

# LE TECNICHE GRADATE DI ARMONIZZAZIONE DELLE SANZIONI PENALI NEI RECENTI INTERVENTI DELL'UNIONE EUROPEA

Quali implicazioni in prospettiva di riforma del sistema sanzionatorio interno?

Donato Vozza

## ABSTRACT

Le sanzioni definite nelle norme minime delle direttive adottate dall'Unione europea nell'esercizio della propria competenza penale indiretta possono essere ordinate e classificate in diversi modelli muovendo – in via gradata – da clausole generali, del tipo “sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive”, fino a formule più analitiche, come quelle che prescrivono il minimo di pena detentiva massima. Dalle tecniche impiegate per la definizione degli elementi costitutivi delle sanzioni dipende il grado di armonizzazione delle pene a livello europeo, nonché il margine discrezionale di scelta che residua in capo al legislatore nazionale in prospettiva di riforma.

## SOMMARIO

1. Le formule legislative dell'armonizzazione delle sanzioni penali nel diritto di matrice eurounitaria: definizioni, strutture e logiche. – 2. L'armonizzazione minima mediante “sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive”: la salvaguardia della coerenza dei sistemi penali nazionali. – 3. L'armonizzazione processuale mediante “sanzioni penali che possono comportare la consegna”: le logiche della cooperazione giudiziaria in materia penale. – 4. L'armonizzazione forte mediante l'imposizione di pene detentive: le ragioni di ordine simbolico, pratico e giuridico. – 4.1. Interrogativi sul tipo e sui contenuti. – 4.2. I livelli edittali. – 5. L'armonizzazione articolata mediante sanzioni penali ed amministrative: le ragioni della tutela integrata. – 6. Le criticità delle attuali tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali: risposte ineffettive, crescente repressione-deterrenza e persistenti disarmonie tra sistemi. – 7. Le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni dalla prospettiva del sistema penale italiano. – 8. I confini a geometria variabile delle opzioni di revisione del sistema sanzionatorio interno.

# 1. Le formule legislative dell'armonizzazione delle sanzioni penali nel diritto di matrice eurounitaria: definizioni, strutture e logiche.

Quando si intende discutere di armonizzazione delle sanzioni penali nel contesto dell'Unione europea è buona regola metodologica – come evidenziato da autorevole dottrina<sup>1</sup> – dare una chiave di lettura immediata di ciò che si andrà a mettere a fuoco, essendo evidente che l'approccio ad un tema così complesso ed articolato può seguire strade diverse ed avere una molteplicità di scopi<sup>2</sup>.

La premessa introduttiva offre il destro per chiarire sin da subito che in questa sede – dedicata al dibattito attuale sulla pena nello scenario interno, europeo ed internazionale – ci si occuperà delle norme minime volte a definire *gli elementi costitutivi delle sanzioni penali applicabili alle persone fisiche*<sup>3</sup> nelle direttive con cui nell'ultimo lustro l'Unione europea ha dato attuazione alle politiche di armonizzazione sanzionatoria nelle sfere di criminalità di propria competenza penale indiretta<sup>4</sup>. Prendendo come riferimento in particolare i profili contenuti-

<sup>1</sup> J. ÖBERG, *The Definition of Criminal Sanctions in the EU*, in *European Criminal Law Review*, 2013, 3, 273 ss.

<sup>2</sup> Nell'ampia letteratura in materia, W. DE BONDT - S. MIETTINEN, *Minimum Criminal Penalties in the European Union: In Search of a Credible Justification*, in *European Law Journal*, 2015, 21, 722 ss.; J. ÖBERG, *Do We Really Need Criminal Sanctions for the Enforcement of EU Law?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, 370 ss.; W. DE BONDT, *The missing link between "necessity" and "approximation of criminal sanctions" in the EU*, in *European Criminal Law Review*, Vol. 4, 2, 2014, 147 ss.; P. ASP, *Harmonization of Penalties and Sentencing within the EU*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 1, 1, 2013, 53 ss.; S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 8, 921 ss.; E. RUBI-CAVAGNA, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne*, in *Rev. sc. crim.*, 2009, 506 ss.; A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 76 ss.; ID., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in T. Rafaraci (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, 193 ss.; ID., *Europa senza frontiere e armonizzazione dei sistemi sanzionatori in materia di circolazione stradale*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2005, 573 ss.; K. NUOTIO, *Harmonization of criminal sanctions in the european union-criminal law science fiction*, in E. J. HUSABØ - A. STRANDBAKKEN (a cura di), *Harmonization of criminal law in Europe*, Vol. 3, Oxford, 2005, 79 ss.; A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004; M. DELMAS-MARTY - G. GIUDICELLI-DELAGE - E. LAMBERT ABDELGAWAD, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Parigi, 2003; A. HEITZER, *Punitiv Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Heidelberg, 1997; M. BÖSE, *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996; CH. HENNAU-HUBLET, *Les sanctions en droit communautaire: réflexions d'un pénaliste*, in F. Tulkens - H. D. Bosly (a cura di), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, 1996, 487 ss.; G. GRASSO, *Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 870 ss.; J. STUYCK - CH. DENYS, *Les sanctions communautaires*, in F. Tulkens - H. D. Bosly (a cura di), *La justice pénale et l'Europe*, cit., 423 ss.

<sup>3</sup> Generalmente, nei confronti delle persone giuridiche si impone l'applicazione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, che comprendono sanzioni pecuniarie di natura penale o non penale e altre sanzioni quali: a) l'esclusione dal godimento di contributi o sovvenzioni pubblici; b) l'interdizione temporanea o permanente dall'esercizio di un'attività d'impresa; c) l'assoggettamento a controllo giudiziario; d) provvedimenti giudiziari di liquidazione; e) la chiusura temporanea o permanente dei locali usati per commettere il reato.

<sup>4</sup> È noto che nel diritto dell'Unione europea è possibile rinvenire una duplice nozione di pena. Secondo una prima accezione, per "pena" si intende la sanzione definita da una norma minima contenuta in una direttiva adottata dall'Unione europea nell'esercizio della propria competenza penale indiretta principale (ad es., riciclaggio di denaro) o accessoria (ad es., abusi di mercato) ai sensi dell'art. 83 TFUE o dell'art. 325 TFUE (c.d. *concezione formale di pena*). Si v., tra gli strumenti normativi adottati in base all'art. 83, paragrafo 1, TFUE, che definiscono gli elementi costitutivi minimi delle sanzioni, la Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile; la Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI; la Direttiva 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 agosto 2013, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio; la Direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio; la Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea. È stata adottata in base all'art. 83, paragrafo 2, TFUE, la Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato.

In base ad una diversa accezione, la nozione di "pena" include la sanzione che, indipendentemente dal fatto che sia formalmente penale, rientra nella nozione sostanziale di *matière pénale* ai fini dell'applicazione delle *garanzie penalistiche* di cui all'art. 6 TUE (c.d. *concezione sostanziale di pena*). Cfr. J. ÖBERG, *The Definition of Criminal Sanctions in the EU*, in *European Criminal Law Review*, 2013, 3, 273 ss. In precedenza, sui rapporti tra la nozione di pena nella giurisprudenza comunitaria e la nozione di pena nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo G. SALCUNI, *La nozione comunitaria di pena: preludio ad una teoria comunitaria del reato?*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2002, 199 ss. Sulla nozione di materia penale nella giurisprudenza CEDU v. C. E. PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.; M. DELMAS - MARTY (a cura di), *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rév. Sci. Crim.*, 1987, 819 ss.; A. BERNARDI, *Art. 7. "Nessuna pena senza legge"*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, pp. 249 ss.; V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 38 ss.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1889 ss.

stici, si intende prospettare una lettura gradata di queste previsioni che muove dalle *clausole generali*, attraverso cui l'Unione impone agli Stati membri di adottare "sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive", fino a *formule lievemente analitiche* mediante le quali si richiede l'introduzione di pene detentive<sup>5</sup>. La scelta di procedere a questa classificazione riposa sulla constatazione di fondo dell'esistenza di un rapporto eziologico tra la tecnica usata dal legislatore europeo nella definizione degli elementi costitutivi delle sanzioni, l'armonizzazione a livello europeo delle scelte punitive e il margine di scelta che residua in capo al legislatore nazionale nell'attuazione dell'obbligo penale di matrice eurounitaria. In effetti, nonostante tutti i diversi modelli esprimano misure minime accomunate da un certo grado di *flessibilità – critica*, in quanto gli Stati membri possono adottare o mantenere norme più severe, pare evidente, mettendo a fuoco le note differenziali, che le norme che impongono l'adozione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive presentano un *coefficiente di indeterminatezza* superiore, dal punto di vista quantitativo, e differente, dal punto di vista qualitativo, dalle norme che fissano taluni tratti costitutivi del tipo e/o del livello di sanzione.

Ciò detto, con riferimento ai profili di integrazione, se una norma che contiene una clausola generale è maggiormente in linea con il principio di coerenza non soddisfacendo però appieno – ed eccetto quanto si dirà – le ragioni sottese all'armonizzazione europea, una sanzione definita nel tipo e/o livello, parametrata secondo il canone della proporzionalità alla gravità dell'illecito, può avere un maggiore impatto sul processo di ravvicinamento sanzionatorio, a condizione che avvenga nel rispetto della coerenza dei sistemi giuridici nazionali, i quali – com'è noto – rimangono ancora fortemente eterogenei. Quindi, come appena mostrato e meglio si evidenzierà di seguito, *l'ago della bilancia valutativa* pende alternativamente ora

