

Manifesto sulla politica criminale europea

European Criminal Policy Initiative

Preambolo

I sottoscritti studiosi di diritto penale, provenienti da dieci paesi europei, presentano all'opinione pubblica un Manifesto sulla politica criminale in Europa.

Nel Manifesto si esprime la tradizione dell'Illuminismo penale,

- nella consapevolezza che proprio il pensiero illuministico europeo è stato fondamento e motore del progresso della civilizzazione in Europa e al contempo del processo di unificazione europea, e che pertanto la salvaguardia e lo sviluppo di questa tradizione di pensiero debba guidare l'Europa anche nel futuro,
- e nella conseguente convinzione che ogni norma penale necessita del massimo grado di legittimazione democratica fondata sui principi dello Stato di diritto, e che anche e proprio nella politica criminale solo i principi giuridici liberali siano in grado di garantire una durevole sicurezza.

L'impulso a porre in particolare rilievo questa tradizione deriva - secondo i sottoscritti redattori del Manifesto - dal processo d'integrazione europea, attraverso il quale il diritto e la procedura penale sono divenuti sempre più spesso oggetto di legislazione europea. Atti normativi di armonizzazione del diritto penale condizionano già oggi in misura rilevante la legislazione penale degli Stati membri; con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona questa tendenza si rafforza ancor più nettamente. In questa maniera le istituzioni europee si occupano in misura rilevante di politica criminale, senza che quest'ultima venga riconosciuta come autonoma politica europea, e non seguono di conseguenza una concezione politico-criminale in sé coerente.

I sottoscritti condividono pertanto la convinzione che un'equilibrata politica criminale europea presupponga che il legislatore europeo, nell'emanazione di tutti gli atti normativi rilevanti per il diritto penale sostanziale, osservi i principi fondamentali qui di seguito illustrati e ne dia conto espressamente nella motivazione, seguendo il criterio della „good governance“. Questi principi delle tradizioni penali europee, suscettibili di essere generalizzati, non rappresentano un corpo estraneo all'interno del sistema giuridico dell'Unione Europea, ma sono invece - al contrario - ricavabili senza eccezioni dalle fondamenta normative dell'Unione.

I. I principi fondamentali della politica criminale

1. L'esigenza di un legittimo scopo di tutela

Quando il legislatore europeo assume una competenza in materia penale, può esercitarla solo se in tal modo vengono protetti interessi fondamentali,

(1) che derivano dal diritto primario dell'Unione,

(2) che non siano in contraddizione con le tradizioni costituzionali degli Stati membri e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e

(3) la cui lesione risulti inoltre in misura particolare socialmente dannosa.

Nel diritto europeo questa esigenza si ricava dal principio di proporzione. Solo se serve alla tutela di un simile interesse, di particolare importanza, può un precetto penale perseguire un obiettivo legittimo ed essere quindi proporzionato. Il legislatore europeo deve indicare in maniera dettagliata nella motivazione (in accordo con il principio della „good governance“) di quali interessi si tratti ed il fatto che attraverso i comportamenti incriminati tali interessi vengano offesi in maniera non irrilevante. Il mero rafforzamento dell'attuazione di politiche dell'Unione non può legittimare di per sé l'impiego del diritto penale.

2. Il principio dell'ultima ratio

Poiché l'Unione Europea colloca la persona al centro della propria azione, può l'Unione imporre agli Stati membri un obbligo di criminalizzazione di determinati comportamenti, solo quando non siano a disposizione altri mezzi più lievi per la tutela degli interessi fondamentali sopra descritti.

Solo sulla base di questo presupposto può un atto normativo risultare „necessario“ nel senso del principio di proporzione del diritto europeo, poiché le sanzioni penali esprimono un giudizio di disvalore etico-sociale stigmatizzante, che interviene profondamente sui diritti dei cittadini, così come riconosciuti fra l'altro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Inoltre un'applicazione inflazionata del diritto penale porta alla perdita della sua forza ed effettività.

In relazione al principio della „good governance“ grava sull'Unione Europea, nella motivazione, anche l'onere della prova dell'impiego del diritto penale come mezzo ultimo del controllo sociale.

3. Il principio di colpevolezza

L'obbligo imposto agli Stati membri dall'Unione Europea, di prevedere sanzioni penali per determinati comportamenti, presuppone senza eccezioni la rimproverabilità personale del comportamento incriminato („principio di colpevolezza“ [*nulla poena sine culpa*]). Questa esigenza si ricava non solo dalla necessaria limitazione dell'impiego del diritto penale a comportamenti particolarmente dannosi socialmente, ma serve anche, in particolare, alla fondamentale garanzia della dignità umana, si pone in accordo con il principio di colpevolezza riconosciuto nell'ambito delle sanzioni amministrative della Comunità Europea e riecheggia anche nella presunzione di non colpevolezza garantita nell'art. 48 comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Questo significa anche che il legislatore europeo deve illustrare in ogni caso, nella motivazione, come le sue prescrizioni relative alla previsione di sanzioni penali rendano possibile una punizione commisurata alla colpevolezza (ed in questo senso proporzionata).

Questo non pregiudica la risposta all'interrogativo, se possa muoversi un rimprovero di colpevolezza nei confronti delle persone giuridiche: la responsabilità di queste ultime deve essere tenuta distinta dalla colpevolezza personale di un essere umano. A questo scopo debbono essere sviluppate regole di imputazione proprie in accordo con i principi dei singoli Stati membri.

4. Il principio di legalità

Il diritto penale di uno Stato di diritto si fonda necessariamente sul principio di legalità. Tale principio, con i suoi singoli corollari, rappresenta, come è noto, un principio giuridico europeo di carattere generale, nel senso dell'art. 6 comma 3 del Trattato sull'Unione Europea (L) e sancito inoltre nell'art. 7 comma 1 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Sotto il profilo politico-criminale derivano da questo principio tre esigenze fondamentali, che dovrebbero essere soddisfatte dal legislatore europeo.

a) Corollario n. 1: Principio di determinatezza

Determinatezza della legge in un senso europeo significa che il singolo individuo possa prevedere attraverso quale comportamento si esponga ad una sanzione penale. Le fattispecie penali debbono perciò descrivere chiaramente e nettamente il comportamento punibile. Ciò comporta in particolare un alto grado di comprensibilità; il testo normativo deve pertanto, in linea di principio, essere comprensibile "di per sé". In ogni caso debbono essere prevedibili (1) i presupposti oggettivi e (2) soggettivi della punibilità, così come (3) le conseguenze giuridiche minacciate.

Sebbene l'esercizio sussidiario di competenze di armonizzazione penale dell'Unione Europea comporti necessariamente margini di attuazione per gli Stati membri – e pertanto un certo grado di indeterminatezza degli atti normativi europei – il principio di determinatezza, come principio giuridico generale del diritto comunitario ed elementare pilastro di ogni diritto penale proprio di uno Stato di diritto, ha importanza anche per gli atti normativi europei.

Quanto minori siano i margini di attuazione lasciati agli Stati membri dagli atti normativi di armonizzazione, tanto più dovranno tali atti soddisfare di per sé anche le istanze europee di determinatezza. Qualora un atto normativo europeo sia indirizzato alla unificazione ("piena armonizzazione") delle disposizioni penali degli Stati membri, tale atto dovrà osservare in quanto tale, come se fosse una fattispecie penale, il principio europeo di determinatezza.

