



Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Fausto Giunta,
Renzo Orlandi, Michele Papa,
Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Daniele Guerri,
Dario Micheletti, Daniele Negri,
Caterina Paonessa

Coordinatore

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2 0 1 2



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2013
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

Distribuzione
PDE, Via Tevere 54, I-50019 Sesto Fiorentino [Firenze]

ISBN 978-884673653-6
ISMN 1972-3857

INDICE

Editoriale

GIOVANNI CANZIO

“Per non dimenticare”: a vent’anni dalle stragi di Capaci e via D’Amelio 15

Primo Piano

EVA CANTARELLA

La chiamavano basanos. La tortura nell’antica Grecia 19

MIRJAN R. DAMAŠKA

La ricerca del giusto processo nell’età dell’inquisizione 27

GIOVANNI FIANDACA

La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale 67

CARLO ENRICO PALIERO

L’agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale? 95

JOHN A.E. VERVAELE

Extraordinary rendition e sparizione forzata transnazionale nel diritto penale e nel diritto internazionale dei diritti umani 119

Retrospectiva “*Giudici e giurati tra ‘intimo convincimento’, ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’ e obbligo di motivazione*”

MANUEL J. ARROBA CONDE

Convincimento, certezza e motivazione: l’esperienza canonica 163

LOREDANA GARLATI

“Contro il sentimentalismo”. L’impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930 181

FRANCESCA RUGGIERI

La circolazione di “libero convincimento e giuria” all’epoca del primo codice unitario: gli equivoci di un trapianto sbagliato 229

Il punto su... <i>La legge del giudice penale. A proposito di fonti e interpretazione</i>	
RENATO BRICCHETTI <i>Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza</i>	261
OMBRETTA DI GIOVINE <i>Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale</i>	267
GAETANO INSOLERA <i>Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'“epoca dei giudici”</i>	285
SERGIO MOCCIA <i>Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto</i>	299
VITO VELLUZZI <i>Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione</i>	305
NICOLÒ ZANON <i>Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale</i>	315
Il punto su... <i>Il nesso causale: accertamento e motivazione</i>	
FRANCESCO D'ALESSANDRO <i>Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese</i>	331
OLIVIERO MAZZA <i>Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione</i>	357
Il punto su... <i>Quale colpa penale?</i>	
ROCCO BLAIOTTA <i>Legalità, determinatezza, colpa</i>	375
CARLO BRUSCO <i>Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione delle categorie del reato”</i>	383
Opinioni a confronto	
<i>La Direzione Nazionale Antimafia e il coordinamento delle indagini di mafia dopo 20 anni: bilancio e prospettive</i> Nota introduttiva di Giovanni Canzio	415
<i>Ne dibattono:</i> SALVATORE LIOTTA FILIPPO SPIEZIA	

Antologia

- ALESSANDRO CORDA
Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale 497
- CRISTIANO CUPELLI
Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge 535
- ALBERTO DI MARTINO
Il crimine ottativo. Per un'esegesi penalistica del crimine internazionale di aggressione 563
- ANGELO MARLETTA
Detenzione "amministrativa" dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale 603
- DARIO MICHELETTI
Le fonti di cognizione del diritto vivente 619
- CATERINA PAONESSA
Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo 641
- MARIO PISANI
Sull'esperienza investigativa all'estero di Giovanni Falcone 675

L'angolo dei classici

- Il mestiere del giudicare. Traendo spunto dalla riedizione dell'opera di Dante Troisi "Diario di un giudice", Sellerio, 2012*
Introduce Ettore Randazzo
Interventi di ALESSANDRO CENTONZE e TITTA MADIA 681

La biblioteca del penalista

- ANTONIO VALLINI
Il guidatore contromano e il guardiano del faro. Recensione a Winfried Hassemer, Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale, Il Mulino, 2012, trad. it. di Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer, a cura di Domenico Siciliano 701

TABLE OF CONTENTS

Editorial

- GIOVANNI CANZIO
"Lest we forget": twenty years after the massacres of Capaci and via D'Amelio 15

Front page

- EVA CANTARELLA
They call it basanos. Torture in ancient Greece 19

- MIRJAN R. DAMAŠKA
The quest for a fair process in the era of inquisition 27

- GIOVANNI FIANDACA
State-mafia negotiations between politics and criminal proceedings 67

- CARLO ENRICO PALIERO
The agorà and the palace. Legitimacy for criminal law? 95

- JOHN A.E. VERVAELE
Extraordinary rendition and transnational forced disappearance under criminal law and international human rights law 119

Retrospective "Judges and jurors between 'intimate belief', 'beyond reasonable doubt' and the duty of explanation"

- MANUEL J. ARROBA CONDE
Belief, certainty and motivation: the canonical experience 163

- LOREDANA GARLATI
Against "sentimentalism": the inquisitory structure of the rules of evidence in the Italian code of criminal procedure enacted in 1930 181

- FRANCESCA RUGGIERI
The flow of "free belief and jury" at the time of the first criminal code of united Italy: the misunderstandings of an incorrect transplantation 229

Focus on... *The criminal law of the judge. Talking of sources of law and interpretation*

- RENATO BRICCHETTI
The status of legality in jurisprudence 261
- OMBRETTA DI GIOVINE
From constructivism to interpretive naturalism? Cause for reflection in criminal law 267
- GAETANO INSOLERA
A few considerations and a question about legality in criminal law at the "time of the judges" 285
- SERGIO MOCCIA
On preconditions of judicial hermeneutics in the rule of law 299
- VITO VELLUZZI
Two (short) notes on the judge and interpretation in criminal cases 305
- NICOLÒ ZANON
On some current problems of the supremacy of the law in creating criminal law 315

Focus on... *The causal nexus: verification and motivation*

- FRANCESCO D'ALESSANDRO
Causal explanation through scientific laws, ten years after the Franzese judgement 331
- OLIVIERO MAZZA
The reasonable doubt in the theory of decision making 357

Focus on... *Criminal negligence?*

- ROCCO BLAIOTTA
Legality, definiteness and negligence 375
- CARLO BRUSCO
Risk and danger, "allowed danger" and the precautionary principle. The so called "flexibility of the categories of the crime" 383

Opinion exchange

- Direzione Nazionale Antimafia and the coordination of mafia investigations twenty years after: evaluation and perspectives*
Introductory note by Giovanni Canzio 415
- Discussants:*
SALVATORE LIOTTA
FILIPPO SPIEZIA

Anthology

- ALESSANDRO CORDA
*Reflections on the relationship between neuroscience and imputability
 in criminal procedure* 497
- CRISTIANO CUPELLI
*The European Parliament and the limits of the co-decision procedure
 in criminal law. Between models of democracy and the crisis of the
 “supremacy of the law” in criminal law* 535
- ALBERTO DI MARTINO
*Crime in the optative form. A criminal law exegesis
 of the international crime of aggression* 563
- ANGELO MARLETTA
*“Administrative” detention of foreigners and reserve jurisdiction
 over personal freedom* 603
- DARIO MICHELETTI
The sources of legal information 619
- CATERINA PAONESSA
Obligation to prevent and physiognomy of the power to prevent 641
- MARIO PISANI
On the Giovanni Falcone investigation experience 675

Classics corner

- The profession of judging. Taking the cue from the republication
 of Dante Troisi’s work*
 “Diario di un giudice” (“Diary of a judge”), Sellerio, 2012
 Introduction by Ettore Randazzo
 Discussants: ALESSANDRO CENTONZE and TITTA MADIA 681

The library of the criminal law scholar

- ANTONIO VALLINI
*The driver on the wrong side of the road and the lighthouse keeper.
 Review of Winfried Hassemer, Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer
 (Why punishment is necessary. In defense of criminal law),
 Il Mulino, 2012, Italian translation by Domenico Siciliano* 701

CRISTIANO CUPELLI

IL PARLAMENTO EUROPEO E I LIMITI
DI UNA CODECISIONE IN MATERIA PENALE
TRA MODELLI DI DEMOCRAZIA E CRISI DELLA RISERVA DI LEGGE

SOMMARIO: 1. La crisi della riserva di legge nello specchio di un diritto *liquido*. – 2. I limiti di un diritto penale *europizzato*. - 2.1. I nuovi poteri del Parlamento europeo alla luce del Trattato di Lisbona. - 2.2. Il procedimento legislativo ordinario. - 2.3. È sufficiente una *codecisione* in democrazia? - 2.4. La *marginalizzazione* della fase *discendente* e la nuova legge di delegazione europea. – 3. Il ruolo del Parlamento europeo tra democrazia rappresentativa e democrazia deliberativa. – 4. Il *peso* dei principi procedurali della democrazia penale. – 5. La strada per una possibile soluzione.

1. *La crisi della riserva di legge nello specchio di un diritto liquido*

Proprio su queste pagine, lo scorso anno, si è autorevolmente dibattuto sulla possibilità di individuare un equivalente funzionale alla riserva di legge, da più parti segnalata in stato di profonda crisi¹; la risposta è stata sostanzialmente negativa, accompagnata dalla constatazione delle difficoltà di recuperare una lettura ‘forte’ della *ratio* garantista sottesa al principio e dell’irruzione di un pensiero *debole* in tema di legalità penale.

Nella stessa occasione, non si è mancato di rilevare come forse il più significativo tra i fattori di *stress* cui l’istituto storicamente più pregnante della legalità penale è oggi sottoposto sia rappresentato dalla compressione della discrezionalità del legislatore interno nelle scelte relative all’introduzione di nuove incriminazioni, generata dallo sviluppo delle fonti sovranazionali². Si può parlare di una penetrazione del diritto europeo *anche* nelle valutazioni politico-criminali, in origine rimesse all’esclusivo monopolio statale³: l’effetto

¹ *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in questa rivista, 2011, p. 77 ss., con Nota introduttiva di F. GIUNTA e contributi di G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, p. 79 ss.; A. GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, p. 99 ss.; C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (Considerazioni in margine all’asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, p. 125 ss.

² G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, cit., p. 86 ss.; ampiamente, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 48 ss.

³ I molteplici profili di intersezione tra fonti sovranazionali e diritto penale, anche con riferimento ai vincoli imposti dalle convenzioni internazionali, sono approfonditamente indagati, da F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Europa e giustizia penale, Speciale di Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 4 ss.;

è l'inarrestabile ascesa della genesi di precetti penali in un contesto non più nazionale, nel quale la politica criminale comunitaria affianca – sino a sostituire – quella interna. Infatti, pur potendosi continuare ad escludere, allo stato, la previsione in via diretta di fattispecie penali incriminatrici da parte di fonti normative comunitarie⁴, è evidente che l'Unione non manca, “mediante una serie di *strategie di intervento*, di esprimere una vera e propria *politica criminale europea*”⁵, così da potersi parlare di un “diritto penale *europizzato*”⁶. Di fronte ad obblighi di penalizzazione sovranazionali⁷, il singolo parlamento nazionale corre il rischio di una progressiva espropriazione del “suo margine di apprezzamento nelle scelte di criminalizzazione”⁸, tanto nel prendere l'iniziativa quanto nell'esprimere “sulla base della propria discrezionalità politico-democratica le scelte di fondo relative ai contenuti della tutela penale”⁹.

La tensione, immanente, tra legalità penale e diritto europeo trova oggi terreno fertile nei contorni fluidi di un diritto sempre più decontestualizzato e destrutturato ed al cospetto di un percorso metodologico che spinge a ragionare in termini di complessità sociale e di pensiero del molteplice, col passaggio dal classico paradigma dell'unità a quello della plurivocità e della polimorfia¹⁰, sino al punto di preconizzare un vero e proprio diritto *liquido*¹¹. Inevitabile che le sensibilità verso il garantismo tendano a sfumare e crescano le istanze

C. SOTIS, *Le “regole dell'incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

⁴ Già in sede di primo commento al Trattato di Lisbona, in questo senso, A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 37 ss.

⁵ C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1148.

⁶ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 2007, p. 278.

⁷ Una recente ed accurata indagine volta a definire una tipologia degli obblighi di tutela penale internazionali in S. MANACORDA, “*Dovere di punire*”? *Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1364 ss.

⁸ F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 657.

⁹ G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., p. 88.

