla base del principio di uguaglianza, inciderebbe direttamente su scelte politico-criminali spettanti, in virtù del principio della riserva di legge, unicamente al legislatore.

⁵⁹ Di recente, v. Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 324 ss., con nota di M. LA ROSA, *La condivisibile "ragionevolezza" sulle norme penali di favore*, *ivi*, p. 333. Ampi sono i contributi intervenuti sul tema; *ex plurimis*, v. G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 671 ss., nonché la *Relazione* dello stesso Autore e di F. GIUNTA, pubblicate nel volume di L. ZILLETTI, F. OLIVA (a cura di), *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, 2007, rispettivamente, a p. 39 ss. e p. 13 ss. V. anche i contributi di O. DI GIOVINE e P. VENEZIANI in questo *Annuario*, p. 217 s.

⁶⁰ Corte cost., 3 giugno 1983, n. 148, in *Foro it.*, I, 1983, c. 1800 ss., con nota di D. PULITANO, *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, *ivi*, c. 1806 ss.

⁶¹ Sulla distinzione tra norma di favore e normativa favorevole, v. *amplius* F. GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*, *cit.*, p. 1509.

L'intervento della Corte costituzionale, quando si verte della materia penale, incontra significative limitazioni. Un primo limite concerne la condizione oggettiva della sua chiamata in causa. Poiché il controllo si deve innestare su una disposizione legislativa operativa nell'ordinamento giuridico, è chiaro che il sindacato sull'inadempimento dei vincoli comunitari può aversi soltanto qualora questi siano funzionanti in ambito nazionale, in quanto si tratta di disposizioni direttamente efficaci, oppure di norme dettate in attuazione delle richieste di fonte europea, o, più semplicemente perché si è realizzata una intersezione tra il campo regolato dalla legislazione nazionale e le indicazioni promananti dalla Comunità, di cui, appunto, il singolo Stato membro deve tenere considerazione, pure se sono intervenute successivamente alla presa di posizione del legislatore interno. Il controllo di costituzionalità sul mancato adempimento degli obblighi comunitari, infatti, non sembra poter avere luogo nel caso di omissione totale e, quindi, nell'ipotesi in cui manchi una regolamentazione sul piano interno. In questo caso, semmai, si potrà far ricorso alle forme di tutela offerte direttamente dall'ordinamento comunitario, nei limiti in cui queste sono praticabili (*in primis* ricorso per inadempimento).

I limiti che sono stati evidenziati in relazione al giudizio della Corte costituzionale, chiamata a sindacare l'eventuale inadempimento dei vincoli comunitari di tutela, dunque, inducono a porre l'attenzione sulla circostanza per cui non è del tutto remota l'ipotesi che, in ambito interno, possa mantenersi una regolamentazione giuridica che, per quanto coerente con le altre scelte adottate dal legislatore nazionale, sia "comunitariamente inadeguata". Allo stato attuale non sembrano sussistere rimedi in grado di imporre in modo categorico le valutazioni della Comunità. Se non è possibile ristabilire la coerenza tra i due settori disciplinari attraverso gli strumenti in precedenza indicati della disapplicazione, dell'interpretazione conforme e della stessa dichiarazione di illegittimità costituzionale della normativa interna per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., in quanto si fuoriesce dai limiti in cui questi sono consentiti, l'unico rimedio che permane, su un piano generale, è quello di far valere l'inottemperanza agli obblighi di comunitari, anche *sub specie* di tutela ritenuta inadeguata, per il tramite dell'attivazione di un procedimento per infrazione. Regolato dagli artt. 226-228 TrCE, tale procedimento consiste nell'accertamento giurisdizionale dell'inadempimento degli obblighi comunitari ad opera della Corte di giustizia, su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro delle Comunità⁶². Posto che, in conformità ai principi del diritto internazio-

⁶² P. COSTANZO, *Ordinamento giudiziario e giurisdizione costituzionale dell'Unione europea*,

nale, l'organo di giustizia comunitario non può condannare lo Stato ad adottare uno specifico provvedimento, né può annullare direttamente le norme interne contrarie al diritto comunitario, tuttavia, il ricorso per infrazione può concludersi soltanto con una sentenza di accertamento, la quale si limita a constatare l'eventuale inadempimento. Ove ciò venga accertato, lo Stato, ai sensi dell'art. 228, comma 1, TrCE, è semplicemente tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza comporta. Tuttavia, il mancato rispetto dell'obbligo di conformarsi alle statuizioni giurisdizionali può solo condurre la Commissione a riaprire una sorta di procedura di infrazione, questa volta nei confronti della decisione della Corte di giustizia, al termine della quale potrebbe irrogare allo Stato inadempiente una seconda condanna con il pagamento di una somma forfetaria o di una penalità. Si tratta – com'è evidente – di una pronuncia che ha un peso meramente politico. Se è vero, infatti, che la sentenza della Corte di giustizia che constata l'inadempimento ha natura meramente dichiarativa, è altresì vero che per lo Stato inadempiente non vi è il rischio di un'esecuzione coattiva della sentenza stessa.