Anche quando la disposizione che obbliga gli Stati membri all'impiego del diritto penale fa rinvio ad altre norme europee, le testé richiamate esigenze di determinatezza debbono essere soddisfatte dalla normativa europea nel suo complesso. Altrimenti sarebbe difficilmente possibile l'introduzione di una disposizione nazionale di attuazione che sia sufficientemente determinata dalla legge.

b) Corollario n. 2: Divieto di retroattività e "lex mitior"

Le leggi penali non possono essere applicate retroattivamente in pregiudizio del singolo cittadino. Questo corollario del principio di legalità, che deriva anche dall'esigenza della prevedibilità della punibilità, comporta che il legislatore europeo non possa imporre agli Stati membri, nell'ambito dell'armonizzazione penale, prescrizioni che li obblighino all'introduzione di disposizioni penali retroattive.

Un'eccezione a questo principio è concepibile solo a vantaggio del cittadino coinvolto. Disposizioni penali che entrino in vigore solo dopo la commissione del fatto e che comportino conseguenze favorevoli al reo (in quanto il fatto, sulla base di tali disposizioni, non è punibile o non è punibile così gravemente), possono essere poste a base del giudizio senza violazione del divieto di retroattività (cd. principio della *lex mitior*). Il principio della *lex mitior* è riconosciuto in linea di principio in tutti gli Stati membri, ma sussistono differenze in ordine alla sua collocazione nella gerarchia delle norme, in particolare per ciò che riguarda il suo rango costituzionale. Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (sentenza "Berlusconi"), così come sulla base dell'art. 49 comma 1, proposizione 3, della Carta dei diritti dell'Unione Europea, viene attribuito a tale principio, quantomeno sul piano europeo, il rango più elevato. Il legislatore europeo è perciò vincolato a questo principio e non può in alcun caso, per mezzo dei suoi atti di armonizzazione, imporre agli Stati membri di applicare il diritto vigente al momento del fatto, quando questo sia stato modificato a vantaggio dell'imputato dopo la commissione del fatto e prima del giudizio.

c) Corollario n. 3: Necessità di una legge parlamentare (nulla poena sine lege parlamentaria)

L'impiego del diritto penale, trattandosi dell'"arma più forte" a disposizione dello Stato, deve, in una società democratica, trovare legittimazione popolare il più immediatamente possibile. Formalmente la competenza per l'introduzione di disposizioni penali – fino a quando manchi una competenza dell'Unione Europea per la creazione di un diritto penale sopranazionale – rimane agli Stati membri (e quindi ai Parlamenti nazionali). Ma quando il legislatore europeo rivolge nei loro confronti delle prescrizioni vincolanti, circoscrive i loro margini di decisione. Perciò anche gli atti giuridici di armonizzazione hanno bisogno di una sufficiente legittimazione democratica. Nei limiti in cui i margini di decisione del legislatore nazionale vengano circoscritti da prescrizioni europee, la legge penale armonizzata non può trovare una completa legittimazione democratica a livello nazionale. Di conseguenza si deve pretendere una legittimazione democratica supplementare a livello europeo attraverso una partecipazione rafforzata del Parlamento Europeo.

Poiché il procedimento di codecisione ha sino ad ora trovato applicazione solo nell'ambito del diritto comunitario, ma non nell'ambito del diritto dell'Unione, il deficit democratico è stato attenuato solo in relazione al primo. L'applicazione generalizzata del procedimento di codecisione, prevista dal Trattato di Lisbona per l'armonizzazione penale, deve perciò – quantomeno sotto

l'aspetto della legittimazione democratica – essere salutata con favore.

Per il raggiungimento di una soddisfacente legittimazione democratica degli atti di formazione secondaria facenti riferimento al diritto penale, e per porre le basi di un'ampia accettazione di questi atti, gli organi partecipanti al processo legislativo europeo debbono in ogni caso (anche dopo le modificazioni del Trattato di Lisbona) preoccuparsi che i Parlamenti nazionali vengano informati tempestivamente ed ampiamente sulle prescrizioni europee. Agli Stati membri viene così tempestivamente consentito di esercitare un influsso sulla elaborazione finale degli atti normativi (e sul comportamento di voto dei loro rappresentanti nel Consiglio). Una cooperazione quanto più possibile paritaria degli Stati membri con le istituzioni europee, così come fra di loro nella fase antecedente all'emanazione degli atti normativi, garantisce una misura minima di controllo democratico. Questa consente, anche dal punto di vista della “*good governance*”, una legislazione trasparente e sensata sotto il profilo della politica del diritto, che può essere ulteriormente arricchita tramite il coinvolgimento delle associazioni rappresentative e della società civile.

5. Il principio di sussidiarietà

Gli atti normativi dell'Unione Europea rilevanti per il diritto penale, che vengano emanati sulla base di una ripartizione di competenze, soggiacciono – secondo le regole generali del diritto della Comunità e dell'Unione Europea – al principio di sussidiarietà. Sulla base di questo principio il legislatore europeo può attivarsi solo se, e nella misura in cui, gli obiettivi della misura presa in considerazione

(1) al livello degli Stati membri non possano essere sufficientemente conseguiti e perciò

(2) per la loro dimensione o le loro conseguenze possano essere conseguiti meglio a livello europeo.

Corrispondentemente spetta al legislatore (penale) nazionale la priorità nell'azione, nei confronti del legislatore europeo, in ragione della capacità di prestazione dello Stato membro. Così viene resa possibile una produzione di diritto penale il più possibile vicina ai cittadini.

Proprio nell'ambito del diritto penale criminale il principio di sussidiarietà assume ad un'importanza accentuata, poiché l'ordine dei valori penalistico degli Stati membri è da annoverare nella loro “identità nazionale”, che l'Unione, secondo l'art. 4 comma 2 del Trattato sull'Unione Europea (L), deve espressamente salvaguardare.

Il test di sussidiarietà deve essere svolto per ogni singolo caso, vale a dire per ogni singolo atto normativo e per ogni sua parte. Gli atti legislativi debbono essere motivati dettagliatamente a norma del protocollo di sussidiarietà (Protocollo n. 2 del Trattato di Lisbona); deve essere rispettato il coinvolgimento, ivi richiamato, dei Parlamenti nazionali.

Nella prospettiva di una “*good governance*” la proposta di un atto normativo rilevante sotto il profilo penalistico deve sempre essere preceduta da una dettagliata valutazione (nella forma di un previo controllo di sussidiarietà), soppesando tutte le circostanze e prendendo in considerazione tutte le

possibili iniziative alternative. Un'affermazione solo formale dei presupposti della sussidiarietà, come spesso è accaduto sino ad oggi, non è in nessun caso sufficiente.

6. Il principio di coerenza

La rilevante profondità di intervento del diritto penale presuppone in maniera particolare la coerenza interna di ogni sistema penale. Solo sulla base di questo presupposto si formano l'idea di giustizia e l'ordine dei valori delle rispettive società e si assicura in definitiva l'accettazione del diritto penale.