¹⁰ Sul declino dell'immagine classica del diritto come sistema di norme disposte gerarchicamente, riconducibili tutte ad un'unica fonte, sotto la spinta di interessi e posizioni ideologiche che l'attività legislativa patisce, v. gli interventi di L. Capogrossi Colognesi, S. Cassese, V. Ferrari, M. Fioravanti, G. Lozzi e P. Rescigno raccolti nel volume *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna, 2009; tra i molti e rilevanti contributi di Paolo Grossi, si può richiamare, sulla crisi delle fonti del diritto, il saggio *Crisi del diritto, oggi?*, in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, p. 67 ss.

¹¹ In questa direzione, da ultimo, raccogliendo e sviluppando la celebre suggestione di Z. BAUMAN sulla fluidità quale metafora dell'attuale fase dell'epoca moderna (tratteggiata in *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002, e successivamente ripresa ed applicata in tutti gli ambiti della vita sociale), M.A. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano, 2012, p. 27 ss.; sulla parabola del concetto di sovranità dello Stato, e per una disamina dei fenomeni erosivi, A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 829 ss.

volte a ridimensionare la funzione della riserva di legge, in nome di un policentrismo democratico di matrice internazionalistica. E a chi continua a sottolineare la perdurante irriducibilità del conflitto tra materia penale e diritto europeo, valorizzando il canone tradizionale della democrazia rappresentativa e della esclusività della legge parlamentare quale fonte del diritto penale, si oppone un (neanche troppo) velato rimprovero di anacronismo, che porta a chiedere se continuare a difendere la riserva di legge “possieda ancora un significato reale o sia, piuttosto, il frutto di una pigra *traditio*”, insinuando il dubbio “che possa rivelarsi tutt’altro che utile esportarne la teorizzazione classica in ambito sovranazionale ed europeo, poiché qui le distorsioni risulterebbero ovviamente amplificate”¹².

Per tentare di rispondere al dissacrante interrogativo e provare a fugare i possibili dubbi è utile tornare a misurare il rapporto tra diritto penale e diritto UE alla luce del Trattato di Lisbona e dei recenti adattamenti normativi interni che ne sono conseguiti. La riflessione si snoda in una duplice prospettiva, assumendo due versanti di analisi, che concernono da un lato il peso decisionale del Parlamento europeo e la sua idoneità rappresentativa nel quadro istituzionale comunitario; dall’altro, il meccanismo interno attraverso il quale le opzioni sovranazionali di politica criminale contenute nelle direttive irrompono nell’ordinamento interno, dal momento che queste, come è ben noto, pur non avendo efficacia diretta, pongono obblighi legislativi a carico degli Stati a cui sono rivolte, ciascuno dei quali potrà adempierli secondo le procedure interne ritenute più consone. Il tutto, poi, andrà rapportato all’altro interrogativo di fondo, che come visto aleggia nel dibattito penalistico contemporaneo: la riserva di legge, nella sua valenza garantista e nella sua essenza procedimentale, è davvero *così* in crisi e con lei anche il modello di democrazia rappresentativa che ne è presupposto e fondamento?

2. I limiti di un diritto penale europeizzato

Procedendo con ordine, non si può non premettere un cenno a quel *deficit* democratico, che ha storicamente caratterizzato il diritto europeo e ha tradizionalmente rappresentato l’ostacolo più forte al riconoscimento di una competenza diretta dell’UE in materia penale¹³.

Come è ampiamente noto, il problema affonda le sue radici nelle origini stesse del progetto comunitario, sorto a vocazione pressoché esclusivamente economica, rispetto al quale l’obiettivo era la realizzazione di un sistema decisionale che fosse la risultante di un compromesso diretto a contemperare le esigenze di tutela degli interessi nazionali e di quelli europei. In coerenza, la soluzione *più efficiente* venne ravvisata nel connubio Commissione-Consiglio: la prima portatrice degli interessi obiettivi e generali della Comunità e dotata del

¹² O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, cit., p. 2271.

¹³ Un affresco ricostruttivo in M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 545 ss.

potere di iniziativa politica, il secondo rappresentativo degli interessi degli Stati membri e dotato di capacità deliberative.

Il limite delle modalità di formazione e di legittimazione degli organi istituzionali europei si è andato sempre più espandendo con il passaggio da una matrice essenzialmente economica ad una aspirazione di unione politica e con l'aumento delle competenze attribuite e del numero degli Stati membri ed è in sostanza riconducibile allo spazio egemonico attribuito agli interessi e alle preferenze dei governi dei singoli Stati ed ai c.d. eurocrati, piuttosto che alle scelte dei cittadini europei¹⁴; tutto ciò inevitabilmente si converte in una scarsa trasparenza nei processi decisionali e soprattutto in una carenza di rappresentanza politica, in un rapporto tra rappresentanti e rappresentati assai flebile. Evidentissime ed ovvie, allora, le ricadute in una materia, quella penale, che proprio nel consenso sociale trova il suo titolo di legittimazione¹⁵.

¹⁴ Un recente e completa analisi, con ampi riferimenti alla letteratura straniera e varietà di spunti di storia e scienza politica, in G. PASQUINO, *Deficit democratico*, in *Riv. it. sc. pol.*, 2012, p. 417 ss.; M. OLIVETTI, voce *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento V, Torino, 2012, p. 501 ss. e in R. BELLAMY, *Il deficit democratico dell'Unione europea*, in *Governance e democrazia. Tecniche del potere e legittimità dei processi di globalizzazione*, a cura di A. Palumbo e S. Vaccaro, Milano-Udine, 2009, p. 109 ss.; C. PINELLI, *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rass. parl.*, 2008, p. 927 ss.; è ormai un classico, nel dibattito sulla questione, D. MARQUAND, *Parliament for Europe*, Londra, 1979. Nella dottrina comunitarista, tra i molti, D. SANTONASTASO, *La dinamica fenomenologica della democrazia comunitaria. Il deficit democratico delle istituzioni e della normazione dell'UE*, Napoli, 2004, p. 114 ss.; A. L. VALVO, *Il Trattato di Lisbona e l'irrisolta questione del deficit di democrazia*, in *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, a cura di C. ZANGHÌ - L. PANELLA, Torino, 2010, p. 93 ss.; U. VILLANI, *Principi democratici e ruolo dei Parlamenti nazionali nel Trattato di Lisbona*, ivi, p. 214 ss.; nella prospettiva penalistica, con varietà di accenti, K. LÜDERSSEN, *Europeizzazione del diritto penale e legislazione governativa*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?*, a cura di S. CANESTRARI - L. FOFFANI, Milano, 2005, p. 487 ss.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 388 ss e 433 ss.; ID., "Eppur si muove!": alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. GRASSO - R. SICURELLA, Milano, 2008, p. 221 ss.; P. VELTEN, *Diritto penale europeo, in questa rivista*, 2006, p. 150 ss.; G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO - R. SICURELLA, Milano, 2007, p. 676 ss.; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 30 ss. La questione è stata esaurientemente affrontata (in particolare nei §§ 289 ss.) anche nella sentenza del 30 giugno 2009 con cui il *BundesVerfassungsgericht* si è pronunciato sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il *Grundgesetz* (consultabile, nella traduzione italiana di Jörg Luther, in www.cortecostituzionale.it).

¹⁵ Su tale snodo ontologico del diritto penale, si rinvia per tutti ai lavori di M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, p. 423 ss.; C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 849 ss. e E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 86 ss.

2.1. I nuovi poteri del Parlamento europeo alla luce del Trattato di Lisbona

La questione prospettata nei termini tradizionali non può dirsi sostanzialmente mutata a seguito dell'entrata di vigore del Trattato di Lisbona, il quale, oltre a far cadere la struttura per pilastri e la conseguente differenziazione delle fonti normative (direttive e regolamenti per i primi due pilastri, decisioni quadro per il terzo) che avevano caratterizzato l'impianto precedente, ha previsto una base giuridica certa per l'adozione di regolamenti o direttive per l'armonizzazione penale, che permangono gli strumenti attraverso i quali le istituzioni europee esercitano la potestà normativa. Per quanto attiene agli aspetti di *diritto penale sostanziale*, si stabilisce che il Parlamento europeo ed il Consiglio, deliberando mediante direttive e secondo la procedura legislativa *ordinaria* (con mirate e specifiche eccezioni), potranno definire gli elementi costitutivi minimi relativi alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi che possono presentare una dimensione transnazionale, derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di fronteggiarli su basi comuni¹⁶.

In particolare, all'art. 83.1 si sancisce la possibilità di stabilire "*norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni* in sfere di criminalità particolarmente gravi che presentano una dimensione transnazionale"¹⁷, ed all'art. 83.2. si estende tale potere anche con riguardo ad altri settori, purché già oggetto di misure di armonizzazione, nel caso in cui il riavvicinamento delle legislazioni nazionali in materia penale si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione¹⁸. In quest'ultimo caso, è previsto il ricorso "alla stessa procedura legislativa ordinaria o speciale per l'adozione delle preve misure di organizzazione", il che lascia residuare la possibilità del ricorso alla procedura legislativa *speciale*, derogatoria rispetto a quella ordinaria, nella quale il Consiglio è, in pratica, l'unico legislatore, venendo il Parlamento europeo ad essere semplicemente *associato* alla procedura, con un ruolo circoscritto alla consultazione

¹⁶ Un affresco ricostruttivo, da ultimo, in V. MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in *Introduzione al sistema penale*. Vol. I, a cura di G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANNOTTI, Torino, 2012, p. 157 ss.; su genesi, evoluzione e diffidenze rispetto all'attribuzione all'Unione di una competenza penale accessoria, v. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, n. 1/2012, p. 47 ss.; in chiave critica, V. MASARONE, *L'inappagante continuità del diritto penale dell'Unione dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, in *Crit. dir.*, 2008, p. 173 ss.

¹⁷ Quanto ai contenuti da attribuire alla nozione di 'norme minime' ed al relativo livello di tassatività e determinatezza richiesto, v. R. SICURELLA, «*Prove tecniche*» per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. GRASSO - L. PICOTTI - R. SICURELLA, Milano, 2011, p. 25 ss.; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea*, cit., p. 65 ss.

¹⁸ Sul punto, v. A. BARLETTA, *La legalità penale tra diritto dell'unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011, p. 72 ss.; G. GRASSO, *La «competenza penale» dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 693 ss.; L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, ivi, p. 212 ss.

o alla ratifica, a seconda dei casi¹⁹.

All'art. 86.1., poi, si prevede che, “per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa *speciale*, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust”, la quale, si precisa all'art. 86.2., “è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, *quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1*, e i loro complici”²⁰.

¹⁹ Va aggiunto che, a differenza della procedura legislativa ordinaria, delineata all'art. 294 TFUE (su cui si tornerà a breve), manca una precisa descrizione delle procedure legislative speciali, limitandosi l'art. 289.2 TFUE a prevedere che “nei casi specifici previsti dai trattati, l'adozione di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo con la partecipazione del Consiglio o da parte di quest'ultimo con la partecipazione del Parlamento europeo costituisce una procedura legislativa speciale”; le relative modalità, conseguentemente, sono definite caso per caso dagli articoli del TUE e del TFUE che prevedono la loro applicazione. Come è stato osservato, la procedura speciale “realizza una drastica riduzione del confronto politico sulle scelte normative e, in pratica, finisce per annullare la capacità di condizionamento, già di per sé esigua, dei Parlamenti nazionali” (C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 250).