<sup>5</sup> Non si rinvergono nel diritto eurounitario vigente delle norme che predeterminano con *precisione* il contenuto delle sanzioni penali, né una tale opzione potrebbe ritenersi attualmente possibile in assenza di una competenza penale "diretta" dell'Unione europea, configurandosi altrimenti la violazione delle regole di diritto originario sul riparto delle competenze e dei principi statuali di legalità formale e sostanziale. Analogo discorso dovrebbe valere per i precetti, anche se in talune direttive (specialmente nelle sfere di criminalità principali) si rinvergono oramai norme estremamente dettagliate risultanti dall'utilizzo di tecniche redazionali di tipo casistico. Ciò detto, la precisione, che costituisce uno dei criteri-guida per il legislatore penale nazionale (Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979; S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, III ed., 2001, 119 ss.), non può costituire – se inteso nella logica tradizionale – un canone positivo idoneo ad orientare il legislatore penale europeo. Infatti, le norme di diritto penale europeo – alla luce di quanto detto – devono mantenersi per definizione non precise, in modo da assicurare che ciascuno Stato membro possa contribuire all'integrazione degli elementi costitutivi dei precetti e delle sanzioni e mantenere coerente il proprio sistema. E ciò anche in considerazione del fatto che le "norme minime" rappresentano lo strumento mediante cui l'Unione europea, nei settori di propria competenza in cui i modelli nazionali sono particolarmente differenziati (ad es., politiche sociali, politiche relative all'asilo e all'immigrazione, oltre che penali – Cfr. D. RUSSO, *L'armonizzazione della politica sociale attraverso prescrizioni minime internazionali ed europee*, in *Riv. dir. internaz.*, 2012, 3, 762 ss.), tende a ravvicinare le opzioni legislative. Solo il risultato finale, ovvero sia la norma composta dal precetto e dalla sanzione generata dal concorrente contributo dell'Unione e degli Stati deve essere precisa al fine di svolgere le funzioni proprie di orientamento delle condotte dei consociati e di delimitare lo spazio discrezionale del giudice penale nell'applicazione del precetto e della sanzione penale. Ciò premesso, qui si utilizzano quindi con le dovute distinzioni le categorie classificatorie impiegate nella dottrina costituzionalistica (da ultimo, F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni. Una prospettiva costituzionalistica*, Milano, 2012, con ampi riferimenti bibliografici), penalistica (da ultimo, D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in A. Castaldo, V. G. De Francesco, M. V. Del Tufo, S. Manacorda, L. Monaco (a cura di), *Studi in onore di Alfonso Maria Stile*, Napoli, 2013, 477 ss., con ampi riferimenti bibliografici) e civilistica (da ultimo, P. RESCIGNO, *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss.). È possibile oramai comprendere, ad es., perché, rispetto ad una norma adottata dal legislatore interno (anche in fase di trasposizione del diritto europeo), si pongano "problemi di compatibilità con il principio di legalità della pena" allorché si "descrive il contenuto di una pena limitativa della libertà personale (...) attraverso una clausola generale che lasci al giudice ampi spazi per configurare i contenuti della pena" (Cosi, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 2001), mentre il ricorso ad una clausola generale in una direttiva penale è da considerarsi invece pienamente legittima. E si intuisce altresì la ragione per cui una predeterminazione precisa di tipologie, contenuti e misure della pena porrebbe all'opposto questioni sul piano della legalità.

verso ragioni di ordine simbolico, pratico e giuridico dell'*armonizzazione*<sup>6</sup> ora verso bisogni di tutela della *coerenza dei sistemi sanzionatori nazionali*, con relative implicazioni anche sulla tenuta dei *diritti fondamentali* che rappresentano l'orizzonte di riferimento nella costruzione del diritto penale europeo<sup>8</sup>.

Tali modelli sanzionatori esprimono pertanto nel complesso dei vincoli eterogenei per il legislatore nazionale italiano in sede di attuazione e riforma<sup>9</sup>, aspetto questo sul quale sposteremo il baricentro dell'attenzione nella parte conclusiva del lavoro, e ciò al fine di offrire qualche breve spunto al dibattito sulle riforme del sistema sanzionatorio interno dall'angolo visuale del diritto penale dell'Unione europea.

## 2. L'armonizzazione minima mediante “sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive”: la salvaguardia della coerenza dei sistemi penali.

Nell'inquadrare il primo tipo di obbligo sanzionatorio giova rammentare che nelle direttive penali adottate dall'Unione dopo la storica pronuncia della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005, e quindi antecedenti al Trattato di Lisbona con cui è stata attribuita una competenza penale indiretta alle istituzioni della “piccola Europa”, sono state imposte per tutte le figure di reato in esse contemplate le sole “*sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive*”<sup>10</sup>, non potendosi diversificare la risposta sanzionatoria – alla luce della successiva omonima de-

<sup>6</sup> Come evidenzia A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit., 76 ss.; Id., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., 193 ss., le ragioni di ordine “simbolico” si sostanziano nell'esigenza di costruire, mediante un trattamento sanzionatorio uniforme nell'ambito del territorio europeo, un sentimento comune di giustizia tra i cittadini dell'Unione europea che è una condizione di attuazione di un spazio giuridico europeo. Le ragioni di ordine “pratico” muovono invece da valutazioni negative in ordine all'impatto che eventuali trattamenti sanzionatori difformi possono determinare sul principio di eguaglianza tra i cittadini. L'armonizzazione sanzionatoria assume pertanto un ruolo-chiave tanto in termini di prevenzione generale positiva, in quanto il cittadino dell'Unione europea non deve risultare disorientato da opzioni sanzionatorie divergenti nei diversi Stati membri, quanto in termini di special-prevenzione, “stante la difficoltà di giustificare l'esigenza di rieducare un soggetto che ha tenuto comportamenti considerati pienamente legittimi” in uno Stato membro. D'altra parte, le differenze sanzionatorie tra ordinamenti giuridici possono generare ingiustizia, consentendo di valutare il ‘costo del delitto’ e quindi di programmare la realizzazione della condotta nei luoghi in cui essa non è penalmente rilevante o in cui è punita meno severamente. Infine, le ragioni di ordine “giuridico” consistono nel prevedere nell'ambito degli Stati membri dei livelli sanzionatori tali da garantire la massima effettività della disciplina europea sul mutuo riconoscimento ed evitare che l'applicazione del principio del *ne bis in idem* a livello europeo possa dar luogo a disparità di trattamento, come quelle già registratesi nella prassi giurisprudenziale.

<sup>7</sup> Sul principio di coerenza si v. EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, *Manifesto sulla politica criminale europea*, in ZIS, 2009, 739. In dottrina, H. SATZGER, *Der Mangel an Europäischer Kriminalpolitik. Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftlergruppe „European Criminal Policy Initiative“*, in ZIS, 2009, 691 ss.; L. FOFFANI, *Il «manifesto sulla politica criminale europea»*, in *Criminalia*, 2010, 657 ss.; S. CANESTRARI - L. FOFFANI, *Il manifesto sulla politica criminale europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 897 ss. In particolare, nella parte I su “*I principi fondamentali della politica criminale*” viene incluso “*Il principio di coerenza*”, secondo cui: “Nelle prescrizioni riguardanti il diritto penale criminale il legislatore europeo deve rispettare la coerenza dei sistemi penali nazionali (...). Questo significa in particolare che i limiti minimi di pena massima prescritti dall'Unione Europea non debbono condurre ad un innalzamento delle pene massime comminate a livello nazionale contrastante con il rispettivo sistema penale. (...) Nella prospettiva di una „good governance” il legislatore europeo, prima dell'emanazione del corrispondente atto normativo, deve analizzarne le conseguenze per la coerenza degli ordinamenti penali degli Stati membri e dell'ordinamento giuridico europeo e, su questa base, illustrare esplicitamente le ragioni del nulla osta nella motivazione”.

<sup>8</sup> F. PALAZZO, *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2008, 1 ss.; S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 2373 ss.; Id., (voce) *Diritto penale europeo*, in *www.treccani.it*, 2014, § 2; V. MILITELLO, *I DIRITTI FONDAMENTALI COME OGGETTO DI TUTELA PENALE: L'APPORTO DELLA CARTA EUROPEA*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2003, 1, 47 ss.

<sup>9</sup> A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 34, evidenzia che in capo al legislatore nazionale risiederà – in termini variabili – una discrezionalità attuativa “solo per quanto riguarda le scelte tipologiche e quantitative consentite in base alle suddette norme”.

<sup>10</sup> Si v., ad es., art. 8-bis, Direttiva 2009/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 ottobre 2009 relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni; art. 5 della Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente; art. 10 della Direttiva 2009/52/CE del 18 giugno 2009 che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.



cisione della Corte di Giustizia del 23 ottobre 2007 – in funzione della gravità dell'illecito<sup>11</sup>.

Secondo linee di sviluppo evidentemente diverse, e in parte ricalcanti quelle già emerse negli strumenti di terzo pilastro, nelle direttive penali adottate dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona sulla base dell'art. 83 TFUE, il legislatore europeo – pur continuando a prescrivere in linea generale sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive per *illeciti di minore gravità* oppure *per estendere la responsabilità a titolo di "induzione, favoreggiamento, concorso e tentativo"*<sup>12</sup>, si è occupato di definire anche tipi e livelli di pene optando per una differenziazione delle risposte sanzionatorie nei medesimi strumenti normativi<sup>13</sup>.

Prima di mettere a fuoco le connessioni tra il primo modello sanzionatorio e gli aspetti di armonizzazione, è opportuno interrogarsi in termini estremamente semplificati sul significato da attribuire al concetto di sanzione penale e ai pertinenti criteri dell'effettività, della proporzionalità e della dissuasività. Relativamente al primo elemento costitutivo<sup>14</sup>, nonostante si ritenga in linea di massima che *la qualificazione "penale" riferita alle sanzioni* sia indice del necessario impiego di pene in senso stretto, merita attenzione un orientamento dottrinale secondo il quale, in "mancanza di una chiara definizione di ciò che integra propriamente una "sanzione penale" in ambito comunitario, non si può che attingere alla disciplina nazionale e quindi ricomprendere in tale nozione (...) anche il diritto punitivo amministrativo"<sup>15</sup>, a cui – com'è noto – si estendono peraltro le garanzie penalistiche di cui all'art. 6 TUE. Siamo a ben vedere dinanzi a due impostazioni estremamente distanti che, facendo leva su di una differente interpretazione del concetto di sanzione penale, fanno discendere obblighi diversi in capo agli Stati membri.

Non può invece qui sciogliersi il nodo relativo al significato da assegnare ai *canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività* che, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, costituiscono dei criteri flessibili, non definibili a priori<sup>16</sup>, alla base del giudizio di adeguatezza dell'opzione interna attuativa<sup>17</sup>. Ciò che va sottolineato è che, in tale

<sup>11</sup> L'Unione europea – nell'ambito del primo pilastro – sebbene fosse già competente ad adottare, tramite direttive penali, precetti (Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, *Commissione c. Consiglio*, C-176/03, 13 settembre 2005, con note di F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1433 ss.; G. MANNOZZI – F. CONSULICH, *La sentenza della corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2006, 899 ss.; E. MEZZETTI, *Gli «obblighi» comunitari di tutela penale in una recente pronuncia della corte di giustizia Ue*, in *Giust. amm.*, 2005, 1137 ss.), non poteva definire anche tipo e livelli di sanzioni penali applicabili (Corte di Giustizia UE, *Commissione c. Consiglio*, C-440/05, 23 ottobre 2007, § 76, su cui L. SRACUSA, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo "tassello" della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 241 ss). Invece, nell'ambito del terzo pilastro, le istituzioni europee, sebbene fossero – sulla base degli artt. 29 e 31, paragrafo 1, lett. e), TUE – espressamente competenti ad adottare "norme minime" relative alla definizione degli elementi costitutivi delle sanzioni, dovevano avvalersi delle decisioni quadro, strumenti di per sé meno inclini rispetto alle direttive a condizionare le scelte politico-criminali nazionali (Cfr. A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro Ue nella europeizzazione del diritto penale: un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, 1157 ss.; Id., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., 266 ss. In ordine alla continuità degli atti del terzo pilastro dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: S. MIGLIORINI, *La continuità degli atti comunitari e del terzo pilastro dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 421 ss. Relativamente alla scadenza del periodo transitorio in data 1° dicembre 2014 e agli obblighi di recepimento delle decisioni quadro: C. AMALFITANO, *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della corte di giustizia*, in [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it), 1 dicembre 2014).