6. *Il raffronto con le prescrizioni costituzionali espresse di tutela penale*

Le recenti statuizioni della Corte di giustizia sulla tutela penale dell'ambiente e dell'inquinamento delle navi hanno offerto lo spunto per un'indagine, più ad ampio spettro, sulla reale consistenza degli input di tutela – segnatamente di natura penale – di fonte europea. Rifuggendo da posizioni aprioristiche, la prospettiva assunta ha cercato di valorizzare la concreta conformazione delle richieste di protezione promananti dalla Comunità, il loro peculiare modo di atteggiarsi e, soprattutto, la capacità di incisione sulle scelte penali del legislatore nazionale. Come non si è mancato di rilevare, *rebus sic stantibus*, l'assenza di una diretta potestà sanzionatoria dell'organizzazione comunitaria, impedisce di riferire direttamente ad essa atti normativi impositivi di obblighi di penalizzazione, in grado di funzionare nell'ordinamento interno senza alcuna "mediazione" del legislatore nazionale. D'altra parte, anche se, in futuro, la Comunità dovesse optare per interventi di maggiore dettaglio, la loro operatività in ambito interno non sarebbe del tutto scontata. In relazione ad un simile modo di operare, in particolare, non potrebbe sottacersi la possibilità che venga avviato un procedimento di annullamento. Ai sensi dell'art. 230 TrCE, infatti, la Corte di giustizia – su richiesta degli Stati membri, del Parlamento europeo, del Consiglio o della Commissione – esercita un controllo di legittimità sugli atti comunitari e, a tal fine, è competente a pronunciarsi sui ricorsi per in-

competenza, per violazione delle forme sostanziali, per inosservanza delle disposizioni contenute nei Trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, ovvero per sviamento di potere. Nondimeno, anche ove questa strada non fosse effettivamente praticabile, bisogna tener conto che, allo stato attuale, l'organizzazione comunitaria difetta di strumenti in grado di imporre coattivamente la propria volontà agli ordinamenti nazionali inadempienti. Certamente si potrà attivare un procedimento per infrazione, ma, rimane fermo il fatto che tale strumento non consente di sostituire l'atto comunitario inattuato a quello interno. La pressione esercitata nei confronti dello Stato inottemperante attraverso tale rimedio, infatti, è meramente politica, non giuridica.

I risultati dell'indagine espletata, peraltro, consentono di mettere in luce – su un piano più generale – il peculiare *discrimen* che intercorre tra la conformazione degli asseriti input comunitari di tutela penale e i c.d. obblighi costituzionali espressi di penalizzazione (*ausdrückliche Pönalisierungsgebote o verfassungsrechtliche Schutzpflichten des Strafgesetzgebers*)⁶³. Per quanto di grande attualità, infatti, il tema dei vincoli di tutela non costituisce un'assoluta novità in ambito penale, dal momento che la positivizzazione di obblighi di criminalizzazione è un tratto caratterizzante soprattutto le moderne Carte costituzionali. Pur se differenti nelle modalità di concreta articolazione, l'essenza delle clausole costituzionali espresse di penalizzazione rivela, ad un attento esame, una certa assonanza, data dall'esigenza di contenere l'esercizio dello

in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 323 ss.

⁶³ In dottrina, v. specificamente, i lavori di D.M. SANTANA VEGA, *Obligaciones constitucionales de castigar penalmente*, in QUINTERO OLIVARES G., MORALES PRATS F. (a cura di), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, p. 867 ss.; H. MÜLLER-DIETZ, *Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote*, in H.H. JESCHECK (a cura di), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1977, p. 99 ss.; J. MUÑOZ LORENTE, *Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico*, in *Revista de derecho y proceso penal*, 2001, p. 103 ss.; W. NAUCKE, *Die Legitimation strafrechtlicher Normen – durch verfassungen soler durch überpositive Quellen?*, in K. LÜDERSSEN (a cura di), *Aufgeklärte kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band I, *Legitimationen*, Baden-Baden, 1998, p. 156 ss.; F.C. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985, p. 531 ss.; D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.; G. ROBBERS, *Strafpflichten aus der Verfassung?*, in K. LÜDERSSEN (a cura di), *Aufgeklärte kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, cit., p. 147 ss.; K. TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg, 1991, p. 50 ss.; C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.

