

prof.ssa PETRA VELTEN
Università di Linz

DIRITTO PENALE EUROPEO (*) (**)

SOMMARIO: I. Introduzione. – II. Strumenti e principi del processo di europeizzazione nel diritto penale. – 1. Percorsi verso l'europeizzazione. - 2. Strumenti dell'armonizzazione. - 3. Sviluppo concreto dell'armonizzazione. - 4. Il principio del riconoscimento reciproco nel processo penale. - 5. Conclusioni. – III. Il dibattito giuridico-politico.

I. *Introduzione*

Quando in Europa si parla di diritto penale, si fa tuttora riferimento a culture completamente diverse tra loro. Solo pochi esempi: gli olandesi seguono una loro strada tanto nella disciplina penale degli stupefacenti, quanto in quella dell'eutanasia; l'Irlanda ha un atteggiamento estremamente severo in materia di aborto; l'Austria e la Germania puniscono con durezza le manifestazioni d'opinione dei neonazisti (si pensi alla cosiddetta "menzogna di Auschwitz"). Anche il ruolo della legge penale è profondamente diverso in ambito europeo: mentre il sistema di *Common Law* esprime grande fiducia nei confronti di una giurisprudenza e di una cultura giuridica che si autodisciplinano, nell'Europa continentale vige, quale corollario del principio *nulla poena sine lege*, la riserva di legge. E ancora: gli Stati nordici ancorano l'intervento punitivo al principio del luogo di effettiva commissione del reato, assai più di quanto non accada in Germania ed Italia. Per non dire del diritto processuale penale, che registra in Europa sistemi completamente differenti. Da un lato, vi sono ordinamenti che adottano il modello accusatorio, il quale è caratterizzato dai poteri e dalla responsabilità delle parti processuali; esso attribuisce grande importanza al dibattimento e, conseguentemente, al principio dell'immediatezza nella formazione della prova. Dall'altro lato, vi sono Paesi dell'Europa continentale dove il processo penale si connota per l'obbligatorietà

* Testo della relazione tenuta dall'autrice al XXI Congresso per gli scambi culturali tra giuristi italiani e tedeschi, sul tema "Problemi attuali della responsabilità e dell'illecito in Italia e in Germania" (Catania, 6-7 ottobre 2006).

** Traduzione dal tedesco a cura del dott. Andrea De Petris.

dell'azione penale e per la continua crescita della fase istruttoria, con collaterale perdita di centralità del dibattito.

Ad ogni modo, la dottrina tedesca d'oggi è unanime nel ritenere che il treno per l'Europa sia partito – anche in campo penale – e nulla lo possa più fermare¹. Per converso, rimane estremamente controverso il giudizio sul processo di integrazione dei sistemi penali², essendo profondamente differenti, al riguardo, gli atteggiamenti dei vari Stati membri. Anche l'azione degli organi della Comunità e dell'Unione Europea è valutata in modo critico. Mentre alcuni la indicano con l'immagine orrorifica di “forze scatenate”³, altri assumono un atteggiamento “tolleranza radicale”⁴. Gli oppositori dell'armonizzazione temono che tanto nel diritto penale sostanziale che in quello processuale finisca per imporsi sempre l'ordinamento più punitivo, con grave rischio per la tradizione penalistica liberale. I fautori del processo di adeguamento sottolineano, invece, come in un territorio in cui la libertà di circolazione, di stabilimento e di esercizio delle attività professionali vengono assicurate al di là dei confini nazionali, l'intervento punitivo non possa rimanere a compartimenti stagni.

II. *Strumenti e principi dell'uropeizzazione del diritto penale*

Cosa sottende il processo di armonizzazione e in quale direzione ci sta conducendo? Mi propongo di passare in rassegna, anzitutto, gli strumenti e i principi del processo di europeizzazione nel campo del diritto penale sostanziale⁵.

¹ Cfr. per tutti GLEß, *Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung*, in *ZStW* 116 (2004), 353.

² V., più in dettaglio, i contributi di: WEIGEND, *Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht*, in *ZStW* 116 (2004), 275 ss.; HASSEMER, *Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag*, in *ZStW* 116 (2004), 304 ss.; BACIGALUPO, *Bemerkungen zu strafrechtlichen Fragen des Verfassungsentwurfs*, in *ZStW* 116 (2004), 326 ss.; NESTLER, *Europäisches Strafrecht*, in *ZStW* 116 (2004), 332 ss.; GLEß, *Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung*, in *ZStW* 116 (2004), 353 ss.; SCHÜNEMANN, *Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur Europäischen Strafverfolgung*, in *ZStW* 116 (2004), 376 ss.; VOGEL, *Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung*, in *ZStW* 116 (2004), 400 ss.; BURUMA, *Radikale Toleranz*, in *ZStW* 116 (2004), 424 ss.; MILITELLO, *Der Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung: Ein Januskopf*, in *ZStW* 116 (2004), 436 ss.; KREß, *Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch Organisierte Kriminalität und Terrorismus*, in *JA* 2005, 220 ss.

³ Principalmente: NESTLER, in *ZStW* 116 (2004), 332 ss. (350); SCHÜNEMANN, in *ZStW* 116 (2004), 376 ss.

⁴ BURUMA, in *ZStW* 116 (2004), 424 ss.

⁵ V. in proposito BACIGALUPO, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (2001), 1361.

Successivamente, mi soffermerò brevemente sui termini del dibattito giuridico-politico⁶.