<sup>12</sup> Si v., ad es., il combinato disposto degli artt. 4 e 5, paragrafo 1, della Direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio.

<sup>13</sup> Questo modello differenziato caratterizza le direttive penali post-Lisbona indipendentemente dal fatto che il fondamento normativo venga rinvenuto nelle sfere di criminalità principali e accessorie, come puntualmente confermato dall'art. 5 della menzionata Direttiva 2014/62/UE e dall'art. 7, Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato.

<sup>14</sup> Incentivano ma non vincolano i legislatori nazionali all'adozione di sanzioni formalmente penali le *direttive extrapenali che prevedono l'introduzione "sanzioni effettive, proporzionate" e dissuasive che "possono" includere sanzioni penali "in caso di violazioni gravi"*. A titolo di esempio, si v. art. 51, Direttiva 2009/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009 sulla sicurezza dei giocattoli; art. 53, Direttiva 2013/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, relativa alle imbarcazioni da diporto e alle moto d'acqua e che abroga la direttiva 94/25/CE; ecc.

<sup>15</sup> Così C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Firenze, 2009, 231.

<sup>16</sup> In argomento C. CHENEVIÈRE, *Violation du droit dérivé européen et sanctions nationales: une flexibilité guidée par le principe de coopération loyale*, in J. D. Dan Kaminski (a cura di), *La flexibilité des sanctions*, Bruxelles, 2013, 549 ss.

<sup>17</sup> Corte di Giustizia UE, 21 settembre 1989, C-68/88, *Commissione c. Grecia*, §§ 23-24, in *Cass. pen.*, 1992, 1654 ss., con nota di L. SALAZAR, *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia (Nota a Corte giust. Comunità europee, 21 settembre 1989, n. 68/88, Commis. Ce c. Gov. Grecia)*. Dal corollario positivo del principio di leale cooperazione, la giurisprudenza comunitaria – come sottolineato da A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit., 114 – "ha individuato due distinti criteri attraverso i quali valutare la "fedeltà comunitaria" degli Stati membri in ambito sanzionatorio": il criterio dell'assimilazione e dell'efficacia-proporzione. Per più approfondite riflessioni sul punto C. SORTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 46 ss.; Id., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 1, 171 ss.

caso, l'Unione europea, dopo aver domandato la penalizzazione di date condotte lesive dei beni giuridici di interesse europeo, si riserva *ex post* di operare una valutazione razionale di adeguatezza (effettività/dissuasività) e proporzionalità della risposta statutale alla luce delle circostanze particolari del caso concreto. A tacer d'altro, valga evidenziare che il generale e consolidato richiamo negli strumenti normativi europei alla necessità di introdurre sanzioni che presentino i requisiti di effettività, proporzionalità e dissuasività pare esprimere allo stato attuale l'accoglimento nel contesto dell'Unione europea di una concezione polifunzionale della pena in cui convivono in termini preoccupanti il retribuzionismo ("proporzione") e la prevenzione generale ("dissuasività")<sup>18</sup>, e ciò soprattutto se si considera che – a parte il principio di proporzione tra reato e pene di cui all'art. 49, paragrafo 3 CDFUE – manca nel diritto originario il riconoscimento di un principio della rieducazione analogo a quello contemplato nell'art. 27, comma 3, della Carta Costituzionale italiana<sup>19</sup>.

Ciò detto, il ricorso alle "sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive" implica un processo minimo di armonizzazione sanzionatoria a livello europeo, garantendo così il rispetto del *principio di coerenza* dei sistemi penali nazionali. Ben si comprende allora la ragione per cui nell'ambito del *Manifesto sulla politica criminale europea* – in cui si rimarca l'esigenza di un equilibrato sviluppo della politica criminale dell'Unione mediante l'osservazione dei principi fondamentali – è stata sottolineata la conformità al principio di coerenza di norme di matrice eurounitaria che "si limitano ad indicazioni generali sulle conseguenze penali (efficaci, deterrenti, proporzionate ...)", e non prevedono invece "concrete indicazioni sulla misura massima della pena, ossia non impongono un minimo di pena massima"<sup>20</sup>.

Nonostante le esigenze di preservazione della coerenza dei sistemi sanzionatori nazionali legittimino l'uso di questa tecnica, occorre evidenziare che le norme adottate ricorrendo alla stessa<sup>21</sup>, essendo prive di "*qualsivoglia capacità di reale orientamento della politica sanzionatoria nazionale*"<sup>22</sup>, giungono a frustrare le ragioni di ordine simbolico, pratico e giuridico che motivano il ravvicinamento delle sanzioni mediante l'esercizio di una competenza penale indiretta<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité*, in M. Delmas-Marty (a cura di), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Parigi, 2003, 585 ss.

<sup>19</sup> Così S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., 921 ss. Non è mancato chi in termini teorici ha rilevato che il principio di rieducazione possa ricavarsi dal divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e dal diritto alla tutela della vita privata e familiare del condannato riconosciuti sia nella CEDU sia nella CDFUE: così V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'Unione europea. Questioni controverse e prospettive future*, Padova, 2005, 34; G. SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, 452.

<sup>20</sup> In base al *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., 745, in questi casi "viene lasciato agli Stati membri un ampio spazio di manovra per la salvaguardia della coerenza dei loro sistemi penali".

<sup>21</sup> Costituisce un'eccezione al discorso – come già detto – la disciplina sulle forme di manifestazione del reato, su cui permangono forti divergenze nei diversi ordinamenti.

<sup>22</sup> L. FOFFANI, *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato*, in *Riv. Trim. – Dir. Pen. Cont.*, 2014, 3/4, 71.

<sup>23</sup> Una conferma dei limiti di tale tecnica di armonizzazione si ricava prendendo in esame i modelli c.d. unitari adottati nelle direttive penali prima di Lisbona. In particolare, la reale efficacia dell'art. 5 della Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente è stata valutata come dubbia nella dottrina dominante, ragion per cui – tenuto conto delle novità dischiuse dopo Lisbona – si è auspicata una revisione della stessa al fine di definire i tipi e i livelli sanzionatori sulla falsariga delle previsioni dell'originaria proposta di direttiva sulla tutela penale dell'ambiente 2007(COM)51 oppure della decisione quadro 2003/80/GAI sulla tutela penale dell'ambiente. Cfr. V. PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 918 ss.; G.M. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99/CE e il trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano?*, in *Dir. comm. intern.*, 2010, 458 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 232 ss.; L. SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva europea sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, cit., *passim*. Gli scarsi risultati sono confermati anche dalla relazione della Commissione europea sullo stato di attuazione della Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009 che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

### 3. L'armonizzazione processuale mediante "sanzioni penali che possono comportare la consegna": le logiche della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Il successivo modello sanzionatorio che si intende mettere qui a fuoco rinvia la propria legittimazione in *ragioni di ordine giuridico* legate all'esigenza di prevedere nell'ambito degli Stati membri dei livelli sanzionatori tali da garantire la massima effettività della disciplina europea nel campo della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Questo obbligo sanzionatorio indirizzato a finalità di *mutuo riconoscimento* delle decisioni giudiziarie ha trovato particolare diffusione nel contesto degli atti normativi penali di terzo pilastro. Prova ne sono le decisioni quadro che hanno richiesto agli Stati membri di adottare misure necessarie affinché i reati in essi definiti siano puniti con "*sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradizione*" (ad es., art. 5, paragrafo 1, della Decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo<sup>24</sup>) oppure con "*sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive comprendenti, almeno nei casi gravi, pene anche privative della libertà che possono comportare l'estradizione*" (ad es., art. 2 della Convenzione sulla Protezione degli interessi finanziari dell'Unione<sup>25</sup>).

Nonostante l'ampia diffusione delle dette formule nella legislazione penale precedente alla caduta della struttura a pilastri dell'Unione europea, nelle recenti direttive penali adottate ai sensi dell'art. 83 TFUE se ne è fatto un uso circoscritto, e ciò evidentemente perché si è oramai al di fuori della vecchia logica politico-istituzionale. Per esempio, nell'art. 4, paragrafo 4, della Direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime si è imposto agli Stati membri di introdurre misure necessarie affinché *l'istigazione, il favoreggiamento, il concorso ed il tentativo della tratta di essere umani siano puniti con "pene effettive, proporzionate e dissuasive, che possono dar luogo a consegna"*, con conseguente precisazione nel considerare n. 12 della medesima direttiva che "ogni riferimento alla consegna dovrebbe intendersi ai sensi della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al *mandato d'arresto europeo* e alle procedure di consegna tra Stati membri".

Queste norme minime, sempre meno impiegate dal legislatore europeo in un contesto politico-istituzionale mutato, pur offrendo una risposta effettiva all'esigenza di armonizzazione delle sanzioni penali per finalità di *mutuo riconoscimento*<sup>26</sup> – come dimostrato dalle relazioni della Commissione europea in ordine al relativo stato d'attuazione<sup>27</sup>, hanno tuttavia fornito un limitato contributo al ravvicinamento delle opzioni sanzionatorie in prospettiva sostanziale.

### 4. L'armonizzazione forte mediante l'imposizione di pene detentive: le ragioni di ordine simbolico, pratico e giuridico.

Indice significativo dell'espansione del diritto penale degli Stati membri per effetto del massiccio influsso delle fonti sovranazionali è l'iperproduzione nel contesto politico-istituzionale dell'Unione europea di norme minime che danno indicazioni più precise sul tipo e sulle misure delle sanzioni da attuare nel diritto nazionale.

<sup>24</sup> Inoltre, si v. art. 1, Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

<sup>25</sup> Si v., inoltre, art. 6, Decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti.

<sup>26</sup> Queste norme minime rientrano tra il complesso degli strumenti attraverso i quali l'Unione europea ha proceduto alla costruzione di un diritto penale per via prevalentemente processuale: S. MANACORDA, *Introduction. L'intégration pénale indirecte: une première définition*, in G. Giudicelli-Delage - S. Manacorda (a cura di), *L'intégration pénale indirecte. Interaction entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Parigi, 2005, 26; G. GIUDICELLI-DELAGE, *Remarques conclusives*, ivi, 375 ss.

<sup>27</sup> Si prendano in considerazione le relazioni della Commissione europea [COM(2007) 681 definitivo – Gazzetta ufficiale C 9 del 15.1.2008] e [COM(2004) 409 def. – Gazzetta ufficiale C 321 del 28.12.2004]), in cui si legge che "quantunque soltanto le modifiche legislative previste da Cipro facciano esplicito riferimento all'estradizione per i reati terroristici, parrebbe che tutti gli Stati membri siano in grado di rispettare le condizioni di cui al paragrafo 1, nella fattispecie che tutti gli Stati membri adottino le misure necessarie per garantire che i reati indicati agli articoli da 1 a 4 siano punibili con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradizione".