Nelle prescrizioni riguardanti il diritto penale criminale il legislatore europeo deve rispettare la coerenza dei sistemi penali nazionali, i quali concorrono anche a formare l'identità degli Stati membri protetta dall'art. 4 comma 2 del Trattato sull'Unione Europea (L) (coerenza verticale). Questo significa in particolare che i limiti minimi di pena massima prescritti dall'Unione Europea non debbono condurre ad un innalzamento delle pene massime comminate a livello nazionale contrastante con il rispettivo sistema penale. Il legislatore europeo deve inoltre tenere in considerazione il quadro di riferimento creato dai preesistenti atti normativi dell'Unione Europea (coerenza orizzontale, cfr. art. 11 comma 3 del Trattato sull'Unione Europea [L]).

Nella prospettiva di una “*good governance*” il legislatore europeo, prima dell'emanazione del corrispondente atto normativo, deve analizzarne le conseguenze per la coerenza degli ordinamenti penali degli Stati membri e dell'ordinamento giuridico europeo e, su questa base, illustrare esplicitamente le ragioni del nulla osta nella motivazione.

II. Commentario ai principi fondamentali di politica criminale

Poiché i principi sopra richiamati possono e vogliono essere le linee guida per una legislazione razionale sotto il profilo politico-criminale, tali principi sono anche idonei a fungere da base per esaminare la giustificazione politico-criminale di atti normativi proposti o già emanati. In tal modo si illustra la rilevanza pratica e l'urgenza delle nostre richieste. Negli esempi seguenti si vuole da un lato porre in rilievo dove già oggi esistono lodevoli spunti di una buona politica criminale, che possano fungere da esempio per la successiva legislazione rilevante per il diritto penale. Dall'altro lato debbono però essere ugualmente segnalati anche i punti deboli, che secondo il nostro punto di vista giustificano una correzione ed una necessità di recupero nel senso delle nostre richieste.

1. In relazione alla *esigenza di un legittimo scopo di tutela* si trovano una serie di atti normativi, che soddisfano senza dubbio le nostre richieste:

- Alla tutela di un legittimo e particolarmente importante interesse mira ad esempio la *Decisione quadro sulla lotta*

*alla tratta di esseri umani*¹. Il fatto che la situazione di debolezza di un essere umano possa essere sfruttata attraverso la frode, la coercizione o persino la violenza, per abusare di questa persona sessualmente o in relazione alla sua forza lavoro, non è accettabile in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La vittima viene in tal modo aggredita pesantemente nel nucleo essenziale delle sue posizioni giuridiche individuali (integrità fisica, libertà del volere, autodeterminazione sessuale, forza lavoro), posizioni giuridiche dunque che sono protette espressamente anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

- Anche la *Convenzione per la tutela degli interessi finanziari della Comunità Europea*² („Convenzione PIF“) ed i Protocolli annessi perseguono in ogni caso un legittimo scopo di tutela, vale a dire la salvaguardia dell'indipendenza finanziaria e della capacità di prestazione della Comunità Europea (ovvero in futuro dell'Unione).

Dall'altro lato la ricerca di legittimi interessi tutelati pone maggiori problemi in relazione ad altri atti normativi:

- Non si può certo negare che la *Decisione quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e contro la pornografia infantile*³ persegua nel suo nucleo una richiesta politico-criminale indiscutibilmente legittima, ossia la tutela dei minori coinvolti. Ma la Decisione quadro va molto al di là di tale scopo, quando nell'art. 1 lett. b ii) e iii) debbono essere ricomprese, da un lato, anche la rappresentazione di persone maggiorenni con aspetto infantile o da minorenni e, dall'altro lato, la ricostruzione di minorenni non reali, che solo tramite animazioni al computer vengono rappresentati in maniera realistica (pornografia infantile virtuale). Attraverso simili rappresentazioni non viene pregiudicato direttamente nessun minorenni, poiché la persona rappresentata o è un adulto o addirittura non è un essere umano reale. Il fatto che da rappresentazioni di tale natura derivino pericoli mediati per i minorenni non è stato sino ad oggi possibile provarlo; in ogni caso sarebbe indispensabile, sulla base delle nostre richieste, che il legislatore europeo si preoccupasse di una adeguata motivazione, eventualmente sulla scorta di ricerche empiriche. Solo in questo caso l'ampiezza della criminalizzazione troverebbe fondamento in un "legittimo scopo di tutela".
- La *Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*⁴ prescrive agli Stati membri di incriminare la partecipazione ad attività illegali di

un'associazione criminale (art. 2 lett. a), oppure – analogamente al modello anglosassone della “*conspiracy*” – l'accordo volto alla commissione di determinati reati (art. 2 lett. b). Tuttavia gli interessi che attraverso tali condotte potrebbero essere pregiudicati, e quindi il legittimo scopo di tutela, rimangono nel vago: i reati, alla cui realizzazione l'associazione o l'accordo debbono essere indirizzati, devono sì presupporre una pena massima di almeno quattro anni; ma di quale natura debbano essere questi reati, non è possibile ricavarlo dalla Decisione quadro. L'unica indicazione si trova nel fatto che i membri dell'associazione criminale debbono agire allo scopo di procurarsi – direttamente o indirettamente – un vantaggio materiale. Ciò caratterizza tuttavia solo la motivazione del reo, non l'interesse meritevole di tutela, contro il quale si dirige la sua condotta. In tal modo non risulta quantomeno sufficientemente chiaro quale obiettivo questo precetto persegua (a prescindere da una lotta diffusa contro la criminalità organizzata). Agli Stati membri non viene così trasmessa alcuna chiara percezione di ciò che debbono punire. Senza una più precisa spiegazione viene pertanto violato in ogni caso il principio della “*good governance*”.

2. Il rispetto del *principio dell'ultima ratio* come espressione del principio di proporzionalità (del diritto europeo) può ad esempio essere riconosciuta nei seguenti casi:

- La *Direttiva che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*⁵, rivela perlomeno una positiva tendenza: l'art. 9 di questo atto normativo pone le basi di un obbligo di criminalizzazione per alcuni casi di assunzione illegale. La norma non fa riferimento alla semplice violazione del divieto, contenuto nell'art. 3 comma 1, di assumere cittadini di Stati terzi senza legittimo permesso di soggiorno. Gli Stati membri debbono penalizzare l'illegale assunzione solo quando ricorra anche una delle seguenti circostanze aggravanti: una violazione ripetuta o pervicace, l'assunzione di una pluralità di cittadini di Stati terzi illegali o di minorenni, rapporti di lavoro caratterizzati da sfruttamento, oppure l'assunzione nella consapevolezza che il lavoratore è vittima di un traffico di esseri umani. Per violazioni “normali” vengono invece ritenute sufficienti sanzioni non penali. Qui si può scorgere un (consapevole?) segno di attenzione per il principio di proporzionalità con riferimento all'impiego del diritto penale e quindi per il rispetto del principio di *ultima ratio*.
- La *Decisione quadro relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione*⁶ stabilisce degli obblighi di criminalizzazione per l'accesso illegittimo a sistemi informatici (*Hacking*, art. 2), per l'impedimento o il

¹ Decisione quadro 2002/629/GAI, GUCE, 2002, n. L 203, p. 1.

² GUCE, 1995, n. C 316, p. 49; GUCE, 1996, n. C 313, p. 2; GUCE, n. C 221, p. 12.

³ Decisione quadro 2004/68/GAI, GUCE, 2004, n. L 13, p. 44.

⁴ Decisione quadro 2008/841/GAI, GUCE 2008, n. L 300, p. 42.