1. *Percorsi verso l'europeizzazione* – In via del tutto preliminare occorre prendere atto della situazione attuale. Da un punto di vista idealtipico, si possono distinguere due vie che conducono all'europeizzazione del diritto penale⁷. La prima è quella dell'“eurointegrazione”: l'armonizzazione del diritto penale e/o del diritto processuale penale viene perseguita al fine precipuo di costituire uno spazio giuridico unitario. La seconda via è quella della “giustizia penale nazionale eurocooperativa”. Quest'ultima, diversamente dall'armonizzazione, lascia intatti gli ordinamenti penali nazionali, favorendo, d'altro canto, la creazione di uno spazio giuridico comune tramite il riconoscimento reciproco degli ordinamenti penali e processuali interni ai singoli Stati. Nel primo caso, dunque, si rende necessaria la ricerca, a livello europeo, di soluzioni di compromesso, per esempio nei settori nevralgici che si sono citati – come l'eutanasia, la disciplina penale degli stupefacenti e quella dell'aborto – con la conseguenza di perseguire l'allineamento di ordinamenti penali e processuali tra loro diversi. L'adozione del secondo modello, invece, comporterebbe, ad esempio, che la disciplina penale irlandese in tema di aborto venga riconosciuta ed applicata anche in Germania o in Olanda.

2. *Strumenti dell'armonizzazione* – Passerà ancora molto tempo prima che il diritto comunitario e quello europeo acquisiscano la portata che passo adesso a descrivere⁸. Vorrei soffermarmi in primo luogo sugli strumenti di armonizzazione del diritto penale e sugli attori di questo processo, non prima di aver ricordato che gli organi della Comunità europea non hanno competenza alcuna a produrre direttamente una legislazione penale sovranazionale⁹. Su

⁶ Sull'importanza delle questioni giuridico-politiche, cfr. JUNG, *Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts*, in *JuS* 2000, 417.

⁷ Cfr. in argomento BURUMA, *Radikale Toleranz*, in *ZStW* 116 (2004), 424 ss. (426).

⁸ Anche in questo caso si tratta di una materia trasversale; cfr. in proposito: HECKER, *Europäisches Strafrecht* (2005) 5, 7 ss.; WASMEIER, *Stand und Perspektiven des EU-Strafrechts*, in *ZStW* 116 (2004), 325. Per quanto riguarda l'intesa sui contenuti di un “diritto penale dell'Unione europea”, cfr. KLIP, *Strafrecht in der Europäischen Union*, in *ZStW* (117) 2005, 895.

⁹ Del resto, il dibattito sul concetto stesso di legislazione penale è molto acceso. Cfr. in proposito sui criteri di distinzione, v. SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts* (2001), 74 ss.; in seguito, HECKER, *Strafrecht*, 141. I contrassegni del diritto penale in senso stretto sono, secondo quest'ultimo, la finalità repressiva e la condanna etico-sociale della misura sanzionatoria; il comminare pene detentive o pecuniarie, che potrebbero essere commutate in pene detentive sostitutive; la validità dei principi di colpa e legalità; l'applicazione delle sanzioni da parte

questo insegnamento convergono sia la dottrina dominante¹⁰, sia la prassi, anche se tale concordia di opinioni inizia lentamente a vacillare¹¹. Per converso, è pur vero che sia gli organi comunitari, sia quelli dell'Unione Europea hanno influenzato finora in modo persistente la legislazione penale in Europa. Da un lato, infatti, essi detengono una competenza di indirizzo degli Stati membri e, dall'altro lato, secondo la dottrina dominante, perseguono il principio di fedeltà comunitaria in vista dell'assimilazione del diritto penale. Non vanno trascurati, poi, gli obblighi di assimilazione che operano direttamente nel diritto penale nazionale¹² e l'utilizzo di norme in bianco da parte del legislatore penale nazionale. Queste ultime rivestono un ruolo rilevante soprattutto nel diritto penale accessorio. Si tratta di rinvii statici o dinamici ai regolamenti delle CE. Quale ultimo vincolo, viene in rilievo il dovere (in capo al giudice nazionale) di interpretazione conforme al diritto comunitario.

Concentriamo adesso l'attenzione sulle concrete competenze di indirizzo della Comunità Europea¹³. Come noto, esistono due tipologie di fonti che permettono al diritto comunitario di esplicare l'anzidetta funzione orientativa: il riferimento è alla *direttiva* e al *regolamento*. Il regolamento produce un diritto immediatamente vigente all'interno degli Stati membri; per questa ragione non esistono regolamenti in materia penale¹⁴. La direttiva, invece, richiede

di un tribunale in un processo previsto a tale scopo e la registrazione della pena in un registro penale. Secondo tale punto di vista non sono materia di diritto penale in senso stretto (criminale) le ammende delle norme antitrust (art. 83, comma 2, lett. *a* del Trattato CE), le penalità di mora (art. 87, comma 2, lett. *a* del Trattato CE) e le sanzioni previste dal diritto agrario e della pesca; vedi in proposito HECKER, *Strafrecht*, 144 s..

¹⁰ DANNECKER, *Die Entwicklung des Strafrechts unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts*, in *JURA* 1998, 79 s.; EISELE, *Einführung in das Europäische Strafrecht – Sanktionskompetenzen auf europäischer Ebene*, in *JA* 2000, 896 ss.; JUNG, in *JuS* 2000, 417; SATZGER, *Die Europäisierung*, 92 ss.; HECKER, *Strafrecht*, 153 ss.