Le norme minime di diritto derivato eurounitario mirano prevalentemente a rafforzare il contrasto alla criminalità ricorrendo a pene detentive temporanee definite – con un ennesimo giuoco di termini – nel limite minimo di massimo edittale, e ciò per ragioni che sono ben esplicitate nell’ambito delle singole direttive penali. Come recente esempio paradigmatico si prenda la Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, la cui adozione dal punto di vista motivazionale viene giustificata nel relativo Preambolo proprio sulla base di *ragioni di ordine simbolico*<sup>28</sup>, *pratico*<sup>29</sup> e *giuridico*<sup>30</sup> teorizzate in dottrina<sup>31</sup>, e di cui già si è detto in introduzione.

Solo in pochi casi si prevede che il legislatore nazionale possa introdurre *pene di diversa specie, da aggiungere alla pena detentiva*, e questa è l’ipotesi contemplata ad esempio nel considerando n. 16 della Direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia, secondo cui qualora i reati in essa tipizzati “siano commessi a fini di lucro, gli Stati membri sono invitati ad esaminare l’opportunità di applicare sanzioni pecuniarie, oltre alla pena detentiva”. In altre situazioni si trasferisce in capo al singolo legislatore nazionale *la scelta sulla pena* da introdurre in concreto, ed è questo il caso dell’art. 5, paragrafo 5, della Direttiva 2014/62/UE sulla protezione mediante il diritto penale dell’euro, secondo cui la condotta mediante la quale si fa circolare una valuta falsificata inizialmente ricevuta senza sapere che era tale va punita con la reclusione per una durata massima di almeno cinque anni o – alternativamente, quindi – con “sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive diverse, tra cui multe e reclusione”. In altre previsioni, come per esempio l’art. 10 della citata Direttiva 2011/93/UE, oltre alla pena detentiva, si impongono *misure interdittive* necessarie per assicurare che la persona fisica condannata per i reati di abuso sessuale “sia interdetta, in via temporanea o permanente, almeno dall’esercizio di attività professionali che comportano contatti diretti e regolari con minori”.

Tralasciando approfondimenti – per ragioni di tempo e spazio – su queste ed ulteriori misure sanzionatorie<sup>32</sup>, maggiore attenzione sarà di qui a breve rivolta ai due *paradossi terminologici* della “pena detentiva come norma minima” e “del minimo di pena massima”, prima di fornire qualche spunto di riflessione critica sulle attuali tecniche gradate di armonizzazione passate in rassegna.

## 4.1. Interrogativi sul tipo e sui contenuti.

L’assenza di una parte generale del diritto penale dell’Unione europea che individui, definisca e distingua le diverse tipologie di pene e i relativi contenuti rende complesso l’inquadramento della pena detentiva imposta nelle direttive penali.

Il dato da interpretare diventa in particolare problematico laddove si consideri l’utilizzo negli strumenti normativi europei di terminologie sostanzialmente affini, ma tecnicamente diverse – almeno per il penalista italiano, che arricchiscono il quadro complessivo: ci si riferi-

<sup>28</sup> Il messaggio contenuto nel considerando n. 6 della Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato è abbastanza chiaro: si ritiene “essenziale rafforzare il rispetto delle norme sugli abusi di mercato istituendo sanzioni penali, che dimostrino una forma più forte di disapprovazione sociale rispetto alle sanzioni amministrative”, e ciò anche tenendo conto del fatto che – come precisa il considerando n. 7 – “la manipolazione del mercato può comportare danni significativi per la vita di milioni di persone”; “problemi e carenze importanti si ripercuotono seriamente sulla fiducia nei mercati e possono determinare perdite consistenti per gli investitori, nonché distorsioni dell’economia reale”.

<sup>29</sup> Nel considerando n. 7 della Direttiva sugli abusi di mercato si evidenzia che “approcci differenti degli Stati membri recano pregiudizio all’uniformità delle condizioni operative nel mercato interno e possono fornire un incentivo ad attuare abusi di mercato negli Stati membri che non prevedono sanzioni penali per tali reati. (...) L’assenza di un regime comune di sanzioni penali nell’Unione offre l’opportunità agli autori di abusi di mercato di approfittare dei regimi meno rigorosi in alcuni Stati membri. L’irrogazione di sanzioni penali per gli abusi di mercato avrà un effetto dissuasivo maggiore sui potenziali contravventori”.

<sup>30</sup> Anche le ragioni di ordine “giuridico”, che legittimano gli Stati membri ad impiegare livelli sanzionatori tali da garantire la massima effettività della disciplina europea sul mutuo riconoscimento, trovano un esplicito riconoscimento nel considerando n. 7 della Direttiva sugli abusi di mercato secondo cui “l’adozione di norme minime comuni renderebbe inoltre possibile ricorrere a metodi più efficaci di indagini e consentirebbe una cooperazione più efficace a livello nazionale e tra Stati membri”.

<sup>31</sup> A. BERNARDI, *L’armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit., 76 ss.; Id., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., 193 ss.

<sup>32</sup> Si pensi ad esempio allo strumento della *confisca* oramai disciplinato dalla Direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell’Unione europea: cfr. A. M. MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell’Unione europea tra garanzie ed efficienza: un “work in progress”*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 settembre 2014.



sce in particolare alla circostanza che in talune direttive penali si impone agli Stati membri di prevedere la “*pena detentiva*” (ad es., per i reati di abuso sessuale<sup>33</sup> e per i reati relativi alla tratta di esseri umani<sup>34</sup>), mentre in altre la “*reclusione*” (ad es., per i reati connessi con la falsificazione dell'euro<sup>35</sup> e gli abusi di mercato<sup>36</sup>). Come giustappunto rilevato, la distinzione lessicale non può considerarsi irrilevante “sol che si consideri come in sistemi analoghi a quello italiano, il ricorso al termine “reclusione” in luogo del più generico “pena detentiva” può innescare (...) una serie di effetti concatenati, che vanno dal vincolo della scelta del tipo delittuoso di reato alle conseguenti implicazioni in tema di procedibilità, di pene accessorie e di misure alternative alla detenzione”<sup>37</sup>. In realtà, è solamente la presa d'atto della detta mancanza di una parte generale del diritto penale europeo e lo studio dei diversi testi normativi<sup>38</sup> che consentono di sostenere che le evidenziate differenze lessicali non dovrebbero assumere uno specifico rilievo tecnico<sup>39</sup>.

Effettive variazioni contenutistiche attengono alla *struttura dell'obbligo*, ed infatti il legislatore europeo in dati casi impone in termini categorici di introdurre pene detentive, mentre in altri ne circoscrive il ricorso “*almeno per i casi che non sono di minore gravità*”, secondo formule eterogenee riferibili tanto alla sanzione quanto al precetto. È quanto previsto, a titolo di esempio, per le sanzioni applicabili ai sensi dell'art. 9 della Direttiva sui reati relativi agli attacchi contro i sistemi di informazione, ove ciascun legislatore nazionale dispone di un margine di discrezionalità nel valutare i “casi che non siano di minore gravità”, come si evince d'altra parte dal considerando n. 11 della direttiva secondo cui gli “Stati membri possono stabilire cosa costituisce un caso di minore gravità ai sensi del loro diritto e della loro prassi nazionali”<sup>40</sup>.

Nonostante le direttive penali contengano indicazioni espresse sul tipo di pena da adottare, spetta tuttavia a ciascun legislatore nazionale definirne il contenuto ricorrendo alla disciplina prevista nel proprio codice (o diritto) penale, cosicché le indicazioni europee, pure quando si possono ritenere maggiormente precise, tendono ad essere tradotte legislativamente in termini diversi negli Stati membri. Tuttavia, le problematiche non attengono solamente alle disarmonie riferibili alle comminatorie in astratto, ma anche ai *criteri giuridici e alle logiche applicative estremamente eterogenee nei diversi sistemi penali*, aspetto questo che rende evidente la necessità di occuparsi in futuro dell'armonizzazione delle sanzioni penali anche tenendo conto dei mec-

<sup>33</sup> Si v. artt. da 3 a 6 della Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile.

<sup>34</sup> Si v. artt. 2 e 4 della Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

<sup>35</sup> Si v. art. 5 della Direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio.

<sup>36</sup> Si v. art. 7 della Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato).

<sup>37</sup> Così L. SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva europea sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22 febbraio 2011.

<sup>38</sup> Formule eterogenee del tipo “pene privative della libertà personale” (art. 4, paragrafo 2, Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato), “pene detentive” (art. 3 ss., Direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile) e “reclusione” (art. 4, Direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio) ricevono in altre lingue (ad es., francese ed inglese) sempre la medesima formulazione letterale.

<sup>39</sup> Conferma è data anche dal considerando n. 16 della Direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, secondo cui “Gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni penali nel proprio diritto nazionale con riguardo alle disposizioni del diritto dell'Unione in materia di lotta contro la falsificazione monetaria. Tali sanzioni dovrebbero essere effettive, proporzionate e dissuasive e dovrebbero contemplare la reclusione. Il livello minimo della pena detentiva massima previsto dalla presente direttiva per i reati ivi stabiliti dovrebbe applicarsi almeno alle forme più gravi di tali reati”. A ben vedere, il termine reclusione – di cui all'art. 5 sulle sanzioni penali applicabili alle persone fisiche – è utilizzato come sinonimo di pena detentiva nel considerando in esame. Analogamente, si v. considerando n. 16 e art. 7 Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato).

<sup>40</sup> Tuttavia, non mancano delle coordinate europee che consentono di tracciare la nozione di minore gravità: nel medesimo considerando n. 11 si prevede infatti che “un caso può essere considerato di minore gravità, ad esempio, qualora il danno causato dal reato e/o il rischio per gli interessi pubblici o privati, ad esempio per l'integrità di un sistema di informazione o per dati informatici, o per l'integrità, i diritti o altri interessi di una persona, sia insignificante o di natura tale da non rendere necessario imporre una sanzione penale entro i limiti di legge o stabilire una responsabilità penale”. Inoltre, come detto, una valutazione dei casi più gravi può riferirsi anche all'incriminazione delle condotte: si v., ad es., oltre agli artt. 3-7 della Direttiva appena menzionata, anche gli artt. 3 e 5 della Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, secondo cui gli Stati membri devono adottare le misure necessarie affinché l'abuso di informazioni privilegiate, la raccomandazione o l'induzione di altri alla commissione di un abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato “costituiscono reati, almeno nei casi gravi e allorquando siano commessi con dolo”.

canismi di compensazione interna incidenti in concreto sulla commisurazione ed applicazione della pena.

## 4.2.

### *I livelli edittali.*

L'Unione europea, nell'imporre agli Stati membri l'introduzione della pena detentiva, fissa tendenzialmente la misura minima di massimo edittale con formule terminologiche variegata (per citarne alcune: “*punito con una pena detentiva massima di almeno*”, “*punibili con la reclusione della durata massima di almeno*”, “*pena della reclusione per una durata massima non inferiore a*”, “*pene privative della libertà la cui durata non può essere inferiore a*”, ecc.).