²⁰ In dottrina, si ritiene che, sulla base della previsione di cui all'art. 86, potrebbe addirittura già oggi individuarsi una competenza penale “quasi diretta” in capo all'Unione, limitata alla protezione degli interessi finanziari europei (C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. BILANCIA - M. D'AMICO, Milano, 2009, p. 154), per il tramite appunto della fonte regolamentare, automaticamente applicabile entro i confini nazionali. Tale lettura si fonda sulla valorizzazione del secondo (e del quarto) comma del medesimo articolo, che nel delineare le attribuzioni proprie della Procura europea la ritiene competente ad “individuare, perseguire e rinviare a giudizio (...) gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto al paragrafo 1, e i loro complici”. Ponendo l'accento sul collegamento tra i “reati che ledono gli interessi finanziari” e la relativa definizione rimessa al regolamento (non potendo l'espressione “definizione di reato” assumere altro significato che quello di “previsione degli elementi costitutivi del reato”), tale previsione aprirebbe la strada alla possibilità per l'Unione di stabilire con regolamento quali comportamenti lesivi degli interessi finanziari europei costituiscono reati, con riferimento tuttavia ai soli precetti e non anche alle relative sanzioni, oltre alle “norme di parte generale necessarie a rendere uniformi i criteri di iscrizione della responsabilità” (p. 159). Senonché, si è obiettato – in maniera condivisibile – che, a livello testuale, il riferimento alla definizione regolamentare “potrebbe ben riferirsi anche all'enunciazione degli stessi interessi finanziari dell'Unione”, cosicché “sarebbero proprio questi ultimi a rinvenire la loro definizione nel regolamento comunitario”; inoltre, si fa notare come al contenuto della fonte regolamentare offra un contributo decisivo la precisazione contenuta al terzo comma dello stesso art. 86, che appunto si riferisce a “regole di carattere procedurale, generalmente funzionali all'operatività della Procura europea dagli stessi istituita”: verrebbe anche meno la possibilità di riconoscere una competenza penale diretta, per quanto collegata – sulla base del richiamo “alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale” – alla predefinizione nazionale dell'area penalmente rilevante, sulla base del quarto comma dello stesso art. 86.4., considerato che tale norma “abilita il Consiglio europeo ad adottare eventualmente una decisione in grado di modificare la portata dell'art. 86, comma 1, TFUE, ‘allo scopo di estendere le attribuzioni della Procura europea’ al contrasto di forme gravi di criminalità transnazionale, con la conseguente modifica del secondo paragrafo, in quanto l'ambito di operatività della Procura europea, per effetto di tale scelta, risulterà ampliato” (C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit.,

Tra le novità di rilievo, va registrato il superamento della regola della unanimità per le decisioni del Consiglio (meccanismo che – oltre a ritardare l'adozione di taluni strumenti normativi – aveva di fatto favorito accordi di basso profilo), a favore di una deliberazione a *maggioranza qualificata*²¹. All'interno di un meccanismo procedurale inedito, denominato «freno-acceleratore»²², proprio per controbilanciare la regola della maggioranza qualificata, sono previsti meccanismi di salvaguardia delle istanze nazionali (*emergencies breaks* o freno di emergenza); così, tanto all'art. 82, quanto all'art. 83 viene fatta salva la possibilità per uno Stato membro che ritenga che un progetto legislativo “*incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale*” di chiedere che il Consiglio sia investito della questione, con un effetto sospensivo, per la durata massima di quattro mesi, della relativa procedura di codecisione. Previa discussione ed in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro i quattro mesi, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria, aprendosi la strada dell'adozione dell'atto sulla base di una procedura di cooperazione rafforzata.

Tirando le fila del discorso, può dirsi che, seppure in termini sempre indiretti, si è riconosciuta una competenza penale europea di ancor più ampia portata²³, con la capacità di

p. 239 ss.). In senso critico sulla possibilità di leggere l'art. 86 come precursore di una competenza diretta, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, p. 127, il quale, pur concordando sul fatto che “le differenze tra le diverse versioni linguistiche creino ambiguità circa l'effettiva competenza a definire i reati tramite regolamento”, ritiene che esse “sarebbero sufficienti ad escludere l'uso della fonte regolamentare nel senso suggerito”, rilevando che “l'adozione del regolamento in questione dovrebbe avvenire attraverso una procedura speciale, che richiede il voto unanime del Consiglio e la mera approvazione del Parlamento: dunque una procedura assai meno democratica rispetto a quella ordinaria, con conseguenze davvero allarmanti laddove si aderisse alla tesi secondo cui il regolamento in oggetto fosse effettivamente legittimato ad introdurre precetti penali negli ordinamenti interni”; senza dimenticare di sottolineare anche un eventuale “esito pratico piuttosto singolare come quello dell'introduzione nei sistemi nazionali di precetti penali immediatamente vigenti e vincolanti, eppure imperfetti ed inefficaci fino all'intervento del legislatore nazionale” (p. 128). Con varietà di argomenti, v. anche i rilievi di G. GRASSO, *La costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO - R. SICURELLA, Milano, 2007, p. 697 e M. RONCO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone. Commentario sistematico al codice penale*, diretto da M. RONCO (con la collaborazione di E.M. AMBROSETTI e E. MEZZETTI), Bologna, 2010, p. 33 ss.

²¹ Permane tuttavia la regola della *unanimità* con riferimento: 1) all'estensione delle competenze dell'Unione ad altri aspetti di norme procedurali (art. 82.2, lett. d), diversi da quelli attinenti la mutua ammissibilità delle prove, i diritti degli indagati ed i diritti delle vittime; 2) alla individuazione di nuove sfere di criminalità, rispetto a quelle per le quali vengono adottate norme minime secondo la procedura legislativa ordinaria (art. 83.1., terzo comma); 3) alla possibilità per l'Ufficio del Procuratore europeo di estendere la propria competenza ad altre forme di criminalità grave, a carattere transnazionale, che vadano oltre la materia dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (art. 86.4.).

²² Per una dettagliata analisi del quale si rinvia al recente ed esaustivo lavoro di J. C. PIRIS, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2012, p. 216 ss.

²³ Tanto che, con una felice sintesi, si è detto come, con le nuove norme in materia criminale, l'Unione europea aspiri a rivendicare *definitivamente il giudizio di necessità di pena, ma certamente non ad esercitare la potestà punitiva* (C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, cit., p. 144).

delineare autonomamente, tramite direttive, i contenuti della regolamentazione da adottarsi in ambito interno²⁴; a fronte di ciò, si è scelto di coinvolgere maggiormente il Parlamento europeo mediante il procedimento legislativo ordinario, che instaura un meccanismo di codecisione tra Consiglio e Parlamento, offrendo la contempo a ciascuno Stato membro la possibilità di attivare il c.d. freno di emergenza, che consente di sospendere l'adozione a maggioranza qualificata di una direttiva, qualora la stessa incida su aspetti fondamentali del suo ordinamento giudiziario penale²⁵.

2.2. Il procedimento legislativo ordinario

Vi è chi ritiene che l'estensione del ruolo del Parlamento attraverso il riconoscimento della procedura ordinaria quale meccanismo generale di adozione degli atti legislativi dell'Unione, in particolare per la materia penale – al di là delle ipotesi in cui vi sarà la possibilità di adottare direttive di armonizzazione mediante procedure speciali²⁶ – abbia finalmente consentito di superare gli ostacoli ad intervenire con opzioni politico-criminali e rappresenti *l'argomento forte*, il *passo avanti decisivo* compiuto dalle istituzioni europee nel percorso di legittimazione democratica, in grado di vincere le residue resistenze al riconoscimento di una potestà penale europea *anche* diretta.

Proprio su questo snodo occorre soffermarsi, per riflettere sul ruolo effettivamente ri-

²⁴ Di sicuro interesse appare in proposito la Comunicazione COM (2011) 573 del 20 settembre 2011, intitolata “*Verso una politica criminale europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione europea attraverso il diritto penale*” (*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the Regions - Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law*; scaricabile in www.penalcontemporaneo.it, con scheda di commento di E. NICOSIA), nella quale la Commissione europea ha presentato le sue *linee guida* per lo sviluppo futuro della politica criminale dell'Unione europea, esplicitando una serie di i criteri in base ai quali l'Unione europea deciderà in futuro *se, come e quando* ricorrere al diritto penale, nell'ambito delle competenze riconosciute dal Trattato di Lisbona, per garantire l'efficace attuazione delle sue politiche nelle diverse materie di sua competenza.

²⁵ Sul ruolo del Parlamento europeo, anche in rapporto a quello dei Parlamenti nazionali, tra i vari lavori, si segnalano R. MASTROIANNI, *Procedimento legislativo comunitario e ruolo dei Parlamenti nazionali: è davvero un passo avanti?*, in *Il “dialogo” tra parlamenti: obiettivi e risultati*, a cura di C. DECARO e N. LUPO, Roma, 2009, p. 339 ss. e C. FASONE - N. LUPO, *Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 329 ss.

²⁶ Nel caso in cui cioè le misure di armonizzazione extrapenale di cui le direttive penali mirano a garantire l'efficacia siano adottate con procedure legislative speciali, nelle quali il Parlamento vede ancor più attenuate le proprie prerogative, limitandosi ad essere consultato, senza alcuna potenzialità di veto; si tratta di ipotesi ancor più carenti di legittimazione democratica, come riconosciuto anche da C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 120 ss., il quale tuttavia ritiene che l'adozione di una direttiva attraverso procedure diverse da quella ordinaria rappresenti un'eventualità piuttosto improbabile (seppure non impossibile), proprio in virtù del meccanismo di “equiparazione delle procedure”, che renderà nella grande maggioranza dei casi obbligatoria l'adozione della procedura ordinaria anche per la direttiva di armonizzazione penale”.

vestito dall'istituzione parlamentare nel contesto dell'attuale processo legislativo europeo. Nell'economia del discorso, è utile riepilogare gli essenziali profili procedurali tracciati all'art. 294 TFUE, con l'avvertenza che, essendo la *procedura legislativa ordinaria* in gran parte ricalcata sul modello della già nota codecisione²⁷, in questa sede i due termini saranno utilizzati quali sinonimi.

Schematizzando: in una prima fase la Commissione presenta una proposta al Consiglio e al Parlamento europeo, a fronte della quale – *prima lettura* – il Parlamento adotta la sua posizione e la trasmette al Consiglio; se questi l'approva, l'atto in questione è adottato nella formulazione che corrisponde alla posizione del Parlamento europeo. Se invece il Consiglio non l'approva, adotta una sua posizione e la trasmette al Parlamento europeo, informandolo esaurientemente dei motivi che l'hanno a ciò determinato.

A questo punto – *seconda lettura* – il Parlamento europeo, entro tre mesi dalla comunicazione, può: *a*) approvare la posizione del Consiglio o non pronunciarsi, ed allora l'atto si considera adottato (nella formulazione che corrisponde alla posizione del Consiglio); *b*) respingere, a maggioranza dei membri che lo compongono, la posizione del Consiglio e in tal caso l'atto proposto si considera non adottato; *c*) proporre, sempre a maggioranza dei membri che lo compongono, emendamenti alla posizione del Consiglio, ed il testo così emendato viene comunicato al Consiglio e alla Commissione che formula un parere su tali emendamenti. Entro altri tre mesi dal ricevimento degli emendamenti del Parlamento europeo, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può approvare tutti gli emendamenti, e dunque l'atto si considera adottato; in caso contrario, il presidente del Consiglio, d'intesa con il presidente del Parlamento europeo, convoca entro sei settimane il Comitato di conciliazione. Si tratta di una struttura paritetica, composta da membri o rappresentanti del Consiglio e da rappresentanti del Parlamento europeo, che ha il compito di giungere ad un accordo su un progetto comune a maggioranza qualificata dei membri del Consiglio o dei loro rappresentanti e a maggioranza dei membri rappresentanti il Parlamento europeo entro un termine di sei settimane dalla convocazione, basandosi sulle posizioni del Parlamento europeo e del Consiglio in seconda lettura.

Se entro tale termine il Comitato non approva un progetto comune, l'atto in questione si considera non adottato. Se invece – e siamo alla *terza lettura* – il Comitato lo approva, il Parlamento e il Consiglio dispongono ciascuno di un ulteriore termine di sei settimane dall'approvazione per adottare l'atto in base al progetto comune; il Parlamento europeo delibera a maggioranza dei voti espressi e il Consiglio a maggioranza qualificata. In mancanza di una decisione, l'atto si considera non adottato.

Al di là della evidente complessità e farraginosità del procedimento, l'interrogativo da porsi è se la procedura, così congegnata, sia conforme, ed in che misura, ai principi procedurali di garanzia tipici di una democrazia rappresentativa, incentrata sulla capacità di con-

²⁷ Una distinzione tra la procedura di *codecisione*, di cui all'art. 251 TCE, e la procedura *ordinaria* di cui all'art. 294 TFUE, con accenti critici sui passi avanti che quest'ultima avrebbe introdotto nel cammino di democratizzazione del procedimento legislativo europeo, in C. SIMONCINI, *I limiti del coinvolgimento del Parlamento europeo nei processi di decisione normativa*, in *Riv. dir. pubbl. comun.*, 2009, p. 1224 ss.

fronto tra forze politiche disomogenee. In altri termini, ci si chiede se gli atti *penali* europei che ne possono scaturire siano realmente espressione di una dialettica tra maggioranza e opposizione, sottoposti al vaglio di un organo legittimato che, in quanto rappresentativo, appaia capace di effettuare scelte di incriminazione in aderenza al fondamento di garanzia del *nullum crimen sine lege*, in quel “rapporto di consenso rigorosamente democratico tra i cittadini e l’organo che detiene tale potestà”²⁸.

2.3. È sufficiente una codecisione in democrazia?

Ciò che da subito risalta è una macroscopica lacuna in termini di garanzia sostanziale, collegata al fatto che il Parlamento europeo è sì titolare di un *potere propositivo di emendamenti*, ma è del tutto privo del potere di *iniziativa legislativa*²⁹, l’unico davvero espressivo della capacità di ponderazione di valori ed interessi meritevoli di tutela e di regolamentazione a livello primario, tuttavia ancora oggi affidato alla Commissione³⁰. Si può parlare di una sorta di ‘partenariato speciale’ tra il Parlamento e la Commissione, in una sovrapposizione di piani e competenze tra poteri tradizionalmente distinti, che si traduce nella sola *possibilità di condizionamento* del primo sulla seconda, o al più in una funzione interdittiva, dovendo la Commissione semplicemente “tenere conto anche delle posizioni del Parlamento per avere maggiori *chances* a che la sua proposta sia portata avanti nei termini dalla stessa confezionati”³¹. La procedura di codecisione, in sostanza, prevedendo l’adozione congiunta dell’atto da parte del Consiglio e del Parlamento europeo, non fa altro che riconoscere a quest’ultimo un mero *potere di veto*, senza che, in assenza dell’accordo del Consiglio, possa in alcun modo orientare l’azione dell’Unione secondo il suo volere, come una reale democrazia rappresentativa richiederebbe³². È l’idea stessa della codecisione a svelare in materia penale un’insanabile incoerenza di fondo, giacché “in democrazia solo i rappresentanti del popolo possono decidere legittimamente – e non “co-decidere” – in relazione alla limitazione dei diritti fondamentali dell’individuo: libertà, personalità, dignità che vengono normalmente in questione nei rapporti di diritto penale”³³.

Non meno significative appaiono anche le riserve sulla *capacità rappresentativa* del Par-

²⁸ M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., p. 27.

²⁹ C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 254 ss.; ID., *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, in *questa rivista*, 2007, p. 396 ss.; L. MAGI, *Attribuzione alla “nuova” unione di poteri normativi in materia penale nonostante un persistente deficit democratico: possibile contrasto con il principio costituzionale di riserva di legge?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 1545 ss.

³⁰ In questo senso, C. PAONESSA, *L’avanzamento del “diritto penale europeo” dopo il Trattato di Lisbona*, in *Giust. pen.*, 2010, I, c. 315 ss.

³¹ S. SASSI, *I rappresentanti di interessi nel contesto europeo*, Milano, 2012, p. 83.

³² U. DRAETTA, *I principi democratici dell’Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2008, p. 515 ss.

³³ S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 929 e, in precedenza, ID., *La politica criminale del Corpus juris: dal Corpus juris al diritto penale europeo?*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1425 ss.

lamento europeo³⁴, non solo in ragione della inadeguatezza allo scopo dei meccanismi di voto e della segnalata scarsa incidenza sulla decisione finale, ma anche per una duplice, ontologica carenza: anzitutto, di una vera e propria potenzialità dialettica interna³⁵, che sia riconducibile ad un modello di contrapposizione argomentativa tra maggioranza che propone ed opposizione che controlla, interloquisce e si confronta; inoltre, di una sfera pubblica e di un popolo europeo, “in seno al quale maturino le istanze di tutela ed i comuni giudizi di disvalore sottesi a tali istanze”³⁶; lacuna peraltro colmabile solo attraverso una radicale politica di integrazione sociale, e non solo economica³⁷. Siamo ben lontani quindi da un’effettiva pienezza di poteri riconosciuti all’Assemblea parlamentare³⁸, allo stato ancora incapace di far sì che il voto degli elettori sia in grado di influenzare significativamente le scelte adottate a livello europeo³⁹. L’inevitabile effetto che ne può scaturire è quello della produzione di un diritto penale “a vocazione universale”, che “tende ad ignorare la realtà e le esigenze di quel *demos* nazionale in nome del quale è stata eretta la garantistica forza della legalità penale”⁴⁰.

Né, peraltro, si può cogliere un segnale risolutivo in chiave di garanzia nella c.d. *clausola di salvaguardia* (o freno di emergenza) di cui all’art. 83.3. TFUE, che come detto consente ad uno Stato membro di determinare la sospensione della procedura legislativa ordinaria qualora ritenga che l’atto in corso di adozione si ponga in contrasto con un aspetto fondamentale del proprio ordinamento giuridico⁴¹; invero, la gestione di tale strumento oblitera il ruolo delle assemblee legislative interne, venendo attribuito “soltanto ai membri del Consiglio – ovvero a rappresentanti di ciascuno Stato membro a livello ministeriale

³⁴ Per un puntuale compendio delle quali, appare davvero formativa la lettura della richiamata sentenza del 30 giugno 2009 del *BundesVerfassungsgericht*, nella quale – come è noto – si è ravvisata all’interno del sistema europeo una profonda lesione del principio democratico e del sistema di rappresentanza interna proprio per il criterio adottato dal trattato in ordine alla composizione del Parlamento europeo.

³⁵ Da taluno ritenuta addirittura un “punto di forza, e non di debolezza, dell’organo rappresentativo dell’Unione” (C. GRANDI, *Le «qualità» della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 396).

³⁶ R. SICURELLA, «*Prove tecniche» per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale*, cit., p. 19.

³⁷ In questa prospettiva, si vedano le recenti e stimolanti riflessioni, da angolature differenti (ma tutte a sfondo problematico), di J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2012, p. 45 ss., di U. BECK, *La crisi dell’Europa*, Bologna, 2012, p. 9 ss., di V. KLAUS, *Integrazione europea senza illusioni*, Milano, 2012, p. 95 ss.; Z. BAUMAN, *L’Europa è un’avventura*, Roma-Bari, 2012, p. 143 ss.; di H. M. ENZENSBERGER, *Il mostro buono di Bruxelles. Ovvero l’Europa sotto tutela*, Torino, 2013, p. 28 ss. e di E. MORIN - M. CERUTI, *La nostra Europa*, Milano, 2013, p. 37 ss.

³⁸ Come evidenziato da P. PIRODDI, *Il Parlamento europeo nel Trattato di Lisbona tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, p. 810.

³⁹ M. P. IADICICCO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell’ordinamento interno e comunitario*, Torino, 2006, p. 177 ss.

⁴⁰ F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011, p. 38.

⁴¹ Così, ad esempio, R. SICURELLA, «*Prove tecniche» per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale*, cit., p. 20 ss.

competente per la materia trattata – il potere di chiedere che (...) sia investito della questione il Consiglio europeo, composto dai capi di Stato o di governo degli Stati membri, dal suo presidente e dal presidente della Commissione”⁴².

In definitiva, può dirsi che non basta e non può bastare prevedere una codecisione, se è vero – come si è tentato di dimostrare – che il modello così delineato manca dei requisiti minimi per corrispondere alla *ratio* garantista della riserva di legge⁴³: è del tutto sfumata, relegata sullo sfondo, la necessità di *tenere a debita distanza* dalle scelte di criminalizzazione quello che corrisponde, a livello sovranazionale, all’espressione del potere esecutivo, respingendone i possibili sconfinamenti e rimettendo al potere dotato di piena legittimazione democratica, quello legislativo, il monopolio normativo penale⁴⁴. Nella medesima direzione culturale va a collocarsi anche la ormai celebre e più volte richiamata sentenza del 30 giugno 2009 con cui il *BundesVerfassungsgericht* si è pronunciato sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con la Legge Fondamentale tedesca, riconoscendo esplicitamente che materie come quella dell’amministrazione del diritto penale appartengono al regime di inalienabilità del potere costituente e della sovranità, non mancando di rimarcare il ruolo fondamentale svolto dalle procedure parlamentari di decisione democratica riguardo a meritevolezza di pena dei comportamenti punibili, rango del bene giuridico tutelato, significato e misura della minaccia penale (§ 253).

Manca di reale significatività a livello europeo il pilastro su cui poggiano le compiute architetture democratiche, e cioè il presupposto che le decisioni politico-criminali siano frutto di una scelta dialettica, che solo attraverso le potenzialità discorsive che maturano nelle sedi elettive può germogliare. Da questo punto di vista, appare lontana l’emersione “nell’ambito delle relazioni fra i massimi organi di direzione politica dell’Unione di un rapporto fra maggioranza e opposizione in qualche modo comparabile con quello presente nelle democrazie degli Stati membri”, e vengono ad assumere nella vita istituzionale dell’Unione una sempre più rilevante incidenza istanze di carattere non politico e tipicamente antimaggioritarie, di stampo burocratico ed economico⁴⁵, che si convertono in decisioni *tecniche* e, in quanto tali, per definizione *irresponsabili*, con gli annessi rischi di entropia democratica che, dinanzi all’esigenza di supportare un percorso di sviluppo ampio e complesso cui l’Unione sta andando incontro, assumono dimensioni macroscopiche.

In ogni caso, si è osservato, “anche quando non sono meramente (o anche solo apparentemente) tecniche, le decisioni comunitarie non innescano i meccanismi tipici della responsabilità politica, per la semplice ragione che la Commissione (ammesso che si tratti del vero esecutivo comunitario) e il Parlamento europeo non sono legati dal medesimo

⁴² C. PAONESSA, *L'avanzamento del “diritto penale europeo” dopo il Trattato di Lisbona*, cit., c. 315; Id., *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 253.

⁴³ In questo senso anche E. MEZZETTI, *L'internazionalizzazione della legge penale*, in *La legge penale*, cit., p. 173.

⁴⁴ In tal senso, già F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 245 ss.

⁴⁵ G. RIZZONI, *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa. Ordinamenti europei a confronto*, Bologna, 2012, p. 329 ss.

rapporto fiduciario che invece stringe i governi alle assemblee rappresentative nelle forme di governo parlamentari”; del resto, ogni volta che si nega il persistente *deficit* democratico delle istituzioni europee, “osservando che il Parlamento europeo viene eletto dai cittadini dei singoli Stati e che gli altri organi comunitari hanno comunque una legittimazione democratica indiretta, si trascura l’elemento essenziale della responsabilità politica: non può avere un rendimento democraticamente soddisfacente un sistema che non rende politicamente responsabili, di fronte al corpo elettorale, i titolari di poteri di decisione politica”⁴⁶. A ben poco può valere anche il richiamo alla possibile responsabilità politica di ciascun membro del Consiglio europeo dinanzi al proprio Parlamento nazionale (in quanto Capo di Stato o di Governo o membro del Governo nazionale), dal momento che – come è stato messo in evidenza – “la forma di responsabilità cui si fa riferimento è quella inerente al perseguimento degli interessi nazionali e non quelli dell’Unione europea”⁴⁷. Tanto più considerando che, in un vero e proprio triangolo istituzionale, tanto il Consiglio quanto la Commissione “continuano ad essere sottratti al controllo politico del Parlamento europeo, ovvero dell’unico organo dotato di rappresentatività democratica diretta in seno all’Unione” ed oltretutto “l’aver aumentato il potere del Parlamento europeo in funzione del maggior numero di materie per le quali si ricorre alla procedura di codecisione non ha comportato una conseguente e necessaria configurazione di questa Istituzione alla stregua di una assemblea legislativa assimilabile, in buona misura, al modello dei Parlamenti nazionali attraverso un corrispondente indebolimento del potere decisionale del Consiglio”⁴⁸.

Non è un caso se di recente si è osservato come, “sotto il profilo della riserva di legge, in realtà, la procedura legislativa ordinaria non si discosterebbe da quella che, nel nostro ordinamento, porta all’emanazione di leggi mediante decretazione d’urgenza e dal decreto legislativo”, pur traendone spunto per sostenere che, di conseguenza, “il cosiddetto *deficit* democratico sembra un ostacolo non più insormontabile per configurare una potestà legislativa penale in capo alla UE”, atteso che “non pare sia più spendibile una lettura eccessivamente restrittiva dell’art. 25, 2 co., Cost.”⁴⁹.

In realtà, in una sorta di eterogenesi dei fini, l’argomento offre spunti ulteriori in senso diametralmente opposto. Infatti, senza volersi addentrare nella tematica relativa alla compatibilità degli atti aventi forza di legge con la materia penale, ed in particolare a quelli relativi alla delega legislativa⁵⁰, si può comunque replicare che la procedura attraverso la quale si giunge all’emanazione di decreti legge e decreti legislativi si discosta strutturalmente dal modello di codecisione, almeno nei suoi tratti essenziali, implicando un differente ruolo dell’organo rappresentativo, il quale semmai *volontariamente* o *per inerzia* sminuisce

⁴⁶ M. LUCIANI, *Integrazione europea, sovranità statale e sovranità popolare*, in *XXI Secolo. Norme e idee*, Roma, 2009, p. 344.

⁴⁷ C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 255 ss.

⁴⁸ A. L. VALVO, *Il Trattato di Lisbona e l’irrisolta questione del deficit di democrazia*, cit., p. 98.

⁴⁹ Da parte di G. SALCUNI, *L’uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, p. 461 ss.

⁵⁰ Sui quali, sia consentito rinviare a C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, p. 171 ss.

le prerogative che pure la Costituzione gli riconosce (come, ad esempio, laddove faccia ricorso alla predisposizione di principi e criteri direttivi vaghi nella delegazione legislativa). Inoltre, è lo stesso paradigma del diritto penale governativo, portato a modello di riferimento, ad apparire ampiamente insufficiente ad assicurare la *ratio* di garanzia della riserva di legge in materia penale, giacché una lettura *forte* dell'art. 25, co. 2 Cost., come si è sin qui tentato di dimostrare, non solo è ancora spendibile, ma addirittura auspicabile, qualora si concordi che il fondamento di garanzia che sta alla base della legalità penale conservi una perdurante vitalità⁵¹.

2.4. *La marginalizzazione della fase discendente e la nuova legge di delegazione europea*

Una possibile strada alternativa, circoscritta a livello nazionale, potrebbe essere quella di valorizzare il margine di manovra del Parlamento nazionale nell'ambito della c.d. fase *discendente*. Tuttavia, come è ben noto, tale passaggio, che dovrebbe offrire piena legittimazione interna alle scelte di politica criminale compiute in sede sovranazionale, ha sino ad oggi offerto risposte poco soddisfacenti, in virtù della problematicità e della dubbia idoneità dello strumento attraverso il quale le opzioni sovranazionali di politica criminale contenute nelle direttive irrompono nell'ordinamento nazionale.

In estrema sintesi, già sul finire degli anni '80 si è ritenuto di poter contemperare le esigenze di attuazione delle direttive e di rispetto della sovranità parlamentare attraverso lo schema dell'*atto interno di recepimento*. A tal fine, la strada prescelta è stata quella della c.d. *legge comunitaria*, che, disciplinata dapprima con legge 9 marzo 1989 n. 86 (c.d. legge *La Pergola*) e quindi con legge 4 febbraio 2005, n. 11 (c.d. legge *Buttiglione*), ha sostanzialmente rimesso al singolo provvedimento annuale l'onere di graduare l'uso delle diverse tecniche normative, tenendo conto soprattutto della natura dell'adempimento⁵². Laddove vi fossero da introdurre norme penali, si è sempre optato per il ricorso ad una delega al Governo; il che ha potenziato tutte le perplessità sollevate a proposito dei decreti delegati quali fonti di norme penali, se possibile ulteriormente accentuate dalla discutibile scelta di rendere la legge comunitaria una sorta di "contenitore di disposizioni eterogenee, connesse solo da un legame labile o pretestuoso con il fine della conformazione dell'ordinamento agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea"⁵³, con l'effetto di allungare in maniera sproporzionata l'*iter* di approvazione⁵⁴. Così, non stupisce che la dottrina costituzio-

⁵¹ Come ribadito, ancora una volta e di recente, e con particolare riferimento anche ai fondamenti procedurali di garanzia, dalla Corte costituzionale, nella sentenza 12 ottobre 2012, n. 230 (in www.penalecontemporaneo.it).

⁵² Ricostruiscono esaustivamente finalità, caratteristiche e limiti della legge comunitaria M. CARTABIA - M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2011, p. 101 ss.

⁵³ E. COTTU, *Morte e trasfigurazione di una legge comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, p. 1383.

⁵⁴ L'esame parlamentare del disegno di legge comunitaria è ricostruito con precisione in R. DICKMANN, *Il Parlamento italiano*, Napoli, 2011, p. 184 ss.

nalistica abbia mostrato da subito forti perplessità, denunciando il rischio di un radicale stravolgimento della fisiologia dei rapporti tra potere esecutivo e potere legislativo nella fase di attuazione *per delega* degli obblighi comunitari, risultando il Parlamento “del tutto estraneo al circuito decisionale, che si esaurisce tra le istituzioni comunitarie e l'esecutivo nazionale”⁵⁵, e venendosi ad ingenerare il paradosso “in cui l'esecutivo, partecipando al Consiglio della comunità, detterebbe a se stesso i principi e i limiti cui attenersi nell'esercizio della legislazione delegata”⁵⁶. Sono, infatti, proprio le direttive richiamate dalla legge di delega a fissare, seppure in via *formalmente* mediata, i principi ed i criteri direttivi, a divenire cioè la “vera fonte dei principi sostanziali ai quali devono uniformarsi i decreti legislativi”⁵⁷.

Né peraltro tali guasti sono stati in alcun modo ovviati dalla recente riforma apportata dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234, recante “*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*”⁵⁸. In termini generali, il provvedimento innova, sostituendola integralmente, la legge n. 11 del 2005, introducendo una riforma organica delle norme che regolano la partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa europea, in ragione delle modifiche nel frattempo intervenute nell'assetto dell'Unione europea a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. La legge, che si compone di ben 61 articoli, divisi in nove capi, ambisce ad incidere tanto sulla formazione del diritto Ue (fase *ascendente*), quanto sugli adempimenti degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione (fase *discendente*).

Per quanto concerne quest'ultima, si è operata una riorganizzazione del processo di recepimento della normativa europea, con lo sdoppiamento della (ormai *ex*) legge comunitaria in due distinti provvedimenti: la *legge di delegazione europea*, da presentare alle Camere entro il 28 febbraio di ogni anno, il cui contenuto sarà limitato alle disposizioni di delega necessarie per il recepimento delle direttive comunitarie, e la *legge europea* che, più in generale, conterrà disposizioni volte a garantire l'adeguamento dell'ordinamento interno a quello europeo e per la quale non viene stabilito un termine specifico di presentazione, essendo questa eventuale, ma non necessaria. Più in particolare, l'art. 31 disciplina la procedura per l'esercizio delle deleghe conferite al Governo, l'art. 32 detta i principi ed i criteri generali di delega e l'art. 33 regola la delega per la disciplina sanzionatoria di violazioni di atti normativi europei.

⁵⁵ M. CARTABIA, *Principi della delega determinati con rinvio alle norme comunitarie e parametro doppiamente interposto*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2044 ss.

⁵⁶ Ancora M. CARTABIA, *Principi della delega determinati con rinvio alle norme comunitarie e parametro doppiamente interposto*, cit., p. 2051.

⁵⁷ A. BONOMI, *Le leggi comunitarie e la delimitazione dei principi e dei criteri direttivi per rinvio alle direttive comunitarie nelle materie coperte da riserva di legge (aspetti problematici)*, in *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, a cura di E. ROSSI, Padova, 2009, p. 294.

⁵⁸ Un primo commento in A. ESPOSITO, *La legge 24 dicembre 2012, n. 234, sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea. Parte I – Riflessioni sul ruolo delle Camere*, in *www.federalismi.it*, n. 2/2012.

Orbene, in una prospettiva penalistica, va detto che i guasti connessi alla delegazione legislativa non possono dirsi sanati; anzi se possibile i profili patologici risultano addirittura aumentati a seguito della discutibile scelta di cristallizzare una volta per tutte – alla lettera *d*) del primo comma dell'art. 32 – un modello di principi e criteri sanzionatori di massima, così sottraendoli alle valutazioni annuali del Parlamento⁵⁹. Il meccanismo risulta così affetto, sul piano applicativo, da un *vizio di fondo* difficilmente superabile, quello di accrescere in campo penale il *protagonismo* dell'esecutivo tipicamente connaturato all'istituto della delega. Infatti, nonostante l'intento di snellire, la legge di delegazione europea continuerà fisiologicamente a contenere una delega alla traduzione di direttive, le più eterogenee quanto alle materie disciplinate; e proprio questa eterogeneità fa sì che i criteri della *delega sanzionatoria*, pur in sé apprezzabili, non siano altro che *generalissimi principi orientativi di politica sanzionatoria*, come tali rimessi interamente all'esecutivo per la loro concretizzazione⁶⁰: “principi e criteri assolutamente privi di contenuto precettivo, tendenzialmente tautologici, e sempre identici a se stessi”⁶¹.

L'estrema genericità dei criteri non può che tradursi allora in un ampliamento dei margini di discrezionalità rimessa al delegato, che coinvolge tanto la *facoltà* di scelta rimessa al Governo sull'*an* e sul *quomodo* del ricorso alla sanzione penale – e quindi la decisione circa la meritevolezza e il bisogno della pena in relazione ad un bene –, quanto la determinazione dell'apparato sanzionatorio. Se a tutto ciò si aggiunge la *tendenza delle direttive comunitarie a farsi sempre più stringenti e dettagliate* per quanto riguarda il profilo sanzionatorio in genere, e penale in specie, ci si può facilmente rendere conto di come la produzione

⁵⁹ Basti riflettere, in proposito, sul tenore dell'art. 32, co. 1, lett. *d*) e alla vaghezza dei parametri cui il Governo è tenuto ad attenersi nelle scelte di criminalizzazione delle infrazioni alle disposizioni dei decreti (richiamati anche all'art. 33 rispetto alle sanzioni per le violazioni di obblighi contenuti in direttive europee attuate in via regolamentare o amministrativa): “i casi in cui le infrazioni ledano o espongano a pericolo *interessi costituzionalmente protetti*”; il riferimento alle “infrazioni che espongano a pericolo o danneggino l'interesse protetto” o a quelle “che rechino un danno di particolare gravità”; la determinazione dell'entità delle sanzioni “tenendo conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto, di specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza, nonché del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce”. È indicativo che anche la Corte costituzionale, pur all'interno di un atteggiamento estremamente cauto nel sindacato sui vizi di costituzionalità dei principi e criteri direttivi delle leggi delega, si sia spinta, con la sent. 28 febbraio 1997, n. 53 (in *Giur. cost.*, 1997, p. 484; nello stesso senso anche C. cost., sent. 30 dicembre 1998, n. 456, in *questa rivista*, 1999, p. 186 ss.), a stigmatizzare la scarsa precisione dei principi e criteri direttivi relativi alle sanzioni penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi delegati.

⁶⁰ Con riferimento alla legge 15 dicembre 2011, n. 217 (*Legge comunitaria 2010*), ed alle molteplici disfunzioni che tale meccanismo di adattamento interno lascia trasparire, coinvolgendo anche l'ambito della materia sanzionatoria, v. E. COTTU, *Morte e trasfigurazione di una legge comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, p. 1373 ss.

⁶¹ Così E. STRADELLA, *Le deleghe legislative per finalità: il caso delle deleghe contenute nelle leggi comunitarie. Analisi delle deleghe comunitarie nella XIV e XV legislatura*, in *Le trasformazioni della delega legislativa*, p. 153.

comunitaria abbia finito nel complesso per comprimere il ruolo della volontà parlamentare in materia penale⁶². Basta scorrere il testo di una qualunque legge delega comunitaria, per cogliere i tratti di una delega tanto *generale* quanto *generica*, per lo più di mero rinvio ai contenuti delle direttive stesse; ciò è peraltro oggi riconosciuto esplicitamente dal primo comma dell'art. 32, nel riferimento ai principi e criteri direttivi "contenuti nelle direttive da attuare".

La democraticità delle scelte si trova stretta tra l'Unione europea, che reclama e assorbe le competenze penali degli Stati, e il Governo, che a sua volta assume ed ingloba la residua discrezionalità politico-criminale. L'erosione della legalità penale avviene così sia dall'*esterno*, tramite l'attrazione delle suddette competenze nazionali in favore della UE, sia dall'*interno*, in forza dell'azione dell'esecutivo, con uno spostamento patologico dell'opzione politico-criminale verso centri decisionali sempre più lontani dal fondamento democratico dell'organo rappresentativo⁶³.

Appare allora chiaro che la *ritirata* del diritto interno, sia in sede di legge delega che di decreto delegato, a favore di quello europeo, da una parte esaspera il *deficit* di democraticità delle fonti sovranazionali e dall'altra accentua il distacco dai crismi costituzionali della delega legislativa, trattandosi di norme il cui contenuto è già stato predefinito al di fuori della legge (delega) parlamentare, senza alcun collegamento sostanziale con la stessa. Può allora dirsi che al *deficit* di legittimazione democratica sovranazionale si somma l'ulteriore *deficit* democratico interno⁶⁴, per la congenita inidoneità dello strumento normativo prescelto, la delega, a salvaguardare le peculiarità della materia penale.

3. *Il ruolo del Parlamento europeo tra democrazia rappresentativa e democrazia deliberativa*

La somma dei fattori, così come sopra ricostruiti, denota una irrisolta problematicità. Non accontentarsi di un ruolo codecisorio dell'organo rappresentativo nelle scelte politico-criminali presuppone che si continui a ritenere insuperato il fondamento su cui si basa la valorizzazione della riserva di legge, e cioè la democrazia rappresentativa come sintesi ideale e praticabile di democrazia.

Di contro, è evidente che le impostazioni volte a ridimensionare la portata garantista della riserva di legge assemblare portano all'abbandono, più o meno esplicito, di tale modello, fondato sul prisma della irrinunciabilità della mediazione legislativa nella formalizza-

⁶² F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 283.

⁶³ Nella medesima prospettiva, C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione*, cit., p. 131.

⁶⁴ Una vigorosa denuncia dei profili problematici connessi alla carenza di legittimazione degli organi europei con riferimento alle scelte di politica criminale, S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 922 ss. (spec. 929); ID., *La politica criminale del Corpus juris: dal Corpus juris al diritto penale europeo?*, in *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2004, p. 48 ss.

zione delle istanze politico criminali⁶⁵. Così, enfatizzando (solo) gli innegabili guasti emersi dalla degenerazione della prassi, letti come fattori di irrimediabile crisi della esclusività del potere legislativo quale fonte del diritto penale, si arriva, in un eccesso di semplificazione, a ritenere che un modello di democrazia che ha palesato tali disfunzioni non vada esportato a livello sovranazionale⁶⁶. L'effetto è quello di sminuire il ruolo di garanzia della fonte scritta a tutto vantaggio di canoni elastici di accessibilità e prevedibilità del diritto (nella sua accezione più ampia che ricomprende, oltre a quello scritto, anche quello di matrice giurisprudenziale). Il discorso, inevitabilmente, spinge nella direzione del pieno riconoscimento, talora ritenuto addirittura ineludibile, della giurisprudenza quale fonte del diritto, anche penale, con un ruolo quantomeno paritario rispetto alla legge⁶⁷; un riconoscimento pieno, dunque, di quel ruolo di co-legislatore nei fatti già assunto⁶⁸, che trova sostegno proprio a livello sovranazionale, ed in particolare nell'impossibilità di poter enucleare dal tenore dell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo una riserva di legge parlamentare; il che autorizzerebbe a ricondurre – oltre alla legge formale – anche la giurisprudenza nell'onnicomprendivo concetto di *diritto* cui la norma fa esplicito riferimento⁶⁹, giungendosi ad una e propria trasfigurazione della riserva di legge in “riserva di diritto”⁷⁰.

Ciò basterebbe, tornando sul terreno del diritto penale, a “revocare in dubbio, o quanto meno a problematizzare, l'idea che la riserva di legge sia realmente riuscita (anche in

⁶⁵ O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2269, recuperando la ricostruzione di M. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Roma-Bari, 2009, p. 57 ss.; ancor più di recente, e nella medesima direzione, ID., *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 8 ss.; a conclusioni analoghe giunge anche G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 67.

⁶⁶ Si oppone a questa forma di semplificazione M. OLIVETTI, voce *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, cit., p. 502.

⁶⁷ È questo l'approdo, tutt'altro che rassicurante, raggiunto ad esempio dalle Sezioni unite della Cassazione, nella sentenza 12 settembre 2012, n. 34952 (in *Cass. pen.*, 2013, p. 52 ss.), la quale – nell'occuparsi della configurabilità del tentativo di rapina impropria – ha dedicato ampio spazio ai vincoli del giudice.

⁶⁸ Per tutti e da ultimo, G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, p. 37 ss.; in senso critico, nella letteratura penalistica, F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, I, c. 259 ss.

⁶⁹ In questi termini, di recente, anche O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1478 ss. Sul riconoscimento della *giurisprudenza-fonte*, seppure all'esito di un percorso differente (fondato su una teoria delle norme giuridiche che, distinguendo tra *disposizioni* e *norme*, riconosce all'interprete uno spazio rilevante per ricavare le vere *norme* applicate dalle *disposizioni* astratte), anche M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale, Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, *passim* (ma spec. p. 51 ss.; 92 ss.); in precedenza, su basi ancora diverse, evidenziano il ruolo produttivo di un diritto vivente rispettoso dei diritti fondamentali della Corte di giustizia 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. 916 ss.

⁷⁰ N. PARISI, *Ancora in tema di riconoscimento reciproco e principio di stretta legalità penale nell'Unione europea: lacune considerazioni a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, cit., p. 2254.

passato) ad assicurare la partecipazione democratica del cittadino alla scelta di politica criminale, almeno nei termini molto lineari ai quali la tradizione ci ha abituati⁷¹, cosicché degli scopi originari della riserva di legge residuerebbe oggi solo il meno rilevante profilo della salvaguardia delle condizioni di conoscibilità del precetto in vista dell'autodeterminazione del singolo, non già quello preminente, vale a dire la legittimazione autenticamente democratica delle scelte di politica penale⁷².

Pur ritenendo il quadro dipinto dalla dottrina (che potremmo definire) dell'*eclissi della riserva di legge* sostanzialmente veritiero – puntuale nella descrizione delle patologie della prassi parlamentare; dell'abuso della formazione governativa; delle interferenze delle fonti di c.d. *soft law* rispetto al nucleo duro del diritto e del rischio di manipolazione massmediatica del controllo della pubblica opinione e nella fotografia del disagio della legalità al cospetto dello stravolgimento dei confini del compito costituzionalmente attribuito al potere giudiziario, divenuto *codecisore* e *colegislatore*, anziché *solo* interprete – e nonostante la suggestione dell'argomentare, non si può celare l'impressione che una così radicale critica colpisca il bersaglio sbagliato, sovrapponendo la crisi del sistema *politico* (crisi *situazionale* e *locale*) a quella del sistema *democratico* (*strutturale* ed *universale*) e, più in generale, addirittura della democrazia rappresentativa⁷³.

A nostro avviso, la crisi non riguarda il modello rappresentativo, bensì la credibilità *nella e della* politica odierna⁷⁴, incarnata plasticamente dalla autoreferenzialità in cui sembra imprigionato il sistema politico, dal sempre più preoccupante accentuarsi della separatezza dei partiti dalla società⁷⁵ e dalla inevitabile e sempre crescente sfiducia dei cittadini che

⁷¹ O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2268.

⁷² O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2270.

⁷³ Sulla fisionomia ed i meccanismi delle trasformazioni istituzionali degli ultimi anni, indagati attraverso l'esame del sistema politico globale, delle moderna struttura della rappresentanza politica, i mutamenti della forma partito e la comparsa di nuovi attori postpolitici, M. PROSPERO, *Politica e società globale*, Roma-Bari, 2004, p. 82 ss. (con specifico riferimento a "rappresentanza e governabilità" ed al "crepuscolo del Parlamento"), nonché, ovviamente, C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003, *passim* (spec. p. 79 ss.).

⁷⁴ Con lucidità analizza il fenomeno, da ultimo, G. RIZZONI, *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa*, cit., p. 203 ss., nonché, con la consueta forza evocativa, L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012, p. 174.

⁷⁵ Crisi che se se non prontamente fronteggiata, rischia di debordare verso forme di populismo e/o antipolitica, oggi pericolosamente alle porte, col rischio addirittura di regressi a forme di vera e propria demofobia. Sul tema, la bibliografia è talmente vasta e poliedrica da non poterne dare neanche una rassegna di massima; limitandoci perciò solo ad alcuni degli ultimissimi lavori, con particolare riferimento al contesto italiano v. C. GALLI, *L'Italia tra tecnocrazia, astensionismo e grillismo*, in *Italianieuropei*, 7/2012, p. 17 ss., nonché N. URBINATI, *La retorica dell'antipolitica*, ivi, p. 26 ss. e ID., *La rinascita della politica*, ivi, 2/2013, p. 35 ss.; copiosa ovviamente anche l'analisi delle cause della trasformazione prima e del declino poi dei partiti; si vedano, ad esempio, L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, 2011, p. 33 ss.; P. IGNAZI, *Forza senza legittimità. Il vicolo cieco dei partiti*, Roma-Bari, 2012, p. 16 ss.; M. PROSPERO, *Il Partito politico. Teorie e modelli*, Roma, 2012, p. 31 ss.; M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino, 2013, p. 10 ss.; G. PASQUINO, *Finale di partita. Tramonto di una Repubblica*, Milano, 2013, p. 67 ss.

ne consegue. Una carenza di rappresentanza legata alla contingenza del sistema partitico, quindi; e come tale emendabile attraverso un rafforzamento della partecipazione politica, migliorando il meccanismo elettorale e abbandonando “il mito della governabilità a tutti i costi e la perversione tecnocratica che hanno imposto leggi elettorali sempre più complesse (...) e sempre meno espressive di una rappresentanza reale”⁷⁶, così da consentire l’effettiva attivazione di quel penetrante sindacato di responsabilità politica che accresce il livello di partecipazione democratica in seno all’organo rappresentativo, riattivando in un quadro di *democrazia coinvolgente* l’imprescindibile dinamica circolare del rapporto tra elettori ed eletti che sembra del tutto assente dal contesto istituzionale europeo e senza la quale si assottiglia pericolosamente il confine con ipotesi di aristocratica tecnocrazia⁷⁷.

Peraltro, l’esigenza di adeguare o tentare di adeguare gli istituti giuridici alle mutazioni che si producono continuamente negli assetti sociali e politici e ne mutano profondamente il senso e la funzione porta ad escludere che debba essere riproposto a livello sovranazionale un modello esattamente identico – inemendato dai guasti e dalle distorsioni della contingenza interna –, potendosi invece ben immaginare uno schema che, non riducendo il ruolo delle assemblee negli angusti confini di una mera codecisione, si adatti all’insopprimibile esigenza di effettività della partecipazione e della connessa responsabilità politica. Anzi, con tutta probabilità proprio un incremento del ruolo parlamentare in politiche come quelle legate allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia *politicizzerà* le scelte dell’Unione, attivando un circuito politico ed una comunità dialettica a base discorsiva, utile a fondare uno spirito partecipativo e a soddisfare il bisogno di rappresentanza a livello sovranazionale.

Per questa via, allora, si potrà anche ridimensionare la radicalità delle critiche al sistema di democrazia rappresentativa di chi auspica l’approdo ad un modello di *democrazia deliberativa*⁷⁸, da intendersi quale processo di argomentazione e discussione che richiede che si instauri un confronto fra i punti di vista presenti nella società sul problema in discussione⁷⁹,

⁷⁶ G. AZZARITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. V, sez. I. *Della democrazia e delle sue dinamiche*, Napoli, 2009, p. 1797.

⁷⁷ Il risvolto tecnico – o meglio *tecnocratico* – collegato a talune drastiche scelte in termini di rigore finanziario compiute dinanzi alla crisi economica degli ultimi anni a livello interno, ma su chiara dettatura sovranazionale, ha stimolato riflessioni critiche sul ruolo del costituzionalismo e del diritto costituzionale in rapporto ai paradigmi tradizionali della sovranità nazionale e del principio democratico; si vedano i contributi raccolti nel volume collettaneo *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, a cura di F. ANGELINI - M. BENVENUTI, Napoli, 2012, nonché il lavoro monografico di G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, *passim* (ma spec. p. 89 ss.).

⁷⁸ O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2270.

⁷⁹ F. RANILOLO, *Partecipazione politica e qualità della democrazia*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 19, Torino, 2009, p. 118; per un quadro definitorio, con ampi riferimenti alle differenti sfumature che connotano democrazia deliberativa e democrazia partecipativa, M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006, p. 68 ss.; U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IV, Milano, 2011, p. 295 ss.; v. V. PAZÈ, *Partecipazione, deliberazione e bene comune*,

avendo cioè come obiettivo “non già il mero aggregato di preferenze individuali, ma una seria capacità di discussione e deliberazione pubblica”, pensando “in termini non di aumento delle categorie di persone che potrebbero essere titolate a partecipare politicamente (...), bensì di condizioni giustificative dell’*intesa*”⁸⁰. Modello fluido, incentrato sulla valorizzazione della ‘qualità’ della partecipazione (che evidentemente si dovrebbe tradurre in decisioni ‘migliori’⁸¹), che implica fisiologicamente una selezione dei partecipanti alla deliberazione e che, a ben vedere, nonostante la solenne affermazione contenuta all’art. 10, par. 1, TUE (per la quale il funzionamento dell’Unione «si fonda sulla democrazia rappresentativa») ⁸², costituisce il retroterra culturale della procedura di codecisione in campo politico-criminale⁸³; un quadro ideologico entro cui collocare la figura di un Parlamento sovranazionale mero ‘interlocutore’ della Commissione, cui è rimessa l’ultima parola.

4. *Il peso dei principi procedurali della democrazia penale*

Riepilogando i passaggi sin qui svolti e tirando le fila del discorso, possiamo provare a segnare alcuni punti fermi.

Ancora oggi l’Unione europea è priva di una potestà punitiva penale propria: “nonostante la notevole evoluzione del sistema giuridico europeo, il *deficit* democratico che ancora caratterizza gli organi e gli atti legislativi dell’Unione è tale che gli Stati, per ragioni costituzionali oltre che politiche, mal sopporterebbero una competenza penale propria dell’Unione”⁸⁴. Ciò non esclude, tuttavia, una significativa incidenza sulle scelte politico-criminali degli Stati membri che, seppure formalmente indiretta, finisce per condizionare e limitare, sin quasi ad espropriare, le prerogative dei Parlamenti nazionali in materia penale. Si è peraltro visto come, con il Trattato di Lisbona, si siano ampliati i margini di influenza europea in materia penale senza che si siano al contempo resi *davvero* conformi a *standard* di garanzia democratica i meccanismi decisionali, ancora rimessi al ruolo egemone di organi privi di effettiva rappresentatività. Ancora, sul versante interno, rimane marginale l’apporto del Parlamento rispetto alla formazione del diritto europeo, sia nella fase ascendente che in quella discendente; in questo senso, la recente legge n. 234 del 2012 ha rappresentato un’occasione persa nel

in *Ragion pratica*, 2012, p. 563 ss.; A. Floridia, *La democrazia deliberativa: teorie, processi e sistemi*, Roma, 2012, p. 28 ss.; G. RIZZONI, *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa*, cit., p. 42 ss.

⁸⁰ O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2272. Con particolare vigore argomentativo, C. R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, 2009, p. 15 ss.; ancora di recente, le sfumature (non sempre nitide) dei profili definitori della democrazia deliberativa sono stati ulteriormente approfonditi da R. BIFULCO, voce *Democrazia deliberativa*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IV, Milano, 2011, p. 271.

⁸¹ V. PAZÉ, *Partecipazione, deliberazione e bene comune*, cit., p. 566.

⁸² Sul quale, in senso dubitativo, U. DRAETTA, *I principi democratici dell’Unione europea nel Trattato di Lisbona*, cit., p. 515.

⁸³ In questo senso, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2272.

⁸⁴ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011, p. 130.

cammino di un serio potenziamento della capacità delle assemblee interne di incidere nelle deliberazioni sovranazionali.

Dinanzi alle tinte fosche di questo quadro, è forte la tentazione di cedere – come parte della dottrina sembra incline a fare – alla rassegnazione disincantata dinanzi ai guasti delle contingenti disfunzioni dell’attività parlamentare, così da revocare in dubbio il ruolo decisivo della legge parlamentare e superarne il significato di garanzia, lasciandolo sfumare nella sola conoscibilità e accessibilità della norma; passo successivo è la messa in discussione del modello di democrazia rappresentativa che ne è presupposto e base teorica. Senonché, credendo ancora nel senso della separazione dei poteri e nel tradizionale paradigma della democrazia rappresentativa, si può allontanare l’esigenza di un superamento del principio e delle sue declinazioni, tentando di recuperare il fondamento della riserva di legge – emendandola dei guasti del *contesto* e della *contingenza politica* attuale – e rilanciandone il ruolo ancora determinante *anche* nel diritto penale contemporaneo.

Seguendo questa strada, si è visto che in fondo, ancora oggi – o meglio: *ancora più oggi* –, la riserva di legge consente di garantire il valore della democraticità nelle scelte punitive, proprio perché – e nella misura in cui – esse rappresentano il portato di un confronto dialettico tra le diverse forze politiche che animano l’organo parlamentare, direttamente rappresentative della sovranità popolare. La riserva di legge continua ad assicurare che le scelte politico-criminali compiute – qualunque sia il loro contenuto – maturino attraverso il necessario vaglio di opzioni alternative e di argomenti antagonisti⁸⁵.

L’iter legislativo – ridimensionato nel modello codecisorio a mero potere di veto – è *di per sé* fonte di garanzia, per la virtù dialogica che ne costituisce il fondamento e per la potenzialità democratica che si sprigiona nella funzione di controllo parlamentare, come funzione *condivisa* da maggioranza e opposizione, e cioè esercitata non solo dalle opposizioni ma anche dalla stessa maggioranza, che può porsi quale interlocutore ‘privilegiato’ per *far ragionare* il Governo⁸⁶: l’asse portante della riserva di legge in materia penale sta proprio nell’assicurare efficacemente “sotto il profilo *procedurale* una possibilità di *controllo* democratico sulla legge”⁸⁷. È questo il “*paradigma procedurale della democrazia parlamentare*” che indubbiamente “continua a fornire un valido fondamento di legittimazione della forma ‘classica’ di produzione del diritto penale: la legge”; modello che certamente “non va inteso in un mero, angusto proceduralismo formale – sia pure istituzionalizzato – povero di contenuti, bensì come un procedimento che in tanto può essere

⁸⁵ In questo senso, S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in AA.VV., *Il futuro della Costituzione*, a cura di G. ZAGREBELSKY - P. P. PORTINARO - J. LUTHER, Torino, 1996, p. 204; analogamente, E. DOLCINI, *Leggi penali ‘ad personam’, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 54.

⁸⁶ Sul tema, trai molti, N. LUPO, *Alcuni dati e qualche considerazione sulle procedure (tradizionali e nuove) di controllo parlamentare*, in AA.VV., *Maggioranza e opposizioni nelle procedure parlamentari. Atti del ciclo di seminari svolto in collaborazione con il Senato della Repubblica e la Camera dei deputati*, a cura di E. ROSSI, Padova, 2004, p. 124.

⁸⁷ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 2007, p. 1294; nello stesso senso, F. GIUNTA, voce *Riserva di legge*, in *Diritto penale. I dizionari sistematici*, a cura di F. GIUNTA, Milano, 2008, p. 42.

riconosciuto legittimo, in quanto materialmente orientato alla tutela ed al libero esercizio di diritti fondamentali ed al loro interno anche la libertà partecipativa dei consociati alla produzione del diritto⁸⁸ e che, in questi termini, ancora oggi conserva intatta la sua portata garantista, soprattutto con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, al cui apice vi è la libertà personale.

Torniamo ancora, nella circolarità argomentativa che delinea il percorso, al collegamento tra modello rappresentativo e modello procedurale; anzi, mutuando il titolo di un recente saggio, siamo giunti al punto di dare il giusto riconoscimento ai *principi procedurali della democrazia*⁸⁹ ed al correlato paradigma, fondato su una condivisione valoriale a monte, incentrata per l'appunto sulle modalità attraverso le quali decisioni di rilevanza collettiva vengono prese, più che sul loro merito o sul loro contenuto, che rientrano in profili di garanzia distinti e successivi. Come è stato bene osservato, le teorie procedurali della democrazia, ponendo l'accento sul *modo* in cui vengono prese le decisioni, "sono più adatte a giustificare la fedeltà al principio democratico dell'eguaglianza politica indipendentemente dalle circostanze contingenti che possono influire sugli esiti che essa è in grado di produrre", a differenza delle giustificazioni strumentaliste, le quali "lasciano sempre aperta la possibilità che le istituzioni democratiche debbano essere abbandonate, o profondamente stravolte, qualora risultino inadeguate allo scopo"⁹⁰; evenienza che palesa tutta la sua insidiosità, sol che si ponga mente alla varietà di circostanze e fattori in grado di influenzare i processi di scelta democratici ed i relativi esiti.

È dunque il procedimento legislativo che consente un effettivo coinvolgimento delle forze rappresentative nel momento di compiere le scelte di criminalizzazione, attraverso l'esercizio ed il riconoscimento della *pretesa* di esercitare un ruolo correlato allo svolgimento dell'indirizzo di governo; le forme giuridiche di tale legittimazione ed i suoi limiti non possono che coincidere con le – o, al più, derivare dalle – forme dei procedimenti assembleari⁹¹. Proprio in questa prospettiva, allora, i timidissimi passi avanti compiuti a livello europeo con il Trattato di Lisbona in relazione ai principi procedurali dell'organo rappresentativo assembleare non paiono sufficienti a ridurre la distanza dai principi costituzionali di garanzia fondanti il 'nocciolo duro' del nostro sistema penale, che l'odierno interventismo sovranazionale inevitabilmente palesa.

⁸⁸ S. MOCCIA, *Qualche considerazione su auctoritas doctorum e rispetto dei principi*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. INSOLERA, Bologna, 2005, p. 58.

⁸⁹ V. OTTONELLI, *I principi procedurali della democrazia*, Bologna, 2012.

⁹⁰ V. OTTONELLI, *I principi procedurali della democrazia*, cit., p. 8.

⁹¹ L'impostazione procedimentale, con un recupero del nucleo rappresentativo attraverso il connubio rappresentanza – partecipazione politica – responsabilità e soprattutto con le richiamate garanzie dialettiche, consente di scansare il rischio di aprire la porta a tentazioni verso una "legislazione di qualità", più consona "alla traduzione tecnica di scelte di valore già effettuate che all'effettuazione di tali scelte", evocando una "concezione aristocratica dell'attività legislativa, che sostituisce al mito della democraticità della legge quello della sua qualità" (F. GIUNTA, voce *Riserva di legge*, cit., p. 42).

5. La strada per una possibile soluzione

La riserva di legge – letta, conformemente alla propria *ratio* ed alla propria origine, come presidio a tutela della divisione dei poteri, del principio democratico e della rappresentatività nelle scelte politico-criminali – presuppone la presenza di un organo rappresentativo il quale, all’esito di un percorso dialettico assicurato da taluni essenziali crismi procedurali, possa legittimamente imporre restrizioni al bene primario della libertà personale; il che non necessariamente implica di interpretarla anche (e solo) come riserva di legge *statale*, ma di certo come riserva di legge *democratica*, cioè promanante da un organo che ne incarni i caratteri costitutivi (tra cui, per l’appunto, la separazione dei poteri ed il limite all’intervento del potere esecutivo in materia penale).

In quest’ottica, ci si potrebbe anche spingere – nell’attesa, forse troppo ottimistica, che venga colmato ogni esiziale *deficit* di rappresentatività democratica – ad invocare l’art. 25 Cost. come *controlimite* (secondo l’accezione della categoria elaborata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana⁹² ed anche alla luce della relativa recente *europetizzazione*

⁹² Con la dottrina dei controlimiti, esposta e perfezionata in tre sentenze ormai divenute storiche (e cioè la sent. 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2401 ss.; la sent. 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*, *ivi*, 1984, p. 1098 ss. e la sent. 21 aprile 1989, n. 232, *Fragd*, *ivi*, p. 1101 ss.; importanti riferimenti, tra le altre, anche nelle sentenze “gemelle” 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 (*ivi*, 2007, p. 3475 ss.) e, ancor più di recente, nella sent. 24 giugno 2010, n. 227, *ivi*, 2010, p. 2598 ss.), la Corte costituzionale ha introdotto un peculiare congegno argomentativo di garanzia, destinato a fungere da ‘contropartita’ alle limitazioni di sovranità sofferte dall’ordinamento interno ed a conservare l’identità del tipo di Stato configurato dalla Costituzione. In questa prospettiva, le limitazioni alla sovranità sarebbero riconosciute ed accettate solo nella misura in cui non intacchino i principi fondamentali dell’ordinamento stesso ed i diritti inviolabili della persona umana, in sostanza quel “nucleo intangibile” rappresentato dai principi supremi dell’ordinamento costituzionale che, richiamando le parole della Corte (sent. 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Giur. cost.*, 1988, p. 5556 ss.), “non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali”; a tal fine la Corte, riservando al proprio esclusivo sindacato la protezione della intangibilità del nucleo essenziale dei diritti inalienabili della persona, delinea una sorta di *contrappeso* al primato ed all’effetto diretto del diritto sovranazionale, alla cui disponibilità pertanto vengono così sottratti alcuni valori costituzionali (nella vastissima bibliografia sul tema, ci si limita a rinviare per tutti al fondamentale lavoro di M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 95 ss.; più di recente, v. anche A. CELOTTO - T. GROPPI, *Diritto UE e diritti nazionali: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 1309 ss., nonché U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d’integrazione europea*, Napoli, 2011, p. 68 ss.; ID., *I «controlimiti» nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, p. 493 ss.; nella prospettiva penalistica, valorizzano il ruolo dei controlimiti in senso conforme a quanto sostenuto nel testo, in particolare, G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione del potere?*, Milano, 2003, p. 59 ss. (spec. p. 62); ID., *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 675 ss. e V. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 448 ss.; ID., *La disciplina interna del MAE tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo tendenzialmente assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 112 ss.).

ne dei controlimiti⁹³) rispetto a quelle limitazioni di sovranità che, pur coperte dagli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., non promanano da istituzioni sovranazionali legittimate ad imporre obblighi di criminalizzazione. Presupposto è che la riserva di legge rientri a pieno titolo tra i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale; principi che, in materia penale, investono tanto le regole tecnico-formali di produzione normativa, quanto i valori politico-criminali ad esse sottesi e per il loro tramite manifestati. Di più, può dirsi che alla riserva, nel suo fondamento, vada ascritto un ruolo primario, quale prerequisito che connota l'identità democratica nazionale e l'intero edificio dello Stato di diritto, "garanzia essenziale del rapporto tra autorità e libertà"⁹⁴, intimamente connessa alla sovranità popolare ed al principio democratico⁹⁵, tanto da poterla annoverare addirittura tra i diritti fon-

⁹³ È il richiamo esplicito al ruolo dell'identità nazionale contenuto in alcune significative norme sovranazionali che porta a riflettere sul possibile assorbimento dei controlimiti nel tessuto ordinamentale europeo. Il punto di riferimento è l'art. 4.2 TUE, a tenore del quale "l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale". Da tale disposizione si ricava il riconoscimento su scala europea dei controlimiti – dell'inviolabilità quindi dei principi costituzionali fondamentali di ogni Stato membro che ne costituiscono l'identità nazionale –, da cui poter inferire una vera e propria riserva di competenze statali in determinati, significativi settori (B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 152 ss.; sul punto, v. anche S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté comunitaria*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 538). Ma anche l'art. 6.3. TUE, che riconosce in maniera limpida che "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" (sul ruolo dell'art. 6 TUE, in particolare, S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., p. 929) e l'art. 67.1. TFUE, a tenore del quale lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia viene realizzato dall'Unione "nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri", indirizzano in maniera univoca nella medesima direzione: "dal quadro (forse più delimitato) dei principi e dei diritti fondamentali sanciti nelle Carte costituzionali nazionali, tali controlimiti si estendono ora ad una formula più ampia e generale dell'identità costituzionale nazionale – si direbbe perfino simbolica – ritrovando una nuova linfa e una nuova positivizzazione comunitaria" (S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté comunitaria*, cit., p. 538 ss.). In questa chiave, analoga funzione può essere riconosciuta anche alla clausola del *maggior livello di protezione dei diritti fondamentali* di cui all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza, del 7 dicembre 2000), ulteriormente rinvigorita in seguito all'incorporazione all'interno dei nuovi trattati, così da consentire ai Tribunali costituzionali, ove riscontrino che la Costituzione nazionale appresti uno *standard* di garanzia più elevato, di fare ricorso al relativo parametro, disapplicando la norma sovranazionale (A. CELOTTO - T. GROPPI, *Diritto UE e diritti nazionali: primauté vs. controlimiti*, cit., p. 1381): è questo il caso, in chiave di legittimazione democratica, anche della riserva di legge al cospetto di fonti europee provenienti da organi privi di reale rappresentatività.

⁹⁴ D. PULITANO, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011, p. 170.

⁹⁵ Ancora attuali, in questo senso, le considerazioni di S. FOIS, *Sistema delle fonti e riserva di legge nel difficile incrocio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Atti del Seminario svoltosi a Roma il 15 e 16 ottobre 1990, Milano, 1991, p. 152 ss.

damentali dell'uomo⁹⁶. Così, in ogni caso di conflitto tra una norma di derivazione europea ed un principio costituzionale interno, rafforzativo delle garanzie individuali, dovrà essere quest'ultimo a prevalere, quale controlimita che trova il suo fondamento non solo nell'art. 25 Cost., ma anche negli artt. 4.2. e 6.3. TUE e 67.1 TFUE⁹⁷.

L'obiettivo non può che essere quello di riuscire a trovare un ragionevole punto di equilibrio tra le spinte verso l'europeizzazione dei sistemi penali e l'imprescindibilità di tenere ferma la garanzia della riserva di legge parlamentare, attraverso la cui salvaguardia si può giungere ad attenuare quella latente ed innegabile contraddizione di fondo che affiora nel rapporto tra diritto penale ed Unione europea, per cui l'espansione dell'esigenza di una politica criminale europea non ha proceduto di pari passo con l'altra che ne rappresenta il fondamento democratico, e cioè che la valutazione sui bisogni di pena e le relative opzioni siano appannaggio di un organo rappresentativo, in sintonia storica e culturale con il popolo rappresentato⁹⁸.

In termini più generali, e con spirito di realismo, "s'impone la necessità politica di ampliare le procedure democratiche oltre i confini dello Stato nazionale"⁹⁹; l'obiettivo penalistico di trovare una sintonia con la garanzia partecipativa che è alla base della riserva di legge può essere conseguito tentando di implementare, all'interno del disegno istituzionale dell'Unione, il principio della separazione dei poteri, affidando esclusivamente ad un organo democraticamente eletto il potere legislativo ed il controllo politico dell'esecutivo¹⁰⁰. In tal modo, si arriverebbe finalmente ad incanalare la base fondante di ogni decisione in materia penale negli argini di un discorso politico, riconoscendo una volta per tutte che – oggi come ieri, e forse oggi *più* di ieri – la legittimazione del potere penale deriva dalla capacità di esprimere una maggioranza, ma anche e soprattutto una opposizione in grado di interloquire, controllare, denunciare, proporre, emendare, far cambiare idea: una forza portatrice di istanze propositive su base dialettica ed argomentativa, indispensabile momento di articolazione del dibattito sulle scelte politiche, e quindi *a fortiori* su quelle politico criminali.

La soluzione preferibile sarebbe quella di conferire al Parlamento europeo, già eletto a suffragio universale diretto e quindi potenzialmente destinato ad essere "l'unica legittima fonte di produzione delle norme penali conformi a democrazia"¹⁰¹, la pienezza delle funzioni e delle articolazioni tipiche delle assemblee legislative, riconoscendogli il *potere di ultima parola* – anche in caso di disaccordo del Consiglio – in merito all'emanazione di atti legislativi con riflessi penali, rendendo così aperti, discorsivi, verificabili e realmente dia-

⁹⁶ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 131.

⁹⁷ S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., p. 929.

⁹⁸ Come evidenziato da M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., p. 27.

⁹⁹ Per dirla con J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, cit., p. 46.

¹⁰⁰ Nello stesso senso, sembra indirizzato anche il "Manifesto sulla politica criminale in Europa" (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1262 ss.); per un commento, v. S. CANESTRARI - L. FOFFANI, *Il manifesto sulla politica criminale europea*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 897 ss.; L. FOFFANI, *Il "Manifesto sulla politica criminale in Europa"*, in *questa rivista*, 2010, p. 657 ss.

¹⁰¹ S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., p. 929.

lettici i procedimenti di produzione normativa; se del caso, anche trasformando la natura del Consiglio – ipotizzandone una elezione diretta da parte dei cittadini europei – in una sorta di Seconda Camera di una struttura bicamerale, ove condensare le istanze statali¹⁰², e aprendo le porte ad un assetto istituzionale finalmente conforme alla fisionomia democratica di uno Stato di diritto.

Per valutare il tasso di democraticità di una determinata organizzazione istituzionale e del relativo *modus operandi*, se è vero che non può bastare il solo riferimento ai profili normativi e procedimentali, è altresì innegabile che questi costituiscono lo strumento per attuare il portato sostanziale del modello di democrazia rappresentativa; un concetto che, come si è tentato di dimostrare, presuppone il riconoscimento di garanzie fondamentali e la condivisione di determinati valori, che al contempo sono anche obiettivi da perseguire, per il tramite di adeguati strumenti di canalizzazione della pubblica opinione. Va da sé che, in questa lettura, il rafforzamento dei compiti e delle prerogative tanto del Parlamento europeo, quanto dei Parlamenti nazionali assume un'importanza decisiva, anche e soprattutto con riferimento al diritto penale, refrattario fisiologicamente a qualsiasi forma di *condivisione* – tanto con il potere esecutivo, quanto con quello giudiziario, sia a livello interno che sovranazionale – della sua fase genetica.

Non si può non auspicare allora un cambiamento di passo nelle strategie di riconciliazione tra l'Europa e la sovranità popolare: “la questione della natura politica del vincolo europeo non può più essere elusa, né è più possibile sottrarre ai cittadini dei singoli Stati dell'Unione la decisione sulla propria sorte”¹⁰³. È questa forse la strada per scongiurare nei cittadini europei la percezione del rischio di espropriazione non solo delle loro prerogative ma anche delle loro libertà.

¹⁰² Nella medesima prospettiva, A. L. VALVO, *Il Trattato di Lisbona e l'irrisolta questione del deficit di democrazia*, cit., p. 100 e U. DRAETTA, *I principi democratici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, cit., p. 514.

¹⁰³ M. LUCIANI, *Integrazione europea, sovranità statale e sovranità popolare*, cit., p. 346.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di giugno 2013