⁵ Dir. 2009/52/CE, GUCE 2009, n. L 168, p. 24.

⁶ Decisione quadro 2005/222/GAI, GUCE 2005, n. L 69, p. 67.

disturbo della gestione di un sistema informatico (art. 3) e per diverse forme di attacco ai dati (art. 4). Per non estendere eccessivamente la punibilità, si fa sempre eccezione tuttavia per i casi facili. Con riguardo al *Hacking* viene inoltre rimessa agli Stati membri la decisione se introdurre o meno la punibilità del tentativo (altrimenti prevista in maniera vincolante). Si può dubitare a questo riguardo se tali passi siano già sufficienti per impedire una punibilità debordante. In ogni caso, comunque, i meccanismi testé richiamati vanno nella giusta direzione, poiché rendono possibile agli Stati membri, in considerazione della loro ampiezza, di conciliare le norme penali richieste dal diritto europeo con i loro ulteriori precetti penali. In tal modo viene contemporaneamente salvaguardato il principio di coerenza (*infra*, 6.).

- La *Decisione quadro sulla lotta contro il traffico illecito di stupefacenti*⁷ contiene nell'art. 2 comma 2 una clausola, in forza della quale l'obbligo di criminalizzazione ivi contenuto non trova applicazione per piccole quantità di droga, che servano esclusivamente per il proprio consumo personale. In tal modo viene lasciato agli Stati membri, quantomeno in un certo ambito, un margine di decisione politico-criminale degno di essere salutato con favore, proprio per i differenti approcci della politica in materia di droga degli Stati membri e in ordine al ruolo del diritto penale degli stupefacenti.

Sul versante opposto si riscontra, sulla scorta di altri esempi tratti dalla cerchia degli atti normativi già entrati in vigore, che il principio di *ultima ratio* non ha sino ad oggi evidentemente trovato un'autonoma e costante osservanza e che quantomeno non esiste, nella prospettiva di una "*good governance*", alcuna motivazione esplicita su tale punto.

- La *Decisione quadro integrativa sulla lotta contro il terrorismo*⁸ obbliga gli Stati membri a tipificare la pubblica provocazione per commettere un reato di terrorismo, il cosiddetto "reclutamento" e "addestramento" a fini terroristici, nonché il relativo tentativo e partecipazione, come reati connessi ad attività terroristiche. In tal modo dovrebbe anche venire contrastata la tendenza da parte dei terroristi allo sfruttamento di *internet* come "campo di addestramento virtuale". Tuttavia vengono ricomprese condotte che si collocano su una linea molto anticipata rispetto alla vera e propria commissione di reati di terrorismo. Il contenuto di questa decisione, in ordine ai reati testé descritti, conduce l'Unione Europea verso un diritto penale che tenta persino di prevenire i pericoli obiettivi per i beni giuridici. Vengono punite modalità di condotta che conducono esclusivamente alla formazione di un

atteggiamento interiore criminale presso altre persone o che danno sostegno a tale atteggiamento interiore (cd. *diritto penale pre-preventivo*). Questa anticipazione della minaccia penale ed il conseguente completo distacco da qualsiasi *obiettivo*, quantunque astratto, *pericolo* per un bene giuridico non è conciliabile con il principio di proporzione europeo (inteso come principio di *ultima ratio*) come linea guida della politica criminale.⁹ Fino a quando una condotta non rappresenta ancora un pericolo sufficientemente attuale per gli interessi protetti, non si può supporre che la persecuzione penale sia *necessaria*. In ogni caso sarebbe stato da spiegare – in sintonia con il criterio della "*good governance*" – perché non si sarebbe potuto porre rimedio attraverso altre misure, quali una più stretta sorveglianza di *internet* o un'imposizione di obblighi ai gestori di pagine *web*.

- Un'analogia preoccupante anticipazione della punibilità è provocata dalla *Decisione quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti*¹⁰, che "deve coprire l'intera serie delle attività che insieme costituiscono una minaccia della criminalità organizzata in questo campo" (considerando n. 8). La *Decisione quadro* si spinge così lontano da imporre ad es. agli Stati membri, nell'art. 4, di criminalizzare già il fatto di produrre o procurarsi un oggetto anche solo oggettivamente idoneo alla commissione di un reato. La giustificazione dell'impiego del diritto penale in una fase temporale così anticipata, con un potenziale di pericolo ancora limitato, avrebbe richiesto quantomeno – nel rispetto della "*good governance*" – una motivazione più chiara che non un generico riferimento alla criminalità organizzata.
- Gli obblighi di penalizzazione (v. sopra) contenuti nella *Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*¹¹ non si limitano alle organizzazioni criminali con particolare grado di organizzazione; è sufficiente invece, per l'art. 1 n. 2 della *Decisione quadro*, una qualsivoglia unione che non sia assolutamente casuale, anche senza ruoli formalmente stabiliti dei vari membri, e senza una autentica struttura. In tal modo l'obbligo di criminalizzazione si spinge più in là di quanto pretenderebbe la vera e propria essenza socialmente dannosa della criminalità organizzata. Ciò è difficilmente giustificabile sotto il punto di vista del principio di proporzione.
- Problemi analoghi si pongono in relazione alla *Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente*¹²: questa obbliga gli

⁹ Tendenze anticipatrici assai simili si trovano in molte *Decisioni quadro*: si veda ad es. anche l'art. 2 lett. c della *Decisione quadro 2001/413/GAI* relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, GUCE, 2001, n. L 149, p. 1.

¹⁰ *Decisione quadro 2001/413/GAI*, GUCE, 2001, n. L 149, p. 1.

¹¹ *Decisione quadro 2008/841/GAI*, GUCE, 2008, n. L 300, p. 42.

¹² *Direttiva 2008/99/CE*, GUCE, 2008, n. L 328, p. 28.

⁷ *Decisione quadro 2004/757/GAI*, GUCE, 2004, n. L 335, p. 8.

⁸ *Decisione quadro 2008/919/GAI*, GUCE, 2008, n. L 330, p. 21.

Stati membri a sottoporre a sanzione penale determinati comportamenti, che violano divieti imposti da altri atti normativi della Comunità Europea. Gli Stati membri debbono in tal modo penalizzare condotte che, in parte, violano esclusivamente precetti di natura formale. Così sussiste una illegale spedizione di rifiuti, ai sensi dell'art. 3 lett. c della Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente, già quando il trasporto avviene senza notificazione a tutte le autorità coinvolte (cfr. art. 2 n. 35 lett. a Reg. [CE] 1013/2006) o non è conforme a determinati formulari (art. 2 n. 35 lett. d e g iii Reg. [CE] 1013/2006). La criminalizzazione di illeciti amministrativi non risponde al principio di proporzione nel senso del principio di *ultima ratio*, nei limiti in cui in questo caso non incombe nemmeno la lesione di un interesse che dovrebbe essere protetto per mezzo del diritto penale.

- La *Decisione quadro sulla corruzione nel settore privato*¹³ non contiene alcuna sufficiente motivazione sul fatto che, per impedire la corruzione in quest'ambito, non siano a disposizione altri mezzi più lievi. Si può pensare a tale riguardo a pretese risarcitorie civilistiche o a misure-*compliance* di ampia portata (come ad esempio l'introduzione del "principio dei quattro occhi" nella assegnazione degli incarichi o il ricambio regolare del personale nei reparti ordinazioni). L'onere della prova nell'impiego del diritto penale come ultimo mezzo del controllo sociale non viene qui tenuto nel debito conto.