¹¹ In relazione all'art. 280, comma 4, del Trattato CE alcuni autori sostengono invece che "le misure necessarie a prevenire e contrastare le frodi ai danni degli interessi finanziari della Comunità" ivi menzionate comprendano anche le disposizioni penali sovranazionali della CE; così ad es. TIEDEMANN, *EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts*, in *Festschrift für Claus Roxin* (2001), 1406 ss.; ZIESCHANG, *Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts*, in *ZStW* 113 (2001), 259 ss.

¹² Cfr. BÖSE, *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht* (1996), 107 ss.; DANNECKER, in *JURA* 1998, 79 s.; TIEDEMANN in *Roxin-FS*, 1401; SATZGER, *Europäisierung*, 188 ss.; HECKER, *Strafrecht*, 229 ss.

¹³ Cfr. HECKER, *Strafrecht*, 270.

¹⁴ Cfr. HECKER, *Strafrecht*, 140.

di essere convertita in norma nazionale¹⁵. Essa è vincolante rispetto all'obiettivo perseguito, ma non anche riguardo alla scelta dei mezzi e delle vie per il raggiungimento di tale obiettivo. Per entrambe le fonti comunitarie è necessaria una maggioranza qualificata del Consiglio, ovvero 232 dei 321 voti disponibili. In questo modo dovrebbe essere assicurato che almeno il 62% della popolazione europea sia rappresentata dalla maggioranza deliberante. Ciò che può rendere problematico, a livello politico, questa procedura è la potestà di codecisione del Parlamento Europeo *ex art. 251* del Trattato CE, posto che essa comporta in ultima analisi una necessaria convergenza del Parlamento e del Consiglio circa la normativa che si progetta di introdurre. Sebbene le direttive costituiscano null'altro che un ordine a carico degli Stati membri, esse sono in grado di determinare una considerevole forza armonizzatrice: gli Stati membri che non vi si adeguano, infatti, possono essere sanzionati dalla Corte di Giustizia per violazione del trattato comunitario.

Fin qui, dunque, le competenze penali in ambito comunitario viste dall'angolazione sovranazionale.

Ben maggiori, e assai più rilevanti in pratica, sono le competenze dell'Unione europea relative alla collaborazione intergovernativa¹⁶. Nell'ambito del cosiddetto "terzo pilastro", ovvero della collaborazione tra gli Stati membri nel settore della "sicurezza interna", le *decisioni-quadro* rappresentano l'elemento centrale di armonizzazione dell'Unione Europea¹⁷. O meglio, così è stato fino a poco tempo fa. Per le decisioni-quadro vale quanto si è detto per le direttive: attraverso le prime può essere solamente intimato agli Stati membri di armonizzare il loro diritto penale sostanziale o processuale. Perché ciò accada, si rende necessario inoltre il voto unanime del Consiglio. Diversamente da quanto previsto per le direttive comunitarie, per le decisioni-quadro non si richiede la partecipazione del Parlamento. Conseguentemente risulta

¹⁵ Sul fatto che in specifici casi ed eccezionalmente la direttiva possa non essere convertita: HECKER, *Strafrecht*, 138.

¹⁶ Il concetto di *competenza di indirizzo* in relazione alla competenza operativa degli Stati membri può essere inteso esclusivamente in senso fattuale e non giuridico.

¹⁷ La natura giuridica delle decisioni quadro è un tema tuttora controverso. Vi è chi le considera alla stregua di atti internazionali (in tal senso BÖSE, *Art. 34 TUE*, in *Schwarze* (a cura di), *EU-Kommentar* (2000), 1, 6; STREINZ, *Der Vertrag von Amsterdam*, in *EuZW* 1998, 142) e chi sottolinea che esse hanno una portata di gran lunga maggiore rispetto all'ambito del diritto dell'Unione (così BRECHMANN, *Art. 34*, in *CALLIESS, RUFFERT* (a cura di), *Kommentar zum EUV und EGV*² (1999), 7). Cfr. in proposito anche ADAM, *Die Wirkung von EU-Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaatlichen Recht*, in *EuZW* 2005, 559 s.

più agevole emanare una decisione-quadro piuttosto che una direttiva. Per parte loro gli Stati membri si sono spesso rifiutati di approvare decisioni-quadro in materia penale. Ciò è accaduto soprattutto per ragioni di competenza. Una decisione-quadro di questo tipo possiede inoltre una forza armonizzatrice ridotta¹⁸. Essa è certamente vincolante, ma non può essere avviato un procedimento di violazione dei trattati davanti alla Corte di Giustizia, nel caso in cui gli Stati membri non ottemperino ai doveri in essa contenuti.

Infine, l'armonizzazione del diritto penale in ambito EU può essere perseguita anche attraverso *accordi* tra gli Stati membri e *convenzioni*. Queste due forme di collaborazione intergovernativa non rivestono tuttavia nella prassi un ruolo di particolare rilevanza, poiché si tratta di modalità procedurali estremamente complesse.

Ancora una parola sulla portata di queste competenze¹⁹. Laddove esista una competenza della Comunità Europea, questa prevale su quella dell'Unione Europea. In tal modo si vorrebbe impedire la fuga dal diritto comunitario a favore della collaborazione interstatuale. Ammesso che possa vantarne²⁰, la Comunità Europea detiene in materia penale solo potestà accessorie nei suoi ambiti di competenza²¹: la politica commerciale, il mercato interno, l'agricoltura e la pesca, la tutela dei consumatori, l'energia, i trasporti, l'ambiente, il sostegno alla ricerca e le politiche sociali. Già l'esistenza di tali competenze comunitarie di indirizzo costituisce materia assai controversa. Nell'ambito delle Comunità Europee vige in verità il "principio di autorizzazione". Con ciò si intende che la produzione normativa degli organi comunitari deve avere in ogni caso un fondamento giuridico. Orbene, esiste un fondamento giuridico per provvedimenti di indirizzo in materia penale? Finora gli Stati membri – diversamente dalla Commissione – hanno sempre convenuto che esso non esista²². Ciò ha portato in molti casi a modificare le proposte di direttive della

¹⁸ Cfr. in tal senso WAGNER, in *RdU* 2006, 33.