ius puniendi e di ovviare al rischio di sue tracimazioni ed abusi. Nella maggior parte dei casi, ove presenti, le direttive costituzionali di tutela penale si ascrivono in una logica di tipo funzionalista-garantista; esse, infatti, operano come strumento di garanzia, di canalizzazione dell'esercizio della potestà coercitiva pubblica verso modalità di esternazione che non pregiudichino i singoli individui e la sfera di diritti e di interessi agli stessi riconosciuti in seno alla Norma primaria dell'ordinamento. Significativo, a tale proposito, è il fatto che, nei diversi ordinamenti presi in considerazione, sia intervenuto un adeguamento spontaneo a tali esigenze di tutela. A venire in gioco, d'altra parte, sono valori nei cui confronti l'utilità dell'impiego di sanzioni penali difficilmente si potrebbe mettere in discussione. La sanzione penale, infatti, in sede costituzionale, viene intesa, per lo più, come l'unico mezzo in grado di apprestare una adeguata protezione alle condizioni che costituiscono il presupposto del contratto sociale che si instaura tra individuo e Stato. In questa prospettiva, il deterrente della sanzione penale viene utilizzato sia per fronteggiare pericoli "esterni" all'organizzazione statale, diretti ad ostacolarne l'esercizio delle funzioni, sia per contrastare minacce propriamente "interne", provenienti dalle stesse strutture istituzionali. Con riferimento alla prima tipologia di obblighi, non è un caso che essi emergano all'interno di quelle Carte costituzionali particolarmente "sofferte" perché, ad esempio, adottate nell'immediatezza della cessazione di eventi di straordinaria tragicità, di portata travalicante i confini strettamente nazionali o, comunque, promulgate in conseguenza del rivolgimento dell'assetto istituzionale interno, quale forma di reazione all'autoritarismo previgente. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'esperienza tedesca, o, ancora, al caso della Bulgaria, dell'Estonia, e della Croazia, dove, infatti, i rispettivi testi costituzionali sono stati promulgati intorno agli anni Novanta, dopo la chiusura della parentesi socialista e l'avvio di una trasformazione in senso democratico del Paese, con una maggiore apertura all'economia del libero mercato, culminata, nell'adesione all'Unione Europea (tuttora in atto per la Repubblica croata). Nello specifico, viene in rilievo, in questa sede, l'art. 26, Abs. 1, della Costituzione tedesca, il quale, nel contemplare il divieto di preparare una guerra di aggressione ("*Absage an einen Angriffskrieg*"), stabilisce, nella seconda parte, che "devono essere perseguite penalmente" tutte quelle azioni "che possono turbare la pacifica convivenza dei popoli" e che sono "intraprese con tale intento, in particolare al fine di preparare una guerra offensiva". Analogamente, persegue la medesima finalità di tutela, il disposto dell'art. 59 della Costituzione della Repubblica di Bulgaria del 1991, che, al riconoscimento della difesa della Patria, di cui al primo comma, come "dovere" ed

“onore” di ogni cittadino, fa seguire la qualificazione delle condotte di “alto tradimento” (“*high treason*”) e di “attentato alla sicurezza dello Stato” (“*betrayal of the homeland*”) come gravi crimini (“*the most serious crimes*”), puniti con la massima severità dalla legge (“*punished with the full severity of the law*”). Lungo la stessa direzione si colloca poi l’art. 12, comma 2, della Costituzione della Repubblica dell’Estonia del 1992, che attesta la necessità di criminalizzare tutte quelle forme di incitamento all’odio, alla violenza e alla discriminazione nazionale, razziale, religioso o politico (“*The incitement of national, racial, religious or political hatred, violence or discrimination shall, by law, be prohibited and punishable. The incitement of hatred, violence or discrimination between social strata shall, by law, also be prohibited and punishable*”), nonché lo stesso art. 39, comma 2, della Carta fondamentale della Repubblica di Croazia del 1990, che proibisce e punisce “ogni chiamata o incitamento alla guerra, o ricorso alla violenza, all’odio nazionale, razziale o religioso, o ogni altra forma di intolleranza” (“*Any call for or incitement to war, or resort to violence, national, racial, or religious hatred, or any form of intolerance is prohibited and punishable*”). Intese in una prospettiva teleologica, infatti, anche queste norme sono rivolte a tutelare, in generale, l’assetto democratico del Paese. La preoccupazione di assicurare la stabilità dell’ordinamento costituzionale, nonché di garantire, in questo modo, le stesse condizioni essenziali per la pacifica convivenza civile, peraltro, si riscontra anche al di fuori del panorama europeo, nelle richieste di penalizzazione emergenti in ambito internazionale. A questa esigenza, in particolare, possono ascrivere gli input di criminalizzazione volti a colpire gli episodi di alto tradimento, di spionaggio, di c.d. passaggio al nemico e, più in generale, tutte quelle infrazioni che in qualche modo possono mettere a repentaglio la sicurezza dello Stato⁶⁴.