3. Sulla osservanza del *principio di colpevolezza* negli atti normativi rilevanti sotto il profilo penale, si possono addurre alcuni esempi:

- In diversi Stati membri pene criminali per le persone giuridiche non sarebbero compatibili con il concetto della rimproverabilità personale, posto a base del loro diritto penale. Perciò è da valutare positivamente che tutte le Decisioni quadro che impongono agli Stati membri di sanzionare le persone giuridiche, lascino sino ad oggi espressamente aperto se ciò debba avvenire per mezzo del diritto penale. Come concreto esempio può essere indicato l'art. 6 della *Decisione quadro sulla corruzione nel settore privato*¹⁴. Questo riserbo sarebbe auspicabile anche in futuro.
- Sotto questo aspetto è ugualmente apprezzabile che alcuni strumenti giuridici, come ad esempio la *Decisione quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti*¹⁵ (nell'art. 4 comma 1) o anche la *Convenzione PIF*¹⁶, in relazione alla penalizzazione della frode in danno degli interessi finanziari della Comunità Europea (nell'art. 1 comma 1),

per l'elemento soggettivo del fatto presuppongano esplicitamente il dolo. Tuttavia proprio la Convenzione PIF indica che questo importante presupposto soggettivo si regge su piedi d'argilla e può essere facilmente scardinato, se l'art. 1 comma 4 della Convenzione consente di ricavare l'esistenza del dolo da circostanze oggettive. Una simile conclusione automatica in ordine al dolo non soddisfa il principio di colpevolezza.

Oltre a ciò si debbono segnalare perplessità in ordine al rispetto del principio di colpevolezza in relazione ad altri atti normativi, soprattutto a causa della carente differenziazione della misura della minaccia penale per comportamenti pericolosi completamente differenti:

- La *Decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo*¹⁷ prescrive fra l'altro agli Stati membri di assoggettare a pena la "direzione di un'organizzazione terroristica" (art. 2 comma 2 lett. a) ed il sostegno ad essa consapevolmente prestato, ad es. tramite il finanziamento o il procacciamento di informazioni (art. 2 comma 2 lett. b). Nel primo caso la pena massima deve ammontare ad almeno 15 anni, nel secondo caso ad almeno 8 anni (art. 5 comma 3). In relazione al principio di colpevolezza o al principio di proporzione delle sanzioni penali è qui problematico il fatto che le associazioni terroristiche non debbano essere rivolte necessariamente alla *commissione* dei reati più gravi (come attacchi alla vita e all'incolumità fisica, presa di ostaggi o fabbricazione di armi di distruzione di massa). Tali associazioni possono invece essere riferite anche esclusivamente alla *minaccia* di reati terroristici (art. 1 comma 1 lett. i). In relazione alla "partecipazione alle attività di un'organizzazione terroristica", la pena massima deve raggiungere almeno gli 8 anni, indipendentemente dal fatto che l'associazione sia indirizzata alla commissione o solo alla minaccia di reati terroristici. In tal modo non trova espressione sul piano delle conseguenze giuridiche il grado di pericolosità, nettamente differenziato, delle condotte di supporto; qui dunque non si è prestata sufficiente attenzione alla gravità della colpevolezza per la determinazione della sanzione. In relazione alla "direzione di un'organizzazione terroristica" vi sono dubbi ancor più consistenti sulla salvaguardia del principio di colpevolezza. Appare da un lato apprezzabile che nell'art. 5 comma 3 sia prevista una pena massima minima di solo 8 (anziché 15) anni per la direzione di un'associazione terroristica che sia rivolta solo alla minaccia di reati terroristici, poiché questo comportamento presenta una pericolosità nettamente minore. Tuttavia incombe in questo caso sui capi, secondo lo schema della Decisione quadro, una pena massima dello stesso livello previsto per qualsiasi gregario all'interno di un'associazione indirizzata alla minaccia, poiché si è persa l'occasione di ridurre la pena

¹³ Decisione quadro 2003/568/GAI, GUCE, 2003, n. L 192, p. 54.

¹⁴ Decisione quadro 2003/568/GAI, GUCE, 2003, n. L 192, p. 54.

¹⁵ Decisione quadro 2001/413/GAI, GUCE, 2001, n. L 149, p. 1.

¹⁶ GUCE, 1995, n. C. 316, p. 49.

¹⁷ Decisione quadro 2002/475/GAI, GUCE, 2002, n. L 164, p. 3 (modificata dalla Decisione quadro 2008/919/GAI, GUCE, 2008, n. L 330, p. 21).

massima minima anche per gli altri partecipi. Il fatto che l'Unione stabilisca gli stessi livelli minimi di pena massima per comportamenti di differente dannosità sociale, viola il principio di colpevolezza e l'esigenza di pene proporzionate.

- La nuova *Proposta di Decisione quadro per la prevenzione e la lotta contro il traffico di esseri umani*¹⁸ prescrive nel suo art. 3 comma 1 una pena massima di almeno sei anni. Questa dovrebbe riferirsi a "reati ai sensi degli articoli 1 e 2". L'art. 1 contiene obblighi di criminalizzazione per determinati comportamenti, l'art. 2 prescrive agli Stati membri di incriminare l'istigazione, la complicità ed il tentativo di tali comportamenti. In tal modo la Commissione prevede gli stessi livelli minimi di pena massima, da un lato, per la commissione del reato e, dall'altro lato, per la partecipazione e il tentativo. Specialmente con riferimento ai complici questa soluzione è difficilmente conciliabile con il principio di colpevolezza, il quale richiede che ciascun partecipe venga punito conformemente alla sua responsabilità personale. Con buone ragioni la complicità viene, in molti ordinamenti penali nazionali, punita quantomeno facoltativamente in misura minore della autoria principale.

4. Nella formulazione degli atti normativi con contenuto rilevante per il diritto penale si trovano certamente positivi spunti in relazione alla osservanza del *principio di determinatezza* (derivante dal principio di legalità).

- E' di conseguenza rassicurante, quando prescrizioni penali da parte dell'Unione si sforzano palesemente di descrivere il più chiaramente possibile, quale comportamento gli Stati membri debbano assoggettare a pena. Un esempio in tal senso si trova nell'art. 3 comma 1 lett. c della *Decisione quadro sulla protezione dell'Euro contro le falsificazioni*¹⁹, che impone un obbligo di penalizzazione in relazione alla "importazione, esportazione, trasporto, ricettazione o procacciamento di monete false o falsificate". A tal fine è persino descritto specialmente il concetto di "moneta" nell'art. 1 comma 2. L'art. 2 comma 1 lett. a della *Decisione quadro sulla lotta contro il traffico illecito di stupefacenti*²⁰ prescrive in modo analogo di punire "la produzione, la fabbricazione, l'estrazione, la preparazione, l'offerta, la commercializzazione, la distribuzione, la vendita, la consegna a qualsiasi condizione, la mediazione, la spedizione, la spedizione in transito, il trasporto, l'importazione o l'esportazione di stupefacenti". E' positivo al riguardo che il legislatore europeo tenti di definire il comportamento tipico tramite numerosi elementi di identificazione abbastanza afferrabili. Tuttavia

è qui visibile anche l'altra faccia della medaglia: nello sforzo di includere nel catalogo delle condotte punibili tutte le possibili modalità di comportamento, i concetti si sovrappongono, non è più possibile una chiara separazione delle modalità del fatto (ad es. la delimitazione fra offerta e messa in vendita, o fra consegnare, trasportare e spedire). E' dubbio inoltre (ma non si tratta di un aspetto della determinatezza) se risponda ad una razionale politica criminale prevedere un obbligo di criminalizzazione così dilatato.