¹⁹ In merito alle diverse posizioni, cfr. BÖSE, *Strafen und Sanktionen*, 61 ss., 414; HUGGER, *Strafrechtlichen Anweisungen der Europäischen Gemeinschaft* (2000), 54 ss.; HECKER, *Strafrecht*, 283 ss. con ulteriori citazioni.

²⁰ In senso critico, cfr. SATZGER, *Europäisierung*, 452; WEIGEND, *Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?*, in *ZStW* 105 (1993), 799; HECKER, *Strafrecht*, 283.

²¹ Competenze accessorie sono ad esempio, richiamandosi alla lezione degli "implied powers", prese in considerazione da OPPERMANN, *Europarecht*, (2000), 527; contrario invece HECKER, *Strafrecht*, 286 con ulteriori citazioni.

²² Cfr. in proposito la dimostrazione offerta da HECKER, *Strafrecht*, 271 ss.

Commissione rispetto alle direttrici del Consiglio concernenti l'emanazione di norme penali. Di regola, dunque, si rimane legati alla generale indicazione secondo cui dovrebbero essere gli Stati a preoccuparsi di fornire sanzioni punitive efficaci, proporzionate e dissuasive, nella premessa che tali misure non debbano essere necessariamente penali.

Secondo la Commissione, invece, inerebbe alle competenze speciali, in materia di mercati agrari, trasporti, ambiente e protezione dalle truffe, il diritto di emanare direttrici per l'armonizzazione del diritto penale. Accanto a queste competenze specifiche, alcuni chiamano in causa il potere di armonizzazione risultante dall'art. 95 del Trattato CE, che consente al Consiglio, tra l'altro, di emanare provvedimenti per l'allineamento delle disposizioni normative che abbiano ad oggetto il funzionamento del mercato interno. Il Consiglio sarebbe competente nella misura in cui eventuali divergenze nell'attuazione delle norme in materia di imposte, concorrenza, mercato e diritti d'autore, possano distorcere la competizione nell'ambito degli Stati membri.

Qualora sussistano tali competenze, esse incontrano il loro limite nei principi di sussidiarietà e proporzionalità²³.

Il primo limite prevede che una direttrice comunitaria possa essere presa in considerazione solo come *ultima ratio*. Ad essa si può ricorrere unicamente quando non possa conseguirsi in altro modo una equivalente armonizzazione di concreti obiettivi comunitari (concernenti il mercato interno, la tutela dell'ambiente, gli interessi finanziari delle CE). Da ciò derivano tre conseguenze: in primo luogo, la competenza relativa alle concrete politiche comunitarie risulta limitata; in secondo luogo, il pregiudizio dovuto all'esistenza di norme penali non armonizzate deve evincersi chiaramente nel caso concreto; infine, deve mancare la disponibilità degli Stati membri a porre in essere di propria iniziativa un procedimento di armonizzazione. Il principio di sussidiarietà costituisce quindi un vero freno all'armonizzazione.

L'ostacolo successivo è rappresentato dal principio di proporzionalità. Esso prescrive che le direttrici comunitarie siano specifiche, necessarie ed appropriate. Ad esempio, devono ritenersi inappropriate quelle direttrici la cui attuazione normativa finirebbe per contrastare con l'assetto valoriale del diritto penale nazionale. Qualora, per continuare nell'esemplificazione, nei confronti delle frodi in materia di sovvenzioni a danno delle CE venissero previste delle

²³ Cfr. HECKER, *Strafrecht*, 295 ss.

sanzioni più gravi di quelle comminate per la frode in se stessa – il cui disvalore è certamente maggiore in ragione del danno arrecato –, una tale indicazione risulterebbe inadeguata. E ancora, appaiono inappropriate quelle direttrici comunitarie che non lasciano alcun margine di iniziativa individuale agli Stati membri. In breve: ammesso che l'anzidetta competenza comunitaria esista, essa non è dotata in realtà di grande respiro contenutistico.

Tutto ciò ha determinato una modificazione delle principali attività della Commissione in materia di armonizzazione del diritto penale: esse non si sviluppano quasi più a livello sovranazionale, bensì a livello intergovernativo. Questo epilogo è favorito dalla dottrina dominante, che considera tali attività assolutamente innocue in relazione alla disciplina delle competenze. Secondo tale opinione, gli artefici del processo di armonizzazione del diritto penale sarebbero in questo caso gli Stati membri, ragion per cui non si porrebbero problemi di sovranità. Più avanti sottoporro a verifica quanto tale punto di vista sia convincente sul piano dei suoi contenuti. Al momento preme rilevare che alla base dell'anzidetto orientamento vi è la seguente interpretazione del Trattato UE: nell'ambito dell'Unione Europea il Consiglio avrebbe la possibilità di emanare direttive per la definizione delle cosiddette misure minime concernenti le caratteristiche oggettive dei comportamenti penalmente sanzionabili e le sanzioni penali comminate. In base al dato testuale, questa competenza è limitata all'ambito della criminalità organizzata, del terrorismo e del commercio illegale di stupefacenti. In pratica, il corrispondente art. 31^e del Trattato UE viene interpretato invece come se questo prevedesse una competenza di armonizzazione per ogni forma di criminalità.