Accanto alle indicazioni costituzionali volte a salvaguardare l’assetto democratico dell’ordinamento, rispetto ai pericoli che possono pregiudicarne la stabilità dall’“esterno”, è dato riscontrare, poi, a livello costituzionale, una seconda tipologia di input di tutela, indirizzati ad assicurare questa stessa esigenza di equilibrio, però, dall’“interno”. L’oggettivizzazione dei diritti e delle libertà

⁶⁴ A titolo meramente esemplificativo è possibile richiamare l’art. 61 della Costituzione algerina del 1996; l’art. 18 della Costituzione della Mauritania del 1991; l’art. 7 della Costituzione del Gabon del 1991; gli artt. 36 e 119 della Costituzione argentina del 1994; l’art. 178, comma 2, della Costituzione del Chad del 1996; gli art. 7, 57 e 64 della Costituzione del Congo del 2005.

fondamentali nei testi costituzionali operativi in ambito nazionale, infatti, risulterebbe “lettera morta” se ad essi non venisse affiancato un reticolato di strumenti atti a presidiarne la piena attualizzazione ed il concreto sviluppo. Siffatta esigenza, peraltro, si salda ad un intervento “dinamico” dell’apparato statale, che, difatti, in questa prospettiva, deve porre le condizioni per consentire la protezione dei beni e delle libertà in parola, non soltanto dagli attacchi che possono derivare da un uso degenerato dello *ius puniendi*, ma anche rispetto ai pregiudizi, per così dire, “orizzontali”, provenienti cioè da privati. Si tratta, in altre parole, dei due aspetti della sicurezza “di fronte allo Stato” e “attraverso lo Stato”. Nello specifico, nel primo caso, è in gioco il contenimento della *mala gestio* dell’esercizio del potere pubblico, finalizzato ad assicurare la massima espansività della libertà personale dell’individuo nell’ordinamento e, soprattutto, a consentirne la piena estrinsecazione anche nel momento in cui il bene in questione si trova ad essere – paradossalmente – “legittimamente” compresso. Vanno in questa sede richiamati, accanto all’art. 13, comma 4, della Costituzione italiana (“è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”), anche le prescrizioni desumibili dalla Costituzione greca del 1975. Il riferimento è, segnatamente, all’art. 6, comma 3, inciso finale, volto a punire per detenzione arbitraria i trasgressori della regolamentazione ivi stabilita in punto di limitazioni alla libertà personale (“*Violators shall be punished for illegal detention and shall be liable to restore any damage caused to the sufferer and to pay him a monetary compensation for pain and suffering, as specified by law*”); al successivo art. 7, comma 2, (“le torture, le sevizie corporali, ogni attentato alla salute, ogni pressione psicologica e ogni altro attentato alla dignità umana sono proibiti e puniti conformemente alle disposizioni della legge”), nonché al disposto dell’art. 9, comma 2, che, dopo aver riconosciuto in modo ampio la libertà di domicilio – qualificata come diritto inviolabile – e, dopo aver sancito, altresì, che “non può essere effettuata alcuna perquisizione domiciliare se non nei casi e nelle forme determinate dalla legge, e sempre in presenza dei rappresentanti dell’autorità giudiziaria”, sancisce, appunto nel secondo comma, che “i contravventori alla disposizione precedente sono puniti per violazione della tutela accordata al domicilio e per abuso d’autorità; essi sono inoltre tenuti ad indennizzare interamente la persona danneggiata, conformemente alle disposizioni della legge”. In ambito europeo viene altresì in rilievo il disposto dell’art. 55, comma 2, della Costituzione spagnola, in base al quale l’insorgenza di responsabilità penali è collegata all’utilizzazione ingiustificata o abusiva delle facultà riconosciute nella predetta legge organica (“*La utilización injustificada o*

abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”), in relazione alla sospensione del diritto di ogni detenuto ad essere posto in libertà o a disposizione dell'autorità giudiziaria entro il termine massimo di 72 ore (art. 17, comma 2); del diritto all'inviolabilità del domicilio (art. 18, comma 2) e del diritto alla segretezza delle comunicazioni (art. 18 comma 3).

Nella seconda ipotesi in precedenza indicata, invece, il richiamo è da intendersi alla garanzia della piena operatività “nello Stato” degli spazi di libertà consentiti dal testo costituzionale, rispetto ad attacchi provenienti dagli altri consociati o da terzi. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 28 della Costituzione bulgara (“la violazione della vita umana è punita come crimine particolarmente grave”), nonché alle richieste di penalizzazione dei crimini contro la pace e di guerra (v., l'art. 31, comma 7, della stessa Costituzione bulgara e l'art. 43 della Costituzione polacca) e delle diverse forme di razzismo (emblematici sono gli esempi offerti dall'art. 4 della Costituzione della Repubblica di Guinea; dall'art. 69 della Costituzione del Mozambico; dall'art. 8 della Costituzione del Niger; dagli artt. 11 e 33 della Costituzione del Rwanda).