Il minimo di pena massima è individuato ricorrendo ad un unico parametro numerico, mentre non trovano diffusione nelle recenti direttive penali le definizioni a compasso edittale (o mediante c.d. forchette) così come accadeva in passato per talune decisioni quadro con cui si imponeva, si pensi ad esempio ai reati di corruzione attiva e passiva nel settore privato, l'obbligo di introdurre “*pene privative della libertà di durata massima compresa almeno tra uno e tre anni*”<sup>41</sup>.

Si tratta di una scelta maturata già in occasione dell'adozione delle decisioni quadro di Terzo Pilastro giacché “sarebbe [stato] incongruo pretendere che le norme penali minime europee dettassero disposizioni anche in merito al minimo edittale, visto che in taluni Stati membri, come per esempio la Francia, non è previsto il minimo edittale applicabile in caso di violazione delle singole norme incriminatrici”<sup>42</sup>. Nonostante le ragioni a sostegno, non possono tuttavia sottovalutarsi gli aspetti critici<sup>43</sup>, e tra questi va annoverato il fatto che gli Stati membri hanno la possibilità di determinare un ulteriore aumento del livello di pena rispetto a quello dettato a livello europeo, senza al contempo essere vincolati da un tetto massimo.

I livelli di pena sono generalmente fissati in ragione della gravità degli illeciti, e almeno in linea di tendenza ciò avviene – per i reati rientranti nelle sfere di criminalità di cui all'art. 83, paragrafo 1 TFUE – prendendo limitatamente come riferimento i quattro livelli di pena delineati in un documento programmatico del Consiglio europeo<sup>44</sup>. Nonostante ciò, in ragione del “numero eccezionalmente elevato di reati differenti e al fine di rispecchiarne i vari gradi di gravità”, in talune norme si è proceduto ad “una differenziazione nel livello delle pene che va al di

<sup>41</sup> Si v. art. 4, paragrafo 2, della Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, secondo cui “Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per assicurare che le condotte di cui all'articolo 2 [corruzione attiva e passiva nel settore privato] siano passibili di pene privative della libertà di durata massima compresa almeno tra uno e tre anni”. Analogamente, la Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti sancisce all'art. 4, paragrafo 1, che “i reati di cui all'articolo 2 siano soggetti a pene detentive della durata massima compresa tra almeno 1 e 3 anni”. Diversa è la formula di cui all'art. 1, paragrafo 4, Decisione quadro del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali 2002/946/GAI, prevede che “qualora (...) sia necessario (...) preservare la coerenza del sistema di sanzioni nazionale”, gli Stati possono introdurre pene privative della libertà, il cui massimo non può essere inferiore a sei anni, in luogo di pene privative della libertà, il cui massimo non può essere inferiore ad otto anni, “a condizione che rientrino tra le pene massime più rigorose applicate a reati di gravità comparabile”.

<sup>42</sup> A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, cit., 34, nt. 139.

<sup>43</sup> S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., 921 ss.

<sup>44</sup> I criteri-guida per la redazione delle sanzioni penali adottati dal Consiglio dell'Unione il 30 novembre 2009 (*Council conclusions on model provisions, guiding the Council's criminal law negotiations (2979th Justice and Home Affairs Council Meetings, 2979th Justice and Home Affairs Council meeting Brussels)*), prevedono che il legislatore europeo debba rifarsi – per le sfere di criminalità di cui all'art. 83, paragrafo 1, TFUE – alle Conclusioni del Consiglio GAI del 25 e del 26 aprile 2002 (*Documento del Consiglio 7991/02, 25-26/4/2002*, 14 ss.). Secondo queste linee guida, la legislazione europea in taluni casi deve prevedere sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, mentre in altre ipotesi deve prevedere i livelli delle sanzioni, avendo come riferimento *quattro livelli* della durata massima compresa tra almeno 1 e 3 (livello 1), tra almeno 2 e 5 (livello 2), tra almeno 5 e 10 (livello 3) e di almeno dieci anni (livello 4). Nelle recenti Conclusioni del 2009 sono state compiute tre puntualizzazioni fondamentali: (1) “la definizione di quattro livelli non implica che ogni strumento giuridico debba far ricorso a tutti né che tutti gli illeciti penali definiti da ciascuno strumento giuridico particolare debbano essere soggetti all'armonizzazione delle pene”; (2) “i livelli cui ci si riferisce sono livelli minimi, e (...) nulla osta a che gli Stati membri vadano oltre tali livelli nella legislazione nazionale”; (3) in particolari circostanze non è escluso che “possa essere applicata una pena superiore al minimo del livello 4”. Infine, la Commissione europea, nel *Libro Verde sul ravvicinamento, il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sanzioni penali nell'Unione europea, Bruxelles, 30.04.2004 COM(2004)334 def.*, fugando ogni dubbio sulla struttura e la funzione delle c.d. forchette, ha sottolineato che “hanno lo scopo di fissare il minimo del massimo edittale della pena” e “sono puramente descrittive: in realtà, esclusivamente il grado più basso di ciascun livello è pertinente, trattandosi di un massimo applicabile che deve essere almeno pari a 1, 2, 5 e 10 anni rispettivamente”.

lità di quanto normalmente previsto negli strumenti giuridici dell'Unione"<sup>45</sup>. Ad esempio, nel reato di abuso sessuale (art. 3 della Direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile) sono state tipizzate dettagliatamente fattispecie di diversa gravità per cui si prevedono sei livelli minimi di pena massima: un anno, due anni, tre anni, cinque anni, otto anni e dieci anni. Una tecnica analoga è stata utilizzata anche per definire i reati di sfruttamento sessuale (art. 4), di pornografia minorile (art. 5) e di adescamento dei minori per scopi sessuali (art. 6) contenuti della medesima direttiva. Limitandoci ad una breve riflessione, anche se questa tecnica risponde a criteri di razionalità, in quanto mira a valorizzare il principio di proporzionalità mediante una diversificazione dei livelli sanzionatori parametrata alla gravità dei reati, rischia tuttavia di comprimere gli spazi di discrezionalità legislativa statale aprendo la strada a possibili squilibri interni ai sistemi penali per disomogeneità oppure incoerenza complessiva degli assetti sanzionatori.

Delineato il quadro generale, conviene – al pari di quanto già fatto per gli altri modelli – giungere ad una breve conclusione. Ebbene, ci pare anzitutto che il primato di tale modello sanzionatorio, legittimato da ragioni di ordine simbolico, pratico e giuridico sottese al ravvicinamento delle sanzioni penali in sfere di criminalità perlopiù gravi, non abbia in realtà prodotto dei significativi ravvicinamenti in conformità ai principi politico-criminali. D'altra parte, le recenti scelte dirette ad aumentare le misure minime di pena massima non hanno dato luogo automaticamente ad armonizzazione: infatti, l'uso politico-criminale di una tale equazione matematica, ovvero sia "più pena uguale più armonizzazione", implica come prodotto una legislazione europea di carattere repressivo-deterrente che termina per accrescere le differenze tra gli ordinamenti e mettere in crisi la coerenza dei sistemi sanzionatori nazionali.

## 5.

### L'armonizzazione articolata mediante sanzioni penali ed amministrative: le ragioni della tutela integrata.

Degno di attenzione, anche se qui si potrà fare solamente un cenno, è il tema delle qualificazioni giuridiche multiple derivanti dall'esercizio nella medesima materia di competenze parallele dell'Unione europea e/o degli Stati membri. Dalla prospettiva eurolunitaria il tema è piuttosto complesso in quanto l'esercizio di potestà sanzionatorie concorrenti implicano la sovrapposizione di interventi punitivi, con annessi problemi legati a risposte sanzionatorie sproporzionate e/o in violazione del principio del *ne bis in idem*<sup>46</sup>. Per finalità ricostruttive, è possibile distinguere con approssimazione tra un concorso orizzontale (Unione-Unione) e un concorso verticale (Unione-Stato) di sanzioni penali e amministrative.

Nella prima prospettiva rileva la situazione in cui l'Unione europea esercita la doppia competenza – penale ai sensi dell'art. 83 TFUE e amministrativa punitiva in virtù di altra norma del TFUE – prevedendo in relazione agli stessi precetti la possibilità di una duplice risposta sanzionatoria. È questo il caso, ad esempio, di due recentissimi provvedimenti legislativi adottati dall'Unione europea, vale a dire il Regolamento sugli abusi di mercato (RAM) fondato sull'art. 114 TFUE<sup>47</sup> e la Direttiva abusi di mercato (DAM) con base giuridica nell'art. 83, paragrafo 2 TFUE<sup>48</sup>, che hanno realizzato un modello integrato di tutela, ancora fortemente da perfe-

<sup>45</sup> Considerando n. 11 della Direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile.

<sup>46</sup> Dalla prospettiva comunitaria: Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10, 26 febbraio 2013, per cui, oltre a S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"* (Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia), in *Riv. trim. – Dir. pen. cont.*, 2013, 242 ss., si consente il rinvio a D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. trim. – Dir. pen. cont.*, 2013, 3, 294 ss., e a L. D'AMBROSIO - D. VOZZA, *Le « dialogue des juges » à l'épreuve du ne bis in idem: quelques réflexions à partir de l'expérience italienne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2015, 1, 235 ss.

<sup>47</sup> Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (Regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la Direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione.

<sup>48</sup> Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (Direttiva abusi di mercato).

zionare<sup>49</sup>, con il quale – tenendo conto della struttura delle norme minime relative ai precetti e alle sanzioni, delle specifiche disposizioni di raccordo ivi previste e dei principi fondamentali della proporzione tra reati e pene (art. 49, paragrafo 3, CDFUE) e del diritto a non subire un doppio giudizio per lo stesso reato (art. 50 CDFUE) – si è inteso dare una risposta articolata al fenomeno dell’abuso di mercato, assegnando tuttavia prevalenza allo strumento penale.

Nella seconda prospettiva, che non esaurisce il ventaglio di ipotesi riconducibili alle ipotesi di concorso verticale, merita invece attenzione – in quanto non ancora messa in luce nel dibattito dottrinale<sup>50</sup> – la scelta dell’Unione di introdurre *sanzioni amministrative punitive di matrice europea che possono astrattamente concorrere con le sanzioni penali già previste negli ordinamenti giuridici interni*, prevedendo al contempo meccanismi di raccordo. Utilizzando come riferimento la disciplina in materia di organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM), ma gli esempi sono molteplici e di diverso tenore<sup>51</sup> – **è stato previsto che “sebbene nulla impedisca agli Stati membri di prevedere norme per sanzioni amministrative e penali relative alle stesse violazioni, gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti a prevedere norme sulle sanzioni amministrative relative alle violazioni della (...) direttiva qualora siano disciplinate dal diritto penale nazionale”**<sup>52</sup>.