Una parola adesso sul terzo binario dell'europeizzazione, ossia sui cosiddetti doveri di assimilazione derivanti dall'art. 10 del Trattato CE sulla fedeltà comunitaria. Secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, sarebbe compito degli Stati membri assicurarsi che il diritto comunitario posto a tutela di determinati interessi venga effettivamente rispettato. Quest'ultimo deve quindi tutelarli anche attraverso l'allestimento di sanzioni; un obbligo di emanazione di norme penali si configurerebbe soprattutto quando beni giuridici comparabili siano protetti dal diritto penale interno. Un esempio in proposito, relativo alla corruzione dei Parlamentari e dei pubblici ufficiali in genere, è rappresentato dall'equiparazione dei funzionari pubblici e parlamentari nazionali ai funzionari e parlamentari dell'Unione Europea attraverso la legge sulla corruzione UE.

Un ulteriore ma certamente non insignificante livello di europeizzazione²⁴, è costituito dall'obbligo di interpretazione conforme al dettato comunitario²⁵, che ha avuto un ruolo decisivo nella nota Sentenza Pupino della Corte Europea di Giustizia²⁶. L'oggetto della decisione riguardava il processo penale celebrato di fronte al tribunale di Firenze contro Maria Pupino, maestra d'asilo accusata di aver illegittimamente punito e ferito dei bambini. La pubblica accusa chiese l'audizione, al di fuori del dibattimento, di otto bambini ritenuti vittime dei comportamenti oggetto del giudizio; bambini che, all'epoca dei fatti, non avevano ancora compiuto cinque anni. La difesa si oppose alla richiesta, in quanto detta forma di acquisizione della prova non era consentita dal diritto italiano per i delitti in questione. Il Tribunale di Firenze si rivolse allora alla Corte di Giustizia attivando un ricorso pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 2, 3 ed 8 della decisione quadro 2001/220/JI, adottata dal Consiglio il 15 Marzo 2001 in relazione alla posizione della vittima nel processo penale²⁷, onde verificare le possibilità di un'applicazione del diritto italiano conforme alla decisione quadro. La Corte di Lussemburgo statuí che gli Stati membri sono obbligati ad interpretare il diritto nazionale "in modo conforme alle decisioni quadro"²⁸: pertanto, il Tribunale di Firenze doveva eventualmente tenere in considerazione l'intero ordinamento nazionale al fine di valutare in che misura il diritto interno potesse essere applicato senza risultare in contrasto con la decisione quadro interessata²⁹. L'obbligo di interpretazione conforme alle dispo-

²⁴ Per l'interpretazione conforme al punto di vista comunitario, in generale cfr. le sentenze della CGCE; sentenza del 7.1.2004 nella causa C-60/02, raccolta 2004 I-00651, 62; sentenza del 26.9.1996 nella causa C-168/95, racc. 1996 I-4705, 37 – Arcaro; sentenza del 12.12.1996 nelle cause riunite C-74/95 e C-129/95, racc. 1996 I-6609, 24 – Telecom Italia; causa C-60/02, pubblicata in GUCE C 47 v 21.2.2004, S 7, racc. 2004 I-00651, nonché SATZGER, *Europäisierung*, 518; HECKER, *Strafrecht*, 328 con ulteriori citazioni.

²⁵ Deve tutelare l'unanimità degli ordinamenti degli Stati membri autorizzati dal diritto comunitario, in proposito HECKER, *Strafrecht*, 331. In merito alla portata HECKER, *Strafrecht*, 332 ss.; STREINZ, *Europarecht*⁷, 454 ss.

²⁶ Causa C-105/03, sentenza della CGCE del 16.6.2005, pubblicata in GUCE C 193 v 6.8.2005, S 3.

²⁷ GUCE 2001 L 82 v 22.3.2001, S 1.

²⁸ Causa C-105/03, sentenza della CGCE del 16.6.2005, 43, 44, 47.

²⁹ Anche in questo caso la CGCE fa prevalere sul diritto dell'Unione i principi di una interpretazione *conforme alle direttive* elaborati in occasione delle precedenti decisioni pertinenti (sentenza del 26.9.1996 nella causa C-168/95, racc. 1996 I-4705, 37 – Arcaro; sentenza del 12.12.1996 nelle cause riunite C-74/95 e C-129/95, racc. 1996 I-6609, 24 – Telecom Italia), che rafforzano in maniera decisiva la validità di un atto giuridico, caratterizzando da allora il diritto comunitario. Ciò è molto importante in quanto lo stesso risultato si sarebbe potuto ottenere anche senza una tale argomentazione, poiché le decisioni quadro andrebbero già rispettate ai sensi

sizioni cornice veniva limitato dai principi generali dell'ordinamento, ed in particolare dall'istanza di certezza del diritto e dal divieto di retroattività, con la conseguenza ulteriore che l'obbligo dell'interpretazione conforme al diritto comunitario veniva meno, qualora conducesse ad una applicazione *contra legem* della normativa nazionale. Tale tutela mal si concilia, però, con l'obiettivo di un accertamento conservativo posto dalla CGCE nel caso concreto³⁰. Il tribunale italiano, infatti, si era limitato a deferire la causa in quanto dal proprio punto di vista essa sarebbe stata possibile solo *contra legem*³¹.