Nella panoramica fino a questo momento tracciata, il *refrain* di fondo che è dato riscontrare, richiama, indubbiamente, una utilizzazione per così dire “tradizionale” dello strumento penale. Le richieste normative oggetto di specifica analisi, infatti, si connotano per la spinta verso l'impiego dell'armamentario penale a sostegno della protezione di diritti soggettivi individuali o, comunque, a garanzia di beni e dei valori ad essi funzionali. Nelle ipotesi degli input costituzionali volti ad assicurare la protezione giuridica dei cittadini dagli abusi di potere dello Stato, nonché quelli indirizzati a dare effettività al complesso delle libertà individuali, in pratica, il diritto penale è chiamato ad apprestare una forma di protezione giuridica sussidiaria rispetto alla regolamentazione assicurata in altri rami dell'ordinamento; esso, infatti, pur nella sua specificità ed afflittività, interviene ad assicurare le basi stesse dello Stato di diritto, in modo non dissimile da quanto viene sancito in ambito privatistico e/o pubblicistico. Non mancano comunque indicazioni che, invece, si manifestano come rivendicazioni di una più seria tutela d'interessi emergenti, in un'ottica marcatamente più progressista. Un esempio emblematico, a tale riguardo, è dato dai vincoli di criminalizzazione contenuti nella Costituzione spagnola del 1978, volti alla protezione di interessi “metaindividuali”. Il riferimento è, da un lato, alla salvaguardia del “*medio ambiente*” e della qualità della vita, sancito nell'art. 45 CE (v., in particolare, il comma 3, secondo cui “per coloro che violino quanto disposto [...] si stabiliranno sanzioni penali o,

se nel caso, amministrative, così come l'obbligo di riparare il danno causato") dall'altro, alla conservazione del patrimonio artistico, di cui al successivo art. 46 CE che, nell'inciso finale, precisa che "la legge penale sanzionerà gli attentati contro questo patrimonio". La tutela penale ambientale è oggetto di particolare considerazione anche nell'art. 225, § 3, della Costituzione brasiliana del 1988, che, infatti, fa scattare per gli autori – persone fisiche e giuridiche – di comportamenti e di attività considerate lesive per l'ambiente l'applicazione di sanzioni penali e amministrative, indipendentemente dall'obbligo di riparare i danni causati (*"As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados"*)⁶⁵.

Tirando le fila del discorso, dunque, le diverse direttrici di penalizzazione presenti nelle Carte costituzionali appaiono caratterizzate dallo stesso minimo comune denominatore; esse, infatti, sono finalizzate – in maniera più o meno diretta – alla protezione dell'individuo. Nello specifico, l'individuo viene in rilievo come "fibra" del "corpo sociale" in relazione agli obblighi di penalizzazione volti a rafforzare la tutela dell'assetto istituzionale democratico dell'ordinamento; ancora, l'individuo fa da sfondo alle indicazioni di criminalizza-

⁶⁵ La Costituzione brasiliana contempla anche altri espressi obblighi di tutela penale; v., al riguardo, l'art. 5, inciso XLI, secondo cui "la legge punirà qualsiasi discriminazione che attentati contro i diritti e le libertà fondamentali" (*"a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"*); il successivo inciso XLII, in base al quale la pratica del razzismo costituisce un reato che non consente la libertà su cauzione, risulta imprescrittibile, ed è punibile con la reclusione, secondo quanto previsto dalla legge (*"a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"*); l'inciso XLIII, che, in particolare, dispone che la legge considererà come reati che non consentono la libertà su cauzione (*"inafiançáveis"*), né la concessione della grazia o dell'amnistia, la pratica di tortura, il traffico illecito di narcotici (*"entorpecentes"*) e droghe affini, il terrorismo, nonché quelli definiti "come crimini ripugnanti" (*"crimes hediondos"*), per i quali dovranno rispondere i mandanti, gli esecutori e coloro che, pur avendone la possibilità, si sono astenuti dall'evitarli (*"a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou amnistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem"*); l'inciso XLIV, in base al quale costituisce reato che non consente la libertà su cauzione e non è suscettibile di grazia, "l'azione di gruppi armati, civili o militari, contro l'ordine costituzionale e lo Stato democratico" (*"constitui crime imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático"*); l'art. 227, § 4, che rimette alla legge la comminazione di pene particolarmente severe per reprimere l'abuso, la violenza e lo sfruttamento sessuale di bambini e adolescenti (*"A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente"*).