- Non si può inoltre fare a meno di rilevare che gli organi europei, nel recepimento di direttive di armonizzazione provenienti da altre organizzazioni internazionali nel quadro dell'integrazione dell'Unione Europea, non di rado si sforzano di conseguire un più alto grado di determinatezza. Ciò si può notare ad es. nell'art. 1 comma 1 lett. c della *Decisione quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani*²¹. Qui viene presupposto – come nel corrispondente protocollo aggiuntivo delle Nazioni Unite – l'"abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità". Tali condotte vengono però ulteriormente concretizzate richiedendo "che la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima". È discutibile se in tal modo venga raggiunto alla fine un livello di determinatezza soddisfacente, ma in ogni caso gli sforzi del legislatore europeo debbono essere espressamente riconosciuti.

A prescindere da ciò, sono numerosi gli atti normativi che danno adito a critica proprio sotto l'aspetto della determinatezza. Alcuni esempi:

- La già richiamata *Decisione quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e contro la pornografia infantile*²² comprende nel suo art. 1 lett. b (ii) anche rappresentazioni di autentiche persone (maggiorenni) con aspetto infantile (vale a dire da minorenni). Se però un adulto rivela un aspetto giovanile, si sottrae a qualsiasi categoria giuridica, in quanto i passaggi fra le diverse fasce di età sono naturalmente fluidi: una diciottenne può apparire come diciassettenne (con tutto ciò che significa). Per un'opera di sussunzione dai risultati prevedibili queste definizioni sono inidonee e pertanto debbono essere respinte per gli scopi del diritto penale.
- L'art. 1 comma 2 della *Decisione quadro sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia*²³ apre agli Stati membri la possibilità di far dipendere la punizione delle condotte testé nominate dal fatto che le modalità di realizzazione siano idonee a turbare l'ordine pubblico. Se è certamente auspicabile che il legislatore europeo lasci agli Stati membri dei margini di manovra, è tuttavia problematico

¹⁸ COM (2009) 136 def., p. 14.

¹⁹ Decisione quadro 2000/383/GAI, GUCE, 2000, n. L 140, S. 1.

²⁰ Decisione quadro 2004/757/GAI, GUCE, 2004, n. L 335, p. 8.

²¹ Decisione quadro 2002/629/GAI, GUCE, 2002, n. L 203, p. 1.

²² Decisione quadro 2004/68/GAI, GUCE, 2004, n. L 13, p. 44.

²³ Decisione quadro 2008/913/GAI, GUCE, 2008, n. L 328, p. 55.

perseguire questo obiettivo facendo ricorso a concetti assolutamente indeterminati.

- Con l'art. 2 comma 1 della *Decisione quadro sulla corruzione nel settore privato*²⁴ gli Stati membri vengono obbligati ad incriminare sia il lato attivo sia il lato passivo della corruzione nel traffico economico. L'elemento centrale in questa prospettiva è rappresentato dal fatto che, come controprestazione per un vantaggio, un dipendente di un'impresa violi i propri doveri. Tuttavia il concetto di "violazione di un dovere" viene definito in termini molto ampi nell'art. 1 comma 2 e deve coprire "almeno qualsiasi comportamento sleale che costituisca una violazione di un'obbligazione legale o, se del caso, una violazione di normative professionali o di istruzioni professionali (...)". In particolare l'elemento della violazione dell'obbligo deve essere determinato sulla scorta del diritto dei singoli Stati. Ciò porta alla conseguenza che il datore del vantaggio, nel caso di corruzione trascendente i confini nazionali, debba conoscere la cerchia generale degli obblighi della controparte, per poter prevedere il proprio rischio di punibilità. Ciò comprende sia i rapporti giuridici (compreso il diritto giurisprudenziale!) dello Stato nel quale vive, sia anche i singoli obblighi contrattuali di colui che accetta il vantaggio. La carente determinatezza dell'elemento della violazione dell'obbligo si ricava già immediatamente dalla *Decisione quadro*; indeterminazione che gli Stati membri non possono eliminare attraverso una formulazione più precisa delle loro leggi di attuazione. L'art. 2 comma 3 della *Decisione quadro* consente sì agli Stati membri di richiedere, come elemento supplementare, una lesione della concorrenza in connessione con la fornitura di merci o prestazioni professionali. In tal modo non viene però superata la indeterminazione dell'elemento della violazione dell'obbligo.
- La *Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente*²⁵ descrive il comportamento da penalizzare da parte degli Stati membri con una lunga catena di rinvii. Da ciò deriva un problema analogo per la determinatezza: il legislatore nazionale viene praticamente costretto a recepire i rinvii nella sua legge penale, la ricerca del diritto viene in tal modo resa molto più ardua e attraverso i rinvii fra diritto nazionale ed europeo – anche e proprio a causa delle differenti regole di interpretazione e delle diverse formulazioni linguistiche da prendere in considerazione nell'ambito del diritto europeo – viene resa forse addirittura inesigibile. L'unica alternativa consisterebbe in una estrapolazione delle singole condotte punibili dalla catena del rinvio e nella loro incorporazione in numerose singole fattispecie. Questo è tuttavia per i legislatori degli Stati membri praticamente impossibile e talora – in particolare quando si fa rinvio a un diritto comunitario immediatamente applicabile (che non può essere

facilmente ripetuto in precetti nazionali) – persino giuridicamente inammissibile. Questo modo di procedere comporterebbe anche il rischio di trascurare una determinata costellazione di casi e quindi di violare l'obbligo di attuazione.

5. Molti timori e molte critiche riguardano la inosservanza del *principio di sussidiarietà*, il quale, come limite all'esercizio di competenza, assume rilievo per il diritto penale quando, e nei limiti in cui, la Comunità o l'Unione, in forza di un'attribuzione di competenza nei Trattati, possono promuovere un avvicinamento del diritto penale. Negli atti normativi rilevanti per il diritto penale emanati sino ad oggi, si può riscontrare quantomeno a volte un rispetto per la regola della sussidiarietà.

- Un fondamento particolare per l'esercizio di competenze penali a livello europeo si può rilevare specialmente quando la Comunità o l'Unione proteggono i *propri interessi finanziari* o altri interessi sopranazionali (es.: tutela dell'Euro contro la falsificazione monetaria).
- Il principio di sussidiarietà appare in particolare salvaguardato anche quando si tratta di forme di criminalità che hanno un carattere tendenzialmente trascendente i confini nazionali e che non possono essere contrastate in maniera ragionevole da parte di singoli Stati. In questa categoria si lasciano inquadrate ad esempio – quantomeno in termini sommari – il *terrorismo internazionale* e i *delitti ambientali*, poiché nel primo caso le strutture organizzative dell'autore e nel secondo caso le conseguenze dei fatti non si arrestano ai confini nazionali degli Stati. La circostanza che in questi ambiti il rispetto del principio di sussidiarietà sia in linea di principio acquisito, non significa tuttavia che anche tutte le singole forme di manifestazione di tali delitti o tutti i comportamenti che siano in relazione con questi ultimi debbano necessariamente ed automaticamente essere regolati a livello internazionale.
- Un indizio di osservanza del principio di sussidiarietà può ravvisarsi nel fatto che gli Stati membri si siano già adoperati, nell'ambito di altre sedi internazionali, per unificare le loro disposizioni penali. Ciò riguarda ad esempio la *Decisione quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani*²⁶, che era stata preceduta da iniziative dell'ONU²⁷ e del Consiglio d'Europa²⁸ con la stessa

²⁶ Decisione quadro 2002/629/GAI, GUCE, 2002, n. L 203, p. 1.