Fin qui la ricognizione degli strumenti di armonizzazione. Un cenno merita adesso la situazione successiva al progetto di Costituzione europea: invero il Trattato istitutivo della Costituzione sottoscritto a Roma alla fine di ottobre 2004³² si era posto l'obiettivo di ridefinire gli ambiti istituzionali delle CE e dell'UE, attraverso la fusione dei Trattati relativi alle Comunità e all'Unione³³. L'architettura per pilastri verrebbe in questo modo abbandonata³⁴. Sul piano dei contenuti, ciò comporterebbe per il cosiddetto terzo pilastro dell'UE una sua parziale comunitarizzazione. Da questo punto di vista, esso verrebbe valorizzato nel momento in cui fosse riconosciuto ai cittadini un generale "diritto alla sicurezza". Il Trattato costituzionale conduce in tal modo ad una europeizzazione del diritto penale chiara e ben più ampia di quella attuale³⁵. In

di un'interpretazione in senso internazionale del diritto nazionale, cfr. in proposito attentamente KILLMANN, in *JBl* 2005, 568; ADAM, in *EuZW* 2005, 560; HERRMANN, in *EuZW* 2005, 437 (in nota). A quanto pare, la CGCE ha voluto esplicitamente sottolineare l'importanza delle decisioni quadro come strumenti di regolazione del terzo pilastro nell'ambito del diritto comunitario.

³⁰ Si pongono in maniera critica al riguardo anche TINKL, *Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 16.6.2005 – C 105/05 (Pupino)*, in *StV* 2006, 37 con ulteriori citazioni; ADAM, in *EuZW* 2005, 561; FETZER, GROB, *Die Pupino-Entscheidung des EuGH – Abkehr vom intergouvernementalen Charakter der EU? – Erwiderung auf Hermann*, in *EuZW* 2005, 435, *EuZW* 2005, 550 s. Il confine tra un'interpretazione che deve rispettare un certo atto giuridico e l'effetto immediato di tale atto giuridico permangono labili.

³¹ Per questa ragione si tratta di stabilire se l'art. 34, comma 2, lettera *b* del TUE valga per un'interpretazione conforme alle decisioni quadro. Esistono al riguardo opinioni contrastanti. Favorevoli all'applicazione HILLGRUBER, in *JZ* 2005, 842 (in nota); TINKL, in *StV* 2006, 39; contrari HERRMANN, in *EuZW* 2005, 437 (in nota); KILLMANN, in *JBl* 2005, 569.

³² GUCE C 310 del 16.12.2004, 1.

³³ Sulla storia e le fonti del trattato costituzionale vedere STREINZ, OHLER, HERRMANN, *Die neue Verfassung für Europa. Einführung mit Synopse* (2005), 1 ss., 27 ss.

³⁴ Cfr. in proposito VON BUBNOFF, *Legislative Gestaltung des europäischen Rechtsraums und deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten – Entwicklung bis 2006, in Pache* (a cura di), *Die Europäische Union – Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?* (2005), 106.

³⁵ Cfr. in merito alle competenze nell'ambito del trattato costituzionale sotto il profilo del

particolare, il Trattato costituzionale inserisce il diritto penale nell'ambito della competenza c.d. ripartita tra Unione e Stati membri, che ricorda la competenza concorrente. Detta competenza è subordinata ai principi di sussidiarietà e di precedenza del diritto dell'Unione. In base a ciò, l'Unione può intervenire solamente qualora gli Stati membri non siano in grado di realizzare adeguatamente l'obiettivo prefissato, e l'Unione sia in una posizione migliore a tale riguardo. Ma se l'Unione interviene, le sue norme prevalgono su quelle degli Stati membri. La preminenza del diritto dell'Unione, comunque, non può essere equiparata ad un diritto sovranazionale immediatamente vigente negli Stati membri. Esistono infatti svariate forme di disciplina simili alle attuali. La norma di partenza in materia penale è costituita dall'art. I-42 del Trattato costituzionale, che contiene speciali disposizioni in materia di libertà, sicurezza e diritto. Ci sono in proposito leggi europee, da un lato, e leggi cornice, dall'altro³⁶, alle quali – ove ciò sia necessario – dovrebbero adeguarsi le disposizioni degli Stati membri. La legge europea è l'erede del regolamento, la legge cornice è l'erede della direttiva. Le decisioni-quadro non sono più previste dal Trattato costituzionale. Le leggi europee hanno carattere sovranazionale e sono immediatamente vigenti negli Stati membri, mentre le leggi cornice richiedono un provvedimento di ricezione nel diritto interno da parte degli Stati membri. Secondo il Trattato costituzionale, l'Unione Europea sarà dotata di una competenza normativa in materia penale. Questa si evince dalla potestà di emanare leggi europee. Inoltre, essa dispone anche di una esplicita competenza di indirizzo, grazie alle leggi cornice europee.

La questione decisiva riguarda dunque in quali settori del diritto penale possano essere emanate leggi e leggi cornice europee. In relazione al diritto penale sostanziale, l'art. III-271 I prevede l'emanazione, attraverso leggi cornice, di disposizioni minime in taluni campi di materia caratterizzati da forme di criminalità particolarmente pericolose. A questi settori appartengono, ad esempio, il terrorismo, la tratta di esseri umani, lo sfruttamento sessuale di donne e minori, il traffico illegale di stupefacenti, etc. L'art. III-271 II disciplina una competenza accessoria delle leggi cornice europee la cui ampiezza dà da pensare³⁷. In quest'ultimo ambito non è consentita l'emanazione di norme

diritto penale WALTER, *Inwieweit erlaubt die Europäische Verfassung ein europäisches Strafgesetz?*, in *ZStW* 117 (2005), 914 ss.