zione volte a presidiare l'esercizio delle libertà individuali rispetto a soprusi provenienti tanto dallo Stato, quanto dagli altri cittadini; ed, infine, è sempre l'individuo, nella sua proiezione futura, che si pone sullo sfondo degli input di tutela penale indirizzati ad assicurare una adeguata protezione ad interessi "emergenti", quali l'ambiente. Posto ciò, non è difficile cogliere l'equazione che si instaura tra il vincolo costituzionale di penalizzazione e la valutazione di meritevolezza della tutela penale dei sottostanti valori e/o interessi costituzionali. Il "nodo gordiano" della questione, tuttavia, risiede altrove e, più precisamente, concerne la possibilità di fare, sulla base dell'associazione concettuale appena riferita, un ulteriore passo in avanti. Rimanendo sempre nell'ambito del linguaggio matematico, il problema riguarda la possibilità di ritenere esistente un rapporto di proporzione tra la prima equazione indicata, volta ad associare l'obbligo costituzionale alla meritevolezza di tutela (*Schutzwürdigkeit*) e una seconda equazione che, in linea teorica, dovrebbe porre in relazione la meritevolezza dell'intervento penale (*Strafwürdigkeit*), intesa come dignità astratta dell'impiego dell'armamentario penale, e il bisogno di pena "in concreto", nel senso della necessaria estrinsecazione di una disciplina punitiva (*Strafbedürftigkeit*)⁶⁶. Mentre la prima qualificazione esprime un giudizio di disvalore sul fatto, nella forma di una disapprovazione particolarmente intensa, il riferimento alla necessità della pena presuppone la sussistenza di tale requisito, unitamente alla circostanza che nel caso concreto non esista alcun altro mezzo disponibile che sia parimenti efficace, ma meno affittivo⁶⁷. La prospettiva, del resto, non potrebbe essere diversa, posto che, nelle scelte di penalizzazione, in gioco è il sacrificio del bene fondamentale della libertà personale, oggetto di particolare considerazione a livello costituzionale. Soltanto la compenetrazione di tali requisiti nelle scelte del legislatore consente di ritenere autenticamente soddisfatto il canone dell'*extrema ratio* dell'intervento penale. Nel caso degli obblighi di tutela, infatti, non è del tutto scontata la circo-

⁶⁶ M. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 41, ora anche in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. II, Bari, 1994, p. 789 ss.

⁶⁷ H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, p. 50; D.M. LUZÓN PENA, *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*, in J.M. SILVA SANCHEZ (a cura di), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995, p. 115 ss.; H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ediz., Berlin, 2004, p. 9 ss.; *Amplius*, v. M. DA COSTA ANDRADE, A "dignidade penal" e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teológico-racional do crime, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, 1992, p. 173 ss.

stanza che il Costituente abbia svolto, con risultato positivo, la “prognosi di efficacia strumentale della tecnica penalistica”, e, con essa, al contempo la valutazione politico-criminale sulla necessità dell’intervento penale, escludendo, conseguentemente, *tout court*, ogni forma di regolamentazione diversa, parimenti ritenuta adeguata⁶⁸. In altri termini, il perno intorno al quale ruota l’intera questione attiene all’eventuale residuabilità in capo al legislatore di una valutazione di “opportunità” in merito all’impiego della regolamentazione imposta dall’input costituzionale di penalizzazione. Si tratta di un aspetto di particolare rilevanza, posto che, a seconda della soluzione che ad esso viene data, è suscettibile di atteggiarsi in modo diverso anche il rapporto di forza che si instaura tra il vincolo di protezione penale ed il conseguente, inevitabile, sacrificio del bene della libertà personale. È chiaro, infatti, che se viene sottratto ogni argine di manovra al legislatore, il bene da ultimo indicato dovrebbe sempre risultare soccombente nel giudizio di bilanciamento che normalmente precede le scelte di penalizzazione, aprendo le porte, però, in questo caso, ad uno stridente contrasto con la qualificazione di inviolabilità ad esso attribuita nel testo costituzionale (art. 13, comma 1, Cost.).