²⁷ Protocollo addizionale ONU in materia di prevenzione, lotta e sanzioni contro la tratta di esseri umani, ed in particolare contro la tratta delle donne e dei minori, annesso alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, Res. 55/25 della Assemblea Generale ONU del 15.11.2000, in vigore dal 25.12.2003: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publication/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>.

²⁸ V. solo Recommendation No. R(91)11 of the Committee of Ministers to member States on sexual exploitation,

²⁴ Decisione quadro 2003/568/GAI, GUCE, 2003, n. L 192, p. 54.

²⁵ Direttiva 2008/99/CE, GUCE, 2008, n. L 328, p. 28.

finalità. Ugualmente vale anche in questo caso il criterio che in nessun modo si possa rinunciare a verificare il rispetto dell'esigenza di sussidiarietà in rapporto a ciascuna singola disposizione di criminalizzazione.

Tuttavia la salvaguardia del principio di sussidiarietà non risponde assolutamente alla regola, come i seguenti contro-esempi dimostrano:

- Così la *Decisione quadro sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia*²⁹ pretende dagli Stati membri che questi incriminino principalmente l'istigazione all'odio motivato da razzismo (art. 1 comma 1 lett. a, b), così come la negazione dell'olocausto o di altri crimini di diritto internazionale (art. 1 comma 1 lett. c, d). Che qui l'Unione Europea abbia fondamentalmente ricevuto l'attribuzione di una competenza, lo si ricava dall'art. 29 comma 1, in relazione al comma 2 del Trattato sull'Unione Europea. Che anche la barriera all'esercizio della competenza rappresentata dal principio di sussidiarietà sia stata rispettata, lo si dovrebbe particolarmente verificare in rapporto a delitti che sono così caratterizzati sul piano nazionale. Come ragioni in virtù delle quali in questo settore sarebbero necessarie prescrizioni minime europee, viene indicata, accanto al bisogno di una migliorata collaborazione internazionale (considerando n. 4), la spregevolezza di tali comportamenti (considerando n. 5). La facilitazione della collaborazione nella persecuzione penale non può tuttavia essere uno scopo in sé stesso; se si dovesse accettare questo argomento in termini generali, si svuoterebbe il principio di sussidiarietà per il diritto penale, poiché naturalmente qualsiasi riduzione delle differenze negli ordinamenti penali rappresenta una agevolazione della collaborazione e delle rogatorie internazionali. Che il traffico delle rogatorie in questo settore sarebbe compromesso in assenza di disposizioni unificate, non è affatto evidente. Emerge infine da un atto normativo di tale natura il desiderio di dare un segnale comune contro comportamenti sicuramente spregevoli. Per siffatte funzioni simboliche, peraltro, non si dovrebbe abusare del diritto penale; in ogni caso una simile direttiva di criminalizzazione non ha molto a che vedere con un principio di sussidiarietà inteso sul serio.
- Sotto l'aspetto della sussidiarietà fa sorgere perplessità l'art. 4 della testé nominata *Decisione quadro (per la lotta contro determinate forme di razzismo e xenofobia)*, così come l'analogo art. 5 comma 2 della *Decisione quadro*

pornography and prostitution of, and trafficking in, children and young adults; Recommendation No. R(2000)11 of the Committee of Ministers to member States on action against trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation; Recommendation No. R(2001)16 of the Committee of Ministers to member States on the protection of children against sexual exploitation.

²⁹ Decisione quadro 2008/913/GAI, GUCE, 2008, n. L 328, p. 55.

sulla lotta contro il terrorismo³⁰, le quali entrambe in forma analoga obbligano gli Stati membri – nella prima decisione - a punire più gravemente i reati commessi per una motivazione razzista o xenofoba e – nella seconda decisione – a punire i reati commessi con dolo di terrorismo più gravemente degli altri reati. E' vero che si tratta di una prescrizione relativamente debole, che in definitiva può essere ragionevole e che nella prassi degli Stati membri già trova ampiamente attuazione. Dal punto di vista della sussidiarietà è però difficilmente motivabile (e non viene nemmeno motivato), perché le discipline nazionali non possano regolare sufficientemente questa questione di commisurazione della pena ed appaia pertanto necessaria una indicazione europea.

- In generale balza agli occhi il fatto che in quasi tutti gli atti normativi la (dichiarata) osservanza del principio di sussidiarietà venga constatata semplicemente con una frase ed in termini meramente formali. E' esemplare in questo senso il considerando n. 7 della *Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*³¹: "Poiché gli obiettivi della presente Decisione quadro non possono essere realizzati in misura sufficiente dagli Stati membri e possono dunque, a causa delle dimensioni dell'intervento, essere realizzati meglio a livello di Unione, l'Unione può intervenire, in base al principio di sussidiarietà". In realtà mancano completamente tanto le ragioni empiriche della incapacità degli Stati membri di raggiungere gli obiettivi della Decisione quadro, quanto la concreta definizione di tali obiettivi.

6. Si può infine illustrare, in relazione a concreti atti normativi, la nostra richiesta di osservanza del *principio di coerenza*. Innanzitutto si deve rilevare che in singoli punti – perlomeno sino ad oggi – rimangono agli Stati membri spazi di libertà, che consentono il rispetto del principio di coerenza (verticale).

- In primo luogo è senz'altro funzionale alla coerenza dei sistemi penali nazionali il fatto che gli attori europei abbiano finora sempre evitato di prescrivere pene criminali per le persone giuridiche (così ad esempio l'art. 7 della *Decisione quadro relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*³²; v. già sopra a proposito del principio di colpevolezza).
- Ugualmente viene lasciato agli Stati membri un ampio spazio di manovra per la salvaguardia della coerenza dei loro sistemi penali, quando singole Decisioni quadro non prevedono concrete indicazioni sulla misura massima della pena, ossia non impongono un minimo di pena massima, bensì si limitano ad indicazioni generali sulle conseguenze penali (efficaci, deterrenti, proporzionate;

³⁰ Decisione quadro 2002/475/GAI, GUCE, 2002, n. L 164, p. 3.

³¹ Decisione quadro 2008/841/GAI, GAI, 2008, n. L 300, p. 42.

³² Decisione quadro 2003/568/GAI, GAI, 2003, n. L 192, p. 54.

pene privative della libertà per i casi gravi – v. per tutti l'art. 6 della *Decisione quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti*³³).

- Eccezionalmente il legislatore europeo si è persino preoccupato di evitare interventi troppo profondi nei sistemi sanzionatori degli Stati membri. Si era pensato ad esempio, in una versione preliminare³⁴ della *Decisione quadro relativa alla lotta contro l'aiuto alla immigrazione e al soggiorno illegali*³⁵, di prevedere nell'art. 1 comma 3 per determinati comportamenti una pena massima di almeno 12 anni. Con il sistema sanzionatorio svedese questo non sarebbe stato compatibile: per il corrispondente delitto è previsto nel diritto penale svedese una pena detentiva da uno a quattro anni. La pena detentiva temporanea più elevata applicabile in Svezia ammonta a dieci anni. Sulla base delle consultazioni preliminari alla elaborazione della versione definitiva, il minimo di pena massima nell'art. 1 comma 3 della *Decisione quadro sulla complicità nell'immigrazione clandestina* venne fissato in otto anni. Inoltre venne inserita nell'art. 1 comma 4 una clausola che consente ai singoli Stati di prevedere una pena più bassa, se questo risulta essenziale per la salvaguardia della coerenza dei sistemi sanzionatori nazionali. Questo è un buon esempio di come si possa tenere conto dell'interesse degli Stati membri alla salvaguardia di un sistema penale in sé coerente.

Tuttavia la prassi delle istituzioni europee è ancora assai lontana dal rispettare correntemente la coerenza verticale ed orizzontale, sotto il profilo penalistico, come principio guida della politica criminale:

- Dove infatti mancano clausole particolari – come quelle testé descritte – le indicazioni relative alla parte sanzionatoria sono particolarmente problematiche per i sistemi penali nazionali, sovente finemente accordati nel loro equilibrio interno. La *Decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo*³⁶ stabilisce ad esempio nell'art. 5 comma 3 per determinati atti di terrorismo una pena massima di almeno 15 anni. Ciò ha posto ad esempio sotto pressione il diritto penale finlandese, nel quale era in precedenza stabilito come durata massima di una pena detentiva temporanea il limite di 12 anni, così che la *Decisione quadro* ha potuto essere implementata solo

attraverso un artificio estraneo al sistema (pena massima eccezionalmente di 12 + 3 anni).

- Come già illustrato, gli atti normativi dell'Unione Europea prevedono talora dei livelli minimi di pena massima identici per comportamenti estremamente differenziati sotto il profilo della dannosità sociale. Così la *Decisione quadro sulla lotta contro la tratta di esseri umani*³⁷ impone una pena massima minima di otto anni per la consumazione della fattispecie della tratta di esseri umani, quando sia stata messa in pericolo dolosamente o con colpa grave la vita della vittima (art. 3 comma 2 lett. a). Lo stesso livello minimo di pena massima è prevista però anche dalla *Decisione quadro relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro*³⁸ per la mera "falsificazione o alterazione di monete" (art. 6 comma 2). Ciò dimostra che nelle attività dell'Unione rilevanti per il diritto penale manca ancora armonia (coerenza orizzontale).³⁹ Gli Stati membri possono bensì – grazie all'apertura dell'indicazione "verso l'alto" – stabilire autonomamente una pena massima più elevata per reati che avvertano come maggiormente dannosi. In tal modo vengono però almeno parzialmente costretti ad un netto innalzamento dei loro livelli sanzionatori, cosa che è problematica in relazione al principio di coerenza (verticale).
- Per l'illustrazione della carente coerenza orizzontale si può fare riferimento di nuovo alla *Decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo*⁴⁰, che con riguardo alla partecipazione ad azioni di una associazione terroristica non differenzia a seconda che l'associazione sia rivolta alla commissione o solo alla minaccia di gravissimi reati. Inoltre la *Decisione quadro*, per le associazioni terroristiche che siano rivolte solo alla minaccia di gravissimi reati, contiene lo stesso minimo di pena massima per capi e gregari, mentre per le altre associazioni terroristiche non manca una simile gradazione nella previsione dei minimi di pena massima.

7. Come mostrano gli esempi, la legislazione europea ha prodotto solo in parte risultati che non siano accettabili o che comunque suscitino apertamente perplessità. Anche se in tal modo i confini con l'intollerabile in linea generale non sono stati assolutamente superati, si riscontrano tuttavia tendenze preoccupanti, che non debbono essere trascurate: la tendenza a stabilire disposizioni penali che non perseguono un chiaro

³³ *Decisione quadro 2001/413/GAI*, GAI, 2001, n. L 149, p. 1.

³⁴ Fredrik Wersäll, *Politik och juridik - vad är vad i tredje pelaren? Några tankar kring symbolpolitik kontra rationalitet*. En Asp, Herlitz & Holmqvist, *Festskrift till Nils Jareborg*, Iustus förlag 2002 p. 659-670, (666).

³⁵ *Decisione quadro 2002/946/GAI*, GAI, 2002, n. L 328, p. 1.

³⁶ *Decisione quadro 2008/919/GAI*, GUCE, 2008 n. L 330, p. 21.

³⁷ *Decisione quadro 2002/629/GAI*, GUCE, 2002 n. L 203, p. 1

³⁸ *Decisione quadro 2000/383/GAI*, GUCE, 2000 n. L 140, p. 1.

³⁹ Weyembergh, *Approximation of criminal laws, the Constitutional Treaty and The Hague Programme*, *Common Market Law Review* 42 (2005), p. 1567 (1586).

⁴⁰ *Decisione quadro 2002/475/GAI*, GUCE, 2002, n. L 164, p. 3 (modificata dalla *Decisione quadro 2008/919/GAI*, GUCE, 2008, n. L 330, p. 21).

scopo di tutela, la tendenza a trascurare il principio dell'*ultima ratio*, la tendenza ad imporre obblighi di penalizzazione che conducono sul piano nazionale a fattispecie penali eccessivamente indeterminate, così come la tendenza a reagire ad ogni problema sociale con una crescente repressione e a vedere in quest'ultima di per sé sola un plusvalore.

Queste discutibili tendenze si manifestano anche a livello nazionale e vengono fortemente incrementate dagli sviluppi europei. Qualora questi rischi non venissero riconosciuti per tempo, la nostra preoccupazione è quella di doversi alla fine confrontare con un inaccettabile diritto penale, in contraddizione con i fondamentali principi e tradizioni liberali.

Prof. Dr. Petter Asp, Stockholm University, S

Prof. Dr. Nikolaos Bitzilekis, Aristotle University of Thessaloniki, GR

Lect. univ. Dr. Sergiu Bogdan, Universitatea Babeș-Bolyai, RO

Ass. Prof. Dr. Thomas Elholm, LL.M, University of Southern Denmark, DK

-

Prof. Dr. Luigi Foffani, Università di Modena e Reggio Emilia, I

Prof. Dr. Dan Frände, University of Helsinki, FIN

Prof. Dr. Helmut Fuchs, Universität Wien, A

Prof. Dr. Maria Kaiafa-Gbandi, Aristotle University of Thessaloniki, GR

Prof. Dr. Jocelyne Leblois-Happe, Université de Strasbourg, F

Prof. Dr. Adán Nieto Martín, Universidad de Castilla-La Mancha, E

Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, M.P.A., Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, D

Prof. Dr. Helmut Satzger, Ludwig-Maximilians-Universität München, D

Prof. Dr. Elisavet Symeonidou-Kastanidou, Aristotle University of Thessaloniki, GR

Ass. Prof. Dr. Ingeborg Zerbes, Universität Wien, A