³⁶ Dotate di carattere legislativo: STREINZ, OHLER, HERRMANN, *Verfassung*, 63; VON BUBNOFF, in *PACHE* 106. Privi di carattere legislativo sono i decreti e le ordinanze europee.

³⁷ Per la critica vedere WALTER, in *ZStW* 117 (2005), 928 s.

penali immediatamente applicabili³⁸. Altre disposizioni del Trattato costituzionale, come ad esempio l'art. III-415, consentono ciò nell'ambito della lotta alla corruzione. Tutto considerato, il Trattato costituzionale comporta una considerevole "comunitarizzazione" del diritto penale, quanto meno per quel che riguarda le cornici istituzionali di un diritto penale europeo. Comunque, il futuro destino della Costituzione Europea è notoriamente molto incerto. Il Trattato costituzionale per il momento non è entrato in vigore, perché non tutti gli Stati membri lo hanno (ancora) ratificato³⁹.

3. *Sviluppo concreto dell'armonizzazione* – In relazione al concreto sviluppo del processo di armonizzazione, si possono individuare diverse tendenze. Da un lato, è cresciuto in misura esponenziale il numero dei provvedimenti bisognosi di armonizzazione, dall'altro, il contenuto e la consistenza delle specifiche discipline sono divenuti sempre più dettagliati e di portata sempre più ampia. Gli spazi di attuazione normativa da parte degli Stati membri sono limitati come mai prima. Ho avuto modo di accertarmene personalmente, insieme al mio collega di Amburgo Degener. Nell'ambito di una commissione presieduta da Mirielle Delmas-Marty, avremmo dovuto valutare lo stato dei lavori di armonizzazione per la Germania⁴⁰, con riguardo ad una serie di decisioni quadro dell'UE. Attraverso un esame generale avevamo ravvisato nella maggior parte dei casi elementi positivi, tali per cui lo stato della legislazione tedesca risultava conforme alle decisioni quadro. In taluni casi, tuttavia, ciò accadeva nonostante un limitato inadempimento di quanto previsto dagli obblighi europei: eravamo dell'opinione, infatti, che la creazione di ulteriori fattispecie di reato non sarebbe stata conforme al diritto costituzionale tedesco. Naturalmente, avevamo attentamente argomentato il nostro modo di procedere, o quanto meno questo era quello che credevamo. Quando la ricerca fu messa per iscritto, gli elementi positivi da noi riscontrati si erano tramutati in altrettanti aspetti negativi. Oltre alla crescente ristrettezza della disciplina, è possibile ravvisare che

³⁸ Si discute inoltre sul fatto che altre disposizioni del trattato costituzionale, come ad es. l'Art. III-415 relativo alla lotta alle frodi, rendano possibile quanto detto. Cfr. in proposito in dettaglio STREINZ, OHLER, HERRMANN, *Verfassung*, 63; VON BUBNOFF, in PACHE 106. Atti senza carattere legislativo sono i regolamenti e i decreti europei.

³⁹ Per conoscere l'attuale stato del processo di ratifica negli Stati membri: http://europa.eu.int/constitution/ratification_en.htm (20. 3. 2006).

⁴⁰ Cfr. il risultato di questo studio in DEGENER-VELTEN, *Rapport allemand*, in *L. harmonisation des sanctions en Europe, The harmonisation of criminal sanctions in Europe*, dir. DELMAS-MARTY, GIUDICELLE-DELAGE, LAMBERT-ABDELGAWARD, *Société de législation comparée, coll. d'UMR de droit comparé*, 17-31, 2003.

l'attività di armonizzazione del livello sovranazionale si è concentrata in misura crescente sul terzo pilastro, quello cioè dell'attività intergovernativa. Questa tendenza, comunque, ha trovato un termine nel 2005 grazie ad una decisione assunta dalla Corte Europea di Giustizia, sulla quale tornerò in seguito. In ambito comunitario devono essere poste in rilievo le direttive sul riciclaggio di denaro sporco e sul diritto penale relativo a reati commessi in posizioni di *Insider*. Esistono inoltre numerosi regolamenti che richiedono di "emanare sanzioni adeguate". Tali richieste si intensificano a causa del generale dovere di lealtà ad un obbligo penale. Nella maggior parte dei casi si tratta di materie penali accessorie, come la disciplina dei generi alimentari o dei rifiuti. Solo il regolamento sull'introduzione dell'Euro, e con esso la richiesta di sanzionare la falsificazione della nuova moneta, ha interessato il nucleo del diritto penale. Molto più consistente è invece il contributo dell'UE all'armonizzazione nel terzo pilastro. Fino a oggi sono state emanate decisioni quadro in tema di tutela dell'Euro⁴¹, tratta di esseri umani, traffico di clandestini, riciclaggio, terrorismo, mezzi di pagamento senza contante, pedopornografia, ambiente, corruzione in ambito privato e attacco a sistemi informatici⁴². I classici settori nominati nell'art. 31 del Trattato UE, ovvero la criminalità organizzata, il terrorismo ed il traffico illegale di stupefacenti, sono stati dunque da tempo superati. Vorrei qui illustrare, a titolo esemplificativo, alcune decisioni quadro e direttive.