La complessità di una simile indagine può trovare un appiglio ai fini della sua risoluzione nella considerazione del concreto atteggiarsi dei rimedi predisposti nell’ordinamento per fronteggiare le ipotesi in cui l’obbligo costituzionale viene disatteso dagli organi preposti alla sua attuazione. In pratica, la quadratura del cerchio per tutti i quesiti in precedenza esposti deve rintracciarsi sul terreno dell’effettività. Perché l’equazione “obbligo-necessità di intervento penale” funzioni, infatti, è necessario che l’ordinamento predisponga adeguati meccanismi di controllo, in grado di monitorarne l’attualizzazione e, soprattutto, di far scattare opportune contromisure – compulsive e/o sanzionatorie – in caso di inerzia del legislatore. Va da sé che, in queste ipotesi, la “cifra” dell’obbligo di tutela si coglie sulla base dei rimedi congegnati dall’ordinamento, affinché non trovi margine alcuno di operatività proprio quella carenza di tutela che la creazione del vincolo intende, appunto, ovviare. L’epilogo fisiologico di tale assunto, dunque, consiste nella valorizzazione della simmetrica corrispondenza che si instaura tra l’obbligo di penalizzazione e la previsione di adeguate forme di reazione, volte a restituire al vincolo consacrato nella Norma fondamentale quell’afflato vitale eventualmente pregiudicato dal suo soffocamento legislativo e/o giudiziale. Partendo da tale constatazione, l’obbligo costituzionale di tutela penale, in altre parole, si dovrebbe qualifica-

⁶⁸ D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., p. 497.

re veramente come tale soltanto in funzione della sua coercibilità, cioè della sua idoneità, in caso di inottemperanza, ad essere applicato con la forza o ad implicare, comunque, l'irrogazione di sanzioni in caso di inosservanza⁶⁹.

Mettendo da parte i casi di totale inattuazione delle richieste costituzionali, invero inesistenti, la problematicità degli obblighi di penalizzazione concerne, essenzialmente, i limiti di sindacabilità delle scelte legislative assunte in attuazione delle suddette istanze. Nello specifico, i punti più controversi sono due: a) l'enucleazione del margine di manovra di cui dispone il legislatore nella concretizzazione del mandato costituzionale e, segnatamente, l'individuazione di quel *minimum* di esplicitazione che consente di ritenere l'obbligo soddisfatto; b) la plausibilità dell'eventuale riconsiderazione – da parte del titolare del monopolio normativo penale – delle scelte in un primo momento adottate come svolgimento degli input di tutela, non potendosi, del resto, concepire l'ordinamento come una monade isolata, priva di storicità.

In relazione al primo aspetto, non si può non rilevare come l'obbligo di tutela sottenda, in linea di principio, l'adozione di una determinata regolamentazione normativa, ovvero l'impiego di sanzioni penali. A questo proposito, però, si tratta di verificare se l'indicazione costituzionale allude all'impiego in via esclusiva di tale strumento sul piano attuativo o, se, invece, la richiesta non sia in alcun modo ostativa alla possibilità di utilizzare forme di tutela extrapenale. In taluni casi, il problema è direttamente risolto dalla Natura primaria dell'ordinamento, nel senso che i precetti ivi contenuti lasciano aperta la possibilità di impiegare, in via alternativa, sanzioni penali o amministrative per soddisfare l'esigenza di protezione. Una simile conformazione delle prescrizioni costituzionali, tuttavia, è stata utilizzata da una parte della dottrina per escludere che, in questi casi, a stretto rigore, ci si trovi di fronte ad autentici obblighi di penalizzazione⁷⁰.

Quanto al secondo punto in precedenza delineato, va da sé che, intesi in una accezione rigida, gli obblighi di tutela, una volta attuati, non dovrebbero consentire ulteriori interventi del legislatore; tale divieto, segnatamente, do-

⁶⁹ Anche se in relazione all'ambito privatistico, v. E. BETTI, *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 59.

⁷⁰ La dottrina, specialmente spagnola, (v., per tutti, J. MUÑOZ LORENTE, *Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico*, cit., p. 108; D.M. SANTANA VEGA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, 2000, p. 63) ha interpretato in termini restrittivi il concetto di obbligo di tutela penale, escludendone la sussistenza quando viene lasciata al legislatore la possibilità di scegliere tra l'impiego della tutela penale *tout court* e l'utilizzo di sanzioni amministrative.