Il recente processo di armonizzazione delle sanzioni mostra una moltiplicazione degli interventi in ambito penale ed amministrativo, con una tendenza a far prevalere – mediante regole risolutive delle ipotesi di concorso – l’intervento penale su quello amministrativo punitivo.

## 6. Le criticità delle attuali tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali: risposte ineffettive, crescente repressione-deterrenza e persistenti disarmonie tra sistemi.

Le tecniche di armonizzazione delle sanzioni penali attualmente impiegate dall’Unione europea presentano – alla luce di quanto evidenziato – molteplici limiti: se generici obblighi di introdurre “sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive” non sortiscono in dati settori adeguati effetti di armonizzazione sanzionatoria, non necessariamente la fissazione di una pena detentiva con il limite minimo di massimo edittale particolarmente elevato implica una maggiore armonizzazione delle opzioni sanzionatorie negli Stati membri, rischiando viceversa di accrescere le differenze e di dar luogo a “tendenze preoccupanti, che non debbono essere

<sup>49</sup> Cfr. M. LUCHTMAN - J.A. E. VERVAELE, *Enforcing the Market Abuse Regime: Towards an Integrated Model of Criminal and Administrative Law Enforcement in the European Union?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, 5, 192 ss. Già in precedenza sul punto, L. FOFANI, *Verso un’armonizzazione europea del diritto penale dell’economia: la genesi di nuovi beni giuridici economici di rango comunitario, il ravvicinamento dei precetti e delle sanzioni*, in G. Grasso - L. Picotti - R. Sicurella (a cura di), *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011 583 ss.

<sup>50</sup> Particolarmente oggetto di approfondimento sono tuttavia le sanzioni amministrative comunitarie: A. M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. 1: la natura giuridica delle sanzioni comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 3, 527 ss.; ID., *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. 2, I principi fondamentali delle sanzioni comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 4, 929 ss.; ID., *Il sistema sanzionatorio europeo dopo la Carta europea dei diritti fondamentali*, in G. Grasso - R. Sicurella (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, 99 ss.; M. MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l’alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. Grasso - L. Picotti - R. Sicurella (a cura di), *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., 98 ss.

<sup>51</sup> Si v. considerando n. 150 e art. 70, Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE; considerando n. 128 e art. 110, Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio; art. 30, Direttiva 2014/56/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che modifica la direttiva 2006/43/CE relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati. Inoltre, si v. art. 17, Regolamento (UE) 2015/847 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) n. 1781/2006; considerando n. 31 e art. 22, Regolamento (UE) n. 1286/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d’investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati.

<sup>52</sup> Considerando n. 36 e art. 99 della Direttiva 2014/91/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, recante modifica della direttiva 2009/65/CE concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative in materia di taluni organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM), per quanto riguarda le funzioni di depositario, le politiche retributive e le sanzioni.



trascurate”, consistenti nel “reagire ad ogni problema sociale con una crescente repressione e a vedere in ciò di per sé solo un plusvalore”<sup>53</sup>.

A tal ultimo riguardo desta preoccupazione la scelta del legislatore europeo diretta ad innalzare nei recenti interventi di *restyling* delle decisioni quadro i minimi di pena massima<sup>54</sup>, col conseguente rischio di dar luogo a *situazioni di incoerenza*<sup>55</sup>. È noto a tal proposito che la coerenza degli assetti sanzionatori nazionali – si pensi al caso della Finlandia<sup>56</sup> – è stata già messa in crisi a seguito della fissazione per i ruoli superiori dell’associazione terroristica del limite minimo di pena massima a quindici anni. Proprio per tale ultima ragione, nel *Manifesto sulla politica criminale europea* è stato sottolineato che “i limiti minimi di pena massima prescritti dall’Unione Europea non debbono condurre ad un innalzamento delle pene massime comminate a livello nazionale contrastante con il rispettivo sistema penale”<sup>57</sup>. D’altra parte, *limiti edittali particolarmente elevati producono effetti negativi in prospettiva di armonizzazione*: premesso infatti che “i singoli sistemi penali europei si caratterizzano spesso per ben precisi, peculiari meccanismi di “compensazione interna”” tali per cui – ad esempio “i sistemi caratterizzati da pene edittali elevate presentano di regola una gran messe di benefici discrezionali in sede di giudizio e di esecuzione, e viceversa i sistemi caratterizzati da pene edittali modeste si connotano per un più elevato grado di certezza delle stesse”, l’imposizione di minimi di pena massima particolarmente elevati per tutti gli Stati membri – anche per quelli che prevedono pene più basse – potrebbe “in taluni casi addirittura accentuare le differenze tra i sistemi nazionali in sede di risposta sanzionatoria piuttosto che attenuarle”<sup>58</sup>. Quindi, deve condividersi la tesi di chi autorevolmente ha sostenuto che “nella prospettiva di una mera deterrenza s’inquadrano l’imposizione di minimi di massimi edittali particolarmente elevati (...) che caratterizzano provvedimenti normativi europei di respiro corto”<sup>59</sup>.

“Urge dunque la ricerca di nuovi strumenti tecnici” – come autorevolmente sostenuto, e a tal fine occorre avviare una discussione seria sulle tecniche di armonizzazione delle sanzioni penali “per evitare che il riconoscimento formale e solenne della competenza penale dell’Unione rischi di diventare una formula vuota, ovvero come una specie di cane che abbaia alla luna, tanto rumoroso e capace di disturbare il quieto sonno della dottrina, quanto incapace di guidare razionalmente il gregge riottoso e testardo dei legislatori nazionali”<sup>60</sup>. Prima ancora, d’altra parte, viene in rilievo la necessità di disporre di una parte generale di diritto penale europeo che definisca adeguatamente tipi, contenuti e misure sanzionatorie, ma anche di porre sempre più attenzione ai meccanismi di commisurazione ed applicazione in concreto delle pene. Si aggiunga altresì la necessità di dare più spazio – nello sviluppo di una equilibrata politica criminale europea – alle misure alternative e sostitutive della pena detentiva, nonché a forme di giustizia riparativa, di cui pure si rinviene oramai traccia nell’ambito del diritto dell’Unione europea, e che meriterebbero un’autonoma trattazione.

Quanto invece alla *tecniche di armonizzazione* delle sanzioni penali di cui ci stiamo occu-

<sup>53</sup> Così nel *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., 746.

<sup>54</sup> Ad es., la Direttiva sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani ha introdotto “una reclusione di durata massima non inferiore a cinque anni per le ipotesi base, laddove la precedente decisione-quadro si limitava a richiedere l’adozione di sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive; e di almeno dieci anni di reclusione, anziché otto anni come richiesto dalla decisione-quadro, per le ipotesi aggravate” (In questi termini R. SICURELLA, *Prosegue l’azione dell’Unione europea nella lotta alla tratta di esseri umani*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 luglio 2011). Inoltre, la Direttiva relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, a differenza della precedente decisione quadro, ha articolato più in dettaglio i precetti e le sanzioni cosicché per i reati di interferenza illecita relativamente ai sistemi e ai dati, in luogo delle comuni pene detentive della durata massima compresa almeno tra uno e tre anni, ha previsto tre livelli di pena tutti superiori ai precedenti (due anni, almeno per i casi che non sono di minore gravità, tre anni e cinque anni).

<sup>55</sup> Si v., le osservazioni espresse nel *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., 739.

<sup>56</sup> Nel sistema penale finlandese, per dare attuazione alla suddetta norma minima, è stato addirittura necessario introdurre un espediente estraneo al sistema consistente nella comminatoria di una sanzione penale detentiva temporanea di dodici anni – limite massimo di pena previsto nel sistema penale interno – a cui sono stati aggiunti altri tre anni. Si v. *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., 746. Quanto al sistema penale tedesco si v. le osservazioni di S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e costituzione italiana*, cit., 924. Per quanto riguarda l’ordinamento italiano, deve evidenziarsi che la fissazione di un minimo di pena massima particolarmente elevato è destinato ad incidere, oltre che sulla scelta della tipologia di reato (delitto o contravvenzione), sul tempo della prescrizione (riferito ai sensi dell’art. 157, comma 1, c.p. al “massimo della pena edittale stabilito dalla legge”), sulla concessione della sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato che, ai sensi dell’art. 168-bis c.p., riguarda reati puniti “con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni”, ecc.

<sup>57</sup> *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., 739.

<sup>58</sup> A. BERNARDI, *L’armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit., 99-100.

<sup>59</sup> S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit. 921.

<sup>60</sup> L. FOFFANI, *Politica criminale europea e sistema finanziario: l’esempio degli abusi di mercato*, cit., 71.

pando, oltre a ribadire in linea generale la necessità che a livello legislativo debba farsi preventivamente ricorso ad idonee *metodologie di comparazione*, deve – anzitutto – valutarsi criticamente la progressiva e completa rinuncia nella legislazione penale europea alla fissazione di *compassi edittali di pena massima* più correttamente strutturati: la fissazione di un minimo ed un massimo di pena detentiva massima sortirebbe effetti positivi sul piano dell'armonizzazione europea, consentendo almeno di porre dei limiti ad aumenti di pena negli ordinamenti interni<sup>61</sup>. Inoltre, occorre riflettere sull'uso di norme volte ad individuare *cornici edittali minime*<sup>62</sup>.

Come autorevolmente sostenuto in dottrina, è quindi essenziale “passare dai precetti alle sanzioni, se si vuole prendere sul serio il progetto dell'armonizzazione; e bisogna anche qui, verosimilmente, elaborare nuove tecniche di armonizzazione”<sup>63</sup>. Il ricorso a queste ultime, unitamente alla messa in campo di altre tecniche e strategie segnalate, rappresentano l'orizzonte verso cui muoversi per superare “le lamentazioni circa l'assenza di una “autentica” politica criminale europea” che si lega alle “evocate “disarmonie” tra gli ordinamenti degli Stati membri in termini di sanzioni comminate”<sup>64</sup>.

## 7. Le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni dalla prospettiva del sistema penale italiano.

Inquadrate le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali negli strumenti normativi attualmente esistenti nel diritto dell'Unione europea, si verificherà l'incidenza che il ricorso alle stesse ha prodotto nell'ordinamento interno.