Nel 1990 il penalista Gunther Arzt ammoniva, osservando che "le norme penali contro il riciclaggio di denaro sporco non si riveleranno quelle armi miracolose nella lotta contro il traffico di droga che al momento vengono considerate. Anche per questa ragione, non dovrebbero sacrificarsi, in favore di queste nuove norme, quei principi del diritto penale nei quali, indipendentemente dalle attuali esigenze politiche, hanno trovato finora espressione le concezioni penalistiche della nostra comunità giuridica"⁴³. Nel 1991 è entrata in

⁴¹ Pertanto le decisioni quadro sono considerate da una parte puramente come atti internazionali (in tal senso Böse, *Art. 34 TUE*, in SCHWARZE (a cura di), *EU-Kommentar* (2000), 1, 6; STREINZ, *Der Vertrag von Amsterdam*, in *EuZW* 1998, 142), d'altra parte viene invece sottolineato il fatto che il tema delle decisioni quadro superi di gran lunga l'ambito del diritto dell'Unione (così BRECHMANN, *Art. 34*, in CALLIESS, RUFFERT (a cura di), *Kommentar zum TUE und EGV*² (1999), 7). Cfr. in proposito anche ADAM, *Die Wirkung von EU-Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaatlichen Recht*, in *EuZW* 2005, 559 seg.

⁴² Un prospetto aggiornato sulle decisioni quadro finora emesse si trova in KILLMANN, *Die rahmenbeschlusskonforme Auslegung im Strafrecht vor dem EuGH*, in *JBl* 2005, 567 note 6 e 7.

⁴³ ARZT, "Geldwäscherei - Eine neue Masche zwischen Heblerei, Strafvereitelung und Begünstigung", in *NStZ* 1990, 1 ss.

vigore la direttiva sul riciclaggio dell'UE⁴⁴, nel 1993 l'accordo del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, il ritrovamento, la confisca ed il sequestro dei proventi di reati⁴⁵, nello stesso anno la Germania ha ratificato l'accordo di Vienna sulle sostanze che causano dipendenza emanata nel 1988⁴⁶. Tutte e tre le normative anzidette vincolano gli Stati membri a sanzionare penalmente il riciclaggio di denaro sporco, ovvero a sanzionare efficacemente tali illeciti. I comportamenti illeciti vengono descritti in maniera sostanzialmente identica: il riciclaggio viene inteso come acquisto e detenzione, trasformazione, trasferimento, occultamento di proprietà derivanti da determinati antefatti. L'accordo di Vienna annoverava tra gli antefatti solo i reati di droga. I due testi europei intendono invece ricomprendere *tutte* le attività criminali, sebbene la direttiva UE consentisse agli Stati membri una certa libertà di definizione. Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, sia in base alla direttiva UE, sia sulla scorta dell'accordo di Vienna, l'autore dell'illecito deve essere consapevole degli antefatti che danno vita al riciclaggio; la qual cosa può desumersi anche dalla presenza di circostanze oggettive. L'accordo del Consiglio d'Europa prevede invece che assuma rilevanza la semplice sconsideratezza dell'agente. Il legislatore tedesco ha emanato il § 261 StGB, andando oltre le misure minime richieste. Nella norma tedesca infatti l'ancoraggio ai reati di droga è scomparso, risultando inoltre sufficiente sul piano soggettivo la mera sventatezza. Ricordo ancora bene la sorpresa mia e dei colleghi dell'Istituto di Diritto penale di Münster, quando dovemmo constatare che già l'interramento di un cadavere può costituire una forma di riciclaggio. Infatti, si occulta un oggetto derivante da un reato. Incorre in una forma di riciclaggio anche chi frequenta regolarmente un bar aperto da tempo e sospettato di costituire un luogo di riciclaggio di denaro sporco per il fatto di essere frequentato raramente da altri avventori. Consentitemi un consiglio: non fate mai acquisti in uno delle centinaia di noti negozi di materassi che inesplicabilmente si moltiplicano nelle grandi città e che svendono i loro prodotti a prezzi assolutamente sorprendenti. Rischiereste di essere condannati, ove dovesse risultare che si tratta effettivamente di riciclaggio. Con i colleghi penalisti del menzionato Istituto, concludemmo la nostra disamina con l'annotazione "il riciclaggio è impossibile da provare", per non porre in imbarazzo gli studenti e non metterci noi stessi nei pasticci. Le altre insidie di questo delitto si manifestarono quando le

⁴⁴ N. 91/308 GUCE N.L del 28.06.1991, 77.

⁴⁵ Straßburger übereinkommen, Vertragsgesetz 08.04.1998, BGBl II 519.

⁴⁶ Wiener Suchtstoffübereinkommen, Vertragsgesetz 22.07.1993, BGBl II 1136.

procure scoprirono che il § 261 StGB poteva essere uno strumento ideale per mettere fuori combattimento avvocati difensori sgraditi. Un avvocato di Amburgo è stato condannato per riciclaggio per aver accettato un onorario di circa 100.000 dal suo cliente: benché si trattasse di un episodio di minima rilevanza, le prove a suo carico sono state considerate in modo esagerato. I giudici si sono dimostrati consonanti sia con il legislatore che con le intenzioni della Commissione UE, la quale, in una proposta di direttiva, entrata poi in vigore nel 2001, aveva esteso il divieto di riciclaggio di denaro sporco a tutte le forme di grande criminalità, nonché ad occupazioni ed attività che si svolgono al di fuori del settore finanziario, coinvolgendovi in particolare avvocati e notai. Anche alcuni avvocati civilisti stanno scoprendo che le loro attività ricadono spesso nel divieto di riciclaggio.