vrebbe colpire non soltanto quelle modifiche eventualmente indirizzate a dilatare l'ambito del penalmente rilevante, ma, addirittura, anche quegli interventi che si spingono ad abbassare la soglia di tutela penale in precedenza accordata. Se così è da intendere il mandato di criminalizzazione, però, è evidente la frizione con l'istanza di legalità penale e, segnatamente, con il principio della riserva di legge, in quanto la discrezionalità del legislatore, per lo meno in linea teorica, una volta esercitata, risulterebbe del tutto esaurita. La doverosità della tutela sancita nella Costituzione fa, dunque, insorgere l'ulteriore questione dell'estensione dei poteri del legislatore che ne deve assicurare l'adempiimento, e, soprattutto, quello della delimitazione dei confini del controllo giudiziale sul suo operato, nel quadro della separazione dei poteri dello Stato. Perché si verifichi il "salto" dalla valutazione "astratta" della meritevolezza di tutela alla dimensione "concreta" del bisogno di pena, in altre parole, è imprescindibile la considerazione della natura e della reale coerenza dei vincoli costituzionali. A questo proposito, occorre rilevare che l'ordinamento sembra accettare una situazione di inattuazione originaria dell'obbligo di tutela; il mancato intervento del legislatore, per dare ad esso concretizzazione, infatti, non è sindacabile davanti alla Corte costituzionale, non sussistendo lo stesso oggetto del giudizio. Ciò vale non soltanto per quegli ordinamenti che, come quello italiano, non conoscono rimedi specifici per fronteggiare le omissioni legislative, ma anche in quegli ordinamenti dove, per esempio, è previsto lo strumento dell'incostituzionalità per omissione (art. 283 della Costituzione portoghese e art. 103, § 2 della Costituzione brasiliana). Ad un attento esame, infatti, neppure tale meccanismo è in grado di operare come una "panacea" per ovviare a quelle lacune di tutela per cui gli stessi obblighi sono pensati, determinando, semplicemente, una forma di pressione politica nei confronti degli organi competenti, in ossequio alla separazione dei poteri dello stato. Se, dunque, paradossalmente, l'ordinamento tollera tale *impasse* nel sistema costituzionale, analogamente, non si può non ritenere salva la libertà del legislatore pure a fronte di obblighi espressi di tutela. Ciò che conta è che la richiesta costituzionale non sia lasciata sguarnita di tutela e che, comunque, la forma di protezione predisposta sia in grado di soddisfare l'obiettivo preso di mira e, soprattutto, che sia coerente con il sistema punitivo nel suo complesso.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, emerge, in modo netto, la divergenza degli asseriti obblighi di tutela penale di derivazione comunitaria, i quali, infatti, rispetto alle clausole espresse di penalizzazione, appaiono indirizzarsi nella prospettiva esattamente opposta, ovvero di dilatazione del margine di intervento del legislatore penale, in funzione della protezione di inte-

ressi “secondari” o comunque “strumentali” alla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali. A livello comunitario, dunque, l’allargamento della sfera della penalità viene portata avanti, non in nome di scala gerarchica di valori ben definita, bensì, nella prospettiva della stretta funzionalità all’attuazione della politica comunitaria. Non è un caso che le problematiche di cui si discute siano insorte non con riferimento alla necessità di garantire penalmente la protezione di fondamentali diritti dell’individuo, bensì in settori dove, per la verità, la stessa necessità di impiego di sanzioni penali risulta controversa, primo tra tutti il settore della disciplina d’impresa. Sul piano comunitario, il bisogno di tutela si atteggia, per lo più, quale bisogno di “tutela istituzionale”, collegato, come tale, alla dimensione strutturale e operativa degli organismi comunitari, allo svolgimento in concreto delle pubbliche funzioni, nonché alla protezione delle risorse di natura finanziaria della Comunità stessa. Per converso, però, analogo condizionamento non si realizza in egual misura sul fronte della tutela dei diritti fondamentali⁷¹. In queste specifiche ipotesi, pertanto, va da sé, che se la selezione dei beni e/o interessi meritevoli di sanzione penale se, in linea di principio, coerente con l’ordinamento comunitario, può, tuttavia, non esserlo in sede interna, là dove, appunto, viene data priorità alla tutela, anche penale, di fondamentali valori inerenti la persona umana. Un adeguamento *tout court* alle indicazioni europee potrebbe dunque ingenerare sperequazioni nell’ordinamento nazionale. Come già anticipato, la politica criminale comunitaria manca di un autentico “coordinamento”, il quale può discendere, come tale, soltanto dalla dialettica delle diverse voci componenti l’ordinamento democratico, che trova la sua massima espressione nell’elezione diretta dell’organo deputato a detenere il monopolio della produzione normativa. Se, dunque, un significato vuole ricondursi agli obblighi comunitari, questo non pare allo stato attuale rintracciabile nel senso della vincolatività. Semmai, rimanendo nel campo delle definizioni giuridiche, più corretta sembra la qualificazione alla stregua di “onere” di tutela, posto che, appunto, l’impiego di tale termine vale ad eliminare ogni possibile fattore di fraintendimento, lasciando intatta la discrezionalità del legislatore. Discrezionalità che allo stato attuale, lo si ripete, concerne non soltanto le modalità di attuazione del vincolo di tutela, in rapporto alle altre scelte adottate in ambito nazionale, ma che vale anche nell’ipotesi di successive modifiche normative, stante l’impraticabilità di rimedi autenticamente coattivi degli obblighi in parola.

⁷¹ P. PATRONO, *Diritto penale dell’impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, p. 154 ss.