Innanzitutto, a fronte di prescrizioni europee che impongono “sanzioni *penali effettive, proporzionate e dissuasive*”, il legislatore italiano ha operato scelte ineffettive e/o residuali. Ne costituisce un esempio, sempre tenuto conto delle precisazioni già svolte in precedenza, l'attuazione della disciplina in materia ambientale. Com'è noto, il d.lgs. 7 luglio 2011, n. 121, di trasposizione della Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente e della Direttiva 2009/123/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi, eccetto la novità più significativa costituita dall'introduzione della responsabilità degli enti per taluni reati, si è limitato ad incriminare “le uniche due fattispecie previste dalla direttiva assenti nell'ordinamento inter-

<sup>61</sup> Si è già detto che la fissazione dei c.d. compassi edittali di pena massima è avvenuta, ad esempio, nelle decisioni quadro sulla lotta alla corruzione nel settore privato e sul contrasto al traffico illecito di stupefacenti in cui sono state imposte agli Stati membri “pene privative della libertà di durata massima compresa almeno tra uno e tre anni”. Sebbene questa tecnica di armonizzazione risponda all'obiettivo di garantire la coerenza dei sistemi penali interni, presenta – per come congegnata – molteplici aspetti critici. Innanzitutto, è stato sostenuto che il livello più elevato di tre anni costituirebbe la misura minima che vincola il legislatore nazionale, salvo che esigenze di coerenza sanzionatoria non giustificano l'adozione di un limite edittale massimo più basso, ma non inferiore ad un anno. A tal riguardo, A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit., 99, nt. 92, ha difatti sottolineato che “Nel tentativo di fare salva l'armonia interna di tutti i sistemi penali dei Paesi UE, non mancano decisioni quadro che prevedono la possibilità per gli Stati membri di abbassare entro limiti prestabiliti la soglia minima del massimo edittale imposto dagli atti in questione, per l'appunto quando tale soglia comprometterebbe la “coerenza del regime di pene dello Stato””. Diversamente, nel *Libro Verde sul ravvicinamento, il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sanzioni penali nell'Unione europea*, cit., la Commissione europea ha messo in evidenza che “le “forchette” sono puramente descrittive: in realtà, esclusivamente il grado più basso di ciascun livello è pertinente, trattandosi di un massimo applicabile che deve essere almeno pari a 1, 2, 5 e 10 anni rispettivamente”. Sul punto si è espressa anche Cass. pen., sez. III, ud. 9 maggio 2012 – 30 agosto 2012, n. 33512, la quale ha ritenuto non sussistente alcuna difformità sotto il profilo sanzionatorio tra l'art. 73, d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 e l'art. 4, comma 1, della Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, in materia di traffico illecito di stupefacenti, secondo cui “ciascuno Stato membro provvede affinché i reati di cui all'art. 2 siano soggetti a pene detentive della durata massima compresa tra almeno uno e tre anni”. Secondo i giudici di legittimità, con tale formula non vengono indicati il termine minimo e quello massimo della pena, “bensì vengono indicati i massimi che non possono essere inferiori ad uno e tre anni, da stabilire a seconda dei casi”. Diversamente, “la disposizione si sarebbe espressa nel senso che la pena irrogabile sarebbe stata da “da 1 a 3 anni” e non nel senso “della durata massima compresa tra almeno 1 e 3 anni”, espressione questa con la quale si è voluto chiaramente indicare che il massimo deve essere “almeno” non inferiore a uno o tre anni a seconda dei casi”. Si veda, sebbene in base ad argomentazioni diverse, Cass. pen., sez. III, 2 marzo 2010, n. 12635.

<sup>62</sup> A tal proposito si consideri la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio /\* COM/2013/042 final - 2013/0023 (COD) \*/, che all'art. 5, paragrafo 4, prevedeva – per date condotte di falsificazione – la punizione con (a) la pena minima di almeno sei mesi di reclusione; (b) la pena massima di almeno otto anni di reclusione. Questa cornice edittale minima, al termine dell'iter di adozione, non è stata inserita nell'art. 5 della Direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione.

<sup>63</sup> L. FOFANI, *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato*, cit., 71.

<sup>64</sup> In questi termini D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza della Cassazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 luglio 2011, 2.

no”<sup>65</sup>, ovvero sia l’uccisione, distruzione, cattura, ecc. di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette (art. 727-bis c.p.) e la distruzione o deterioramento di habitat (art. 733-bis), che non hanno né rivoluzionato l’architettura della disciplina penale dell’ambiente, né determinato un rafforzamento della stessa. È stato autorevolmente sostenuto che “la disciplina è improntata a scarsa severità per le persone fisiche, destinatarie di illeciti penali contravvenzionali soggetti a prescrizione breve e a pene piuttosto blande, non di rado obblazionabili”<sup>66</sup>. La risposta sanzionatoria interna, oltre ad avere carattere residuale – difatti è stata superata da una recente riforma<sup>67</sup>, è stata altresì ineffettiva, tenuto conto del fatto che il *ricorso al modello di illecito contravvenzionale* in ambito ambientale pone chiaramente un problema di conformità del diritto interno alle prescrizioni minime europee<sup>68</sup>.

Nel trasporre invece le norme di fonte europea che impongono *minimi di pena massima*, il legislatore italiano non ha apportato modifiche sostanziali alle misure delle pene, ma ha esteso l’ambito di operatività di precetti già esistenti oppure ha introdotto nuove circostanze aggravanti, e ciò anche in ragione del fatto che si tratta di sfere di criminalità rispetto alle quali già le fonti internazionali hanno spinto al rafforzamento della risposta penale. In particolare, con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, nell’attuare le norme europee sulla repressione della tratta di esseri umani, è stato modificato solo il reato di cui all’art. 601 c.p., senza apportare modifiche sostanziali alle cornici edittali<sup>69</sup>; invece, il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 39 di trasposizione della normativa volta a reprimere lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile ha introdotto *molteplici circostanze aggravanti*<sup>70</sup>.

Volendo tirare brevemente le fila del discorso, sembra anzitutto che l’adozione di norme minime a contenuto sanzionatorio, sebbene abbia comportato l’espansione della “parte speciale” del diritto penale dell’Unione, non ha prodotto – a differenza di altri strumenti politico-criminali utilizzati (anche) antecedentemente all’attribuzione di una competenza penale indiretta all’Unione europea<sup>71</sup> – dei significativi mutamenti nel sistema penale italiano, e ciò per le singole ragioni evidenziate. Inoltre, in linea con i rilievi critici già svolti, l’introduzione di fattispecie contravvenzionali attuative degli obblighi di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive oppure di circostanze aggravanti attuative di norme minime che impongono pene detentive massime sono degli evidenti “*indici sintomatici*” di crescente ineffettività e/o repressione-deterrenza dei recenti interventi legislativi europei.

## 8.

### I confini a geometria variabile delle opzioni di revisione del sistema sanzionatorio interno.

Le definizioni degli elementi costitutivi minimi delle sanzioni penali sono destinate altresì a tracciare i confini delle opzioni di revisione del sistema sanzionatorio interno. Nell’interes-

<sup>65</sup> In questi termini G. DE SANTIS, *La tutela penale dell’ambiente dopo il d.lgs. n. 121/2011 di attuazione della direttiva 2008/99/CE*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 2, 668 ss.; ID., *Due nuove reati in materia ambientale*, in *Cass. pen.*, 2012, 11, 3658 ss.

<sup>66</sup> Così C. RUGA RIVA, *IL DECRETO LEGISLATIVO DI RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE COMUNITARIE SULLA TUTELA PENALE DELL’AMBIENTE: NUOVI REATI, NUOVA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI DA REATO AMBIENTALE*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 agosto 2011, 16.

<sup>67</sup> In corso di pubblicazione del presente scritto è entrata in vigore la Legge 22 maggio 2015, n. 68 (in *Gazz. Uff.*, 28 maggio 2015, n. 122, avente ad oggetto “Disposizioni in materia di delitti contro l’ambiente”. Si v. C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati, commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015.

<sup>68</sup> In riferimento all’ineffettività della limitata disciplina introdotta, oltre agli scritti già richiamati, E. LO MONTE, *Considerazioni sulla (in) applicabilità delle fattispecie di cui agli artt. 727-bis e 733-bis c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 Dicembre 2014. Ancora sull’incompatibilità tra il modello di illecito contravvenzionale e la tutela penale dell’ambiente di matrice eurounitaria si v., già da tempo, A. MANNA, *Struttura e funzione dell’illecito penale ambientale. le caratteristiche della normativa sovranazionale*, in *Giur. merito*, 2004, 10, 2162 ss.

<sup>69</sup> Ciò detto, deve evidenziarsi che l’art. 601 c.p. italiano punisce la tratta di esseri umani con la reclusione da otto a venti anni – salvo l’applicazione di aggravanti, mentre l’art. 4 della Direttiva 2011/36/UE punisce la tratta con la reclusione della durata massima di almeno cinque anni, salvo che sia stato commesso nei confronti di una vittima particolarmente vulnerabile, compresi almeno i minori; in questo caso, la reclusione è della durata massima di almeno dieci anni. Tenuto conto di tale differenza, occorre chiedersi se la risposta penale italiana possa considerarsi particolarmente *sproporzionata*.

<sup>70</sup> Ad es., agli artt. 602-ter, comma 8, 609-ter, comma 1, nn. 5-quinquies e 5-sexies; 609-quinquies, comma 3; 609-duodecies c.p.

<sup>71</sup> S. MANACORDA, *L’efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it. (Cronache comunitarie)*, 1995, 3 ss.; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 3, 326 ss.

sarci anzitutto delle prospettive di *depenalizzazione*<sup>72</sup>, la maniera migliore per introdurre il tema è rievocare – riadattandola al contesto dei rapporti tra livelli ordinamentali – la *celebre metafora*<sup>73</sup> che rappresenta “i complessi rapporti che intercorrono tra le istanze di criminalizzazione” e “di «riduzione» della penalità” con l’immagine di un sistema penale che assume le sembianze di una *laguna*, in cui il livello dell’acqua è governato “da flussi contrastanti delle maree” che, d’un canto, dovrebbero immettere nuova acqua nel bacino e, d’altro canto, “dovrebbero sversare all’esterno quantitativi grosso modo corrispondenti a quelli immessi”. Tuttavia, “l’intasamento dei sistemi penali sembrerebbe smentire la forza evocativa della metafora, svelandone l’illusorietà”: il diritto penale nell’età post-moderna “restituisce l’immagine di un sistema che assomiglia non tanto ad una laguna bensì ad uno *stagno*”, e ciò da più parti è imputato anche ai flussi di norme entrate a dismisura dai canali che oramai congiungono il diritto dell’Unione europea al sistema penale interno.

Ed infatti, uno dei fattori principali di espansione del diritto penale interno è la messa in campo di una serie di strategie di intervento politico-criminali nel contesto dell’Unione europea connesse all’imposizione di obblighi di natura sanzionatoria a protezione degli interessi comunitari<sup>74</sup>, di cui solo una parte è il risultato delle norme minime qui studiate. Tutte queste disposizioni come già più volte detto esprimono dei vincoli per il legislatore nazionale, il quale non può optare per la depenalizzazione di fattispecie “coperte” da obblighi di tutela penale di fonte europea, se non attivando un “cortocircuito” interordinamentale.

Tenuto conto della *struttura a geometria variabile degli obblighi sanzionatori* descritta nelle pagine precedenti, il discorso è in realtà più complesso ed articolato di quello che potrebbe emergere in prima battuta: mentre la depenalizzazione di fattispecie attuative di obblighi a contenuto sanzionatorio dell’Unione europea non dovrebbe dar luogo ad inadempimento statale sopravvenuto laddove tali vincoli si limitano ad imporre agli Stati membri “sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive”<sup>75</sup> o quando le fattispecie da depenalizzare non rientrano tra le figure di reato di gravità tale da postulare l’applicazione di minimi di pena massima<sup>76</sup>, si verrebbe viceversa a registrare un contrasto quando la scelta di degradare il reato in illecito amministrativo o nell’area della liceità avvenga per reati rispetto ai quali l’Unione europea chiede l’applicazione di “sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive”<sup>77</sup> o di minimi di pena detentiva massima.

In ordine alla *legittimità costituzionale ed eurounitaria di una tale opzione di depenalizzazione*, si è rilevato che essa “sarebbe al tempo stesso costituzionalmente garantita e frontalmente in contrasto con il diritto dell’Unione”, sicché “qualora questa situazione dovesse concretizzarsi, si potrebbe profilare un conflitto tra il modo di vedere le cose da parte della Corte di giustizia e il modo di vedere le cose da parte della Corte costituzionale, suscettibile di azionare il meccanismo dei controlimiti”<sup>78</sup>. Altro autorevole dottrina ha invece evidenziato che

<sup>72</sup> Com’è noto, la depenalizzazione è destinata ad incidere sulla parte speciale del diritto penale che costituisce il segmento normativo principale su cui insistono i vincoli di fonte europea. Non è un caso che, ad esempio, l’art. 2, comma 2, la legge 28 aprile 2014, n. 67, concernente “Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili” abbia escluso dalla “trasformazione in illeciti amministrativi” i reati in materia ambientale per cui è prevista la sola pena della multa o dell’ammenda. E pur volendo optare per soluzioni più incisive in futuro, come ad esempio quella volta a ridurre il sovraffollamento carcerario dando luogo alla depenalizzazione delle fattispecie di traffico delle droghe leggere (A livello nazionale, v., *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale antimafia e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2013 – 30 giugno 2014*, Gennaio 2015, 355 ss., mentre in ambito internazionale, si v. il report prodotto dalla GLOBAL COMMISSION ON DRUG POLICY, *Taking Control: Pathways to Drug Policies that Work*, New York, Settembre 2014), sarà necessario prendere sul serio la disciplina europea, e ciò soprattutto se si tiene conto della recente affermazione della Corte Costituzionale italiana “sull’insistenza di obblighi di penalizzazione di fonte europea” in tale materia (V. Manes, L. Romano, *L’illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti (Nota a Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, Pres. Silvestri, Est. Cartabia)*, in *Riv. Trim. - Dir. pen. cont.*, 2014, 1).

<sup>73</sup> C. E. PALIERO, *Tendenze e controtendenze nella politica di depenalizzazione*, in AA. VV., *Depenalizzazione e circolazione stradale*, Milano, 2002, 247 ss.; C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in E. Dolcini – C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1653 ss.

<sup>74</sup> S. MANACORDA, *L’efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it. (Cronache comunitarie)*, 1995, 3 ss.; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, cit., 326 ss.

<sup>75</sup> Purché, ovviamente, non debbano intendersi come penali in relazione alle circostanze del caso concreto.

<sup>76</sup> Eccezione fatta per le ipotesi che prevedono la necessità di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive per i casi meno gravi.

<sup>77</sup> Salvo che in tale genere non si ricomprendano le sanzioni amministrative punitive.

<sup>78</sup> C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 3, 337 ss.; S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., 924, evidenzia – proprio in tema di pena – che “se dovesse sorgere un conflitto tra una norma di derivazione europea ed un principio costituzionale interno, rafforzativo delle garanzie individuali, dovrà sempre prevalere la norma interna, anche in nome della reale attuazione della disposizione di cui all’art. 6 del Trattato”.



l'opzione di depenalizzazione potrebbe porsi non solo in contrasto con il diritto dell'Unione europea, ma anche con il diritto costituzionale italiano: infatti, qualora l'inadempimento statale sopravvenuto riguardi "obblighi punitivi specifici e puntuali" dell'Unione<sup>79</sup>, la norma di depenalizzazione andrebbe dichiarata incostituzionale sulla base degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. in quanto "il "controlimite" della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. potrebbe ritenersi superato a seguito della trasposizione statale", e ciò perché "la scelta di incriminazione non deriverebbe dalla pronuncia della Corte ma dalla legge precedente, unica legge costituzionalmente conforme perché rispettosa dell'impegno comunitario"<sup>80</sup>.

Ma la discussione sull'incidenza degli obblighi sanzionatori europei sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio può e deve estendersi anche a temi ulteriori rispetto alla depenalizzazione. Tentando di dimostrare quanto appena asserito, si faranno almeno due esempi, l'uno riferito alla proposta di introdurre nel Codice penale italiano pene detentive non carcerarie e l'altro legato alla revisione delle cornici edittali delle fattispecie penali di parte speciale. In ordine alla prospettiva di introdurre *pene detentive non carcerarie*, vale a dire la reclusione e l'arresto domiciliare<sup>81</sup>, pare che sia quantomeno da *discutere la questione della compatibilità tra una siffatta opzione e gli obblighi europei che impongono agli Stati membri minimi di pena detentiva massima*. A tal riguardo le questioni da tematizzare sono molteplici, ma valga qui evidenziare che solamente se la nozione di pena detentiva contenuta nelle direttive europee viene intesa in senso ampio – come si è ritenuto di sostenere – può considerarsi conforme al diritto europeo la scelta di prevedere pene detentive non carcerarie, e ciò sempreché – superata la prima obiezione – venga comunque rispettata l'ulteriore condizione dei livelli edittali definiti a livello europeo. Relativamente alla tradizionale e sempre attuale proposta di operare una *revisione sistematica delle cornici edittali*<sup>82</sup>, magari dopo una "riforma immediata" dell'art. 69 c.p.<sup>83</sup>, pare a questo punto chiaro che sarà necessario prendere in esame anche le *disposizioni di matrice europea che vincolano all'adozione di minimi di pena massima*<sup>84</sup>.

Queste brevi note conclusive dimostrano che, per effetto dei recenti processi di europeiz-

<sup>79</sup> In questi termini V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 112 ss.

<sup>80</sup> V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti*, cit., 221 ss. Per più ampi approfondimenti V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 112 ss. il quale descrive tale aspetto con "il concetto di materia "coperta da riserva comunitaria" nel senso che la norma di diritto interno che traspone correttamente l'obbligo dell'Unione europea esprime una "forza di resistenza" rispetto "a successive novazioni legislative di segno opposto".

<sup>81</sup> L'art. 1 della Legge n. 67/2014 ha delegato il Governo ad adottare decreti che prevedono l'introduzione di "pene detentive non carcerarie", vale a dire della reclusione e dell'arresto domiciliare (art. 1, comma 1, lett. a). In base ai criteri della delega, per i reati in relazione ai quali è prevista la pena dell'arresto o della reclusione non superiore nel massimo a tre anni, secondo quanto disposto dall'art. 278 c.p.p., si prescrive l'introduzione della reclusione domiciliare e dell'arresto domiciliare (art. 1, comma 1, lett. b); inoltre, per i delitti per i quali è prevista la pena della reclusione tra i tre e i cinque anni, alla luce di quanto previsto nell'art. 278 c.p.p., la delega prevede che venga introdotta una disposizione sulla base della quale il giudice, tenuto conto dei criteri indicati dall'art. 133 c.p., possa applicare la reclusione domiciliare (art. 1, comma 1, lett. c). Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2014, 1693 ss.; F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali. Editoriale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 febbraio 2014; F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in C. Conti - A. Marandola - G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme penali. Liberazione anticipata, stupefacenti, irreperibili, messa alla prova e deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Padova, 2014, 145 ss.; M. RONCO, *I decreti delegati al Governo in tema di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 609 ss.; O. MAZZA, *Dalla sentenza «Torreggiani» alla riforma del sistema penale*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 361 ss.; A. FIORELLA, *Ripartire dai progetti ministeriali di un nuovo codice penale? Prospettive non avveniristiche di trasformazione del sistema delle sanzioni penali*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 389 ss.; N. SELVAGGI, *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive nelle più recenti iniziative di riforma (con particolare riferimento alle novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014 n. 67)*, in *Arch. pen.*, 2014, 417 ss.; A. MANNA, *Riflessioni introduttive sulle recenti riforme in tema di "svuota-carceri"*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2015, 1 ss.; G. MANNOZZI, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 7, 781 ss.

<sup>82</sup> T. PADOVANI, *La disgregazione dell'attuale sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 41 ss.; C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 947 ss.

<sup>83</sup> Cfr. M. DONINI, *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema. Intervista*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 221 ss.

<sup>84</sup> Proprio a questo proposito S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., 924, sottolinea che "I minimi di pena massima imposti dall'Unione generalmente corrispondono, grossomodo, a quelli previsti dal codice Rocco o dalla legislazione emergenziale italiana, da lunga data caratterizzata, sul piano delle comminatorie edittali, nel senso di un'impostazione repressivo-deterrente; si tratta, dunque, di un dato tutt'altro che confortante e che certamente si pone in contrasto con l'esigenza, diffusamente avvertita nella dottrina italiana, di una revisione delle cornici edittali e dell'intero sistema sanzionatorio".

zazione ed internazionalizzazione della politica criminale e dei sistemi penali<sup>85</sup>, l'elaborazione di un progetto di riforma del sistema sanzionatorio nazionale presuppone oramai la necessità di mettere adeguatamente a fuoco la cornice dei vincoli sovranazionali<sup>86</sup> entro cui le opzioni legislative statuali possono concretizzarsi, e ciò per evitare che l'inottemperanza non preven-tivata degli stessi possa generare il rischio di eventuali censure post-riforma ad opera della Corte di Giustizia e/o della Corte Costituzionale.

<sup>85</sup> In ordine ai processi di internazionalizzazione ed europeizzazione dei sistemi penali e della politica criminale: K. TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 3 ss.; S. MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale (Atti del Convegno di studiosi svoltosi a Courmayeur, 8-10 ottobre 1999)*, Milano, 2000, 35 ss.; G. DE FRANCESCO, *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 5 ss.; A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; J. A. E. VERVAELE, *L'europeizzazione del diritto penale e la dimensione penale dell'integrazione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2005, 129 ss.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., *passim*; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, cit., *passim*. Nella dottrina tedesca, H. SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Köln, Heymann, 2001.

<sup>86</sup> In ordine ai vincoli promananti dal diritto dell'Unione europea: V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 90 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 2009; C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, cit., 171 ss. Essi devono distinguersi rispetto ai vincoli derivanti dalla CEDU su cui, oltre a V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 90 ss., e V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., *passim*, si v. S. MANACORDA, «Dovere di punire»? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1364 ss.; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in G. Forti – M. Bertolino – L. Eusebi (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, IV, 2011, 2645 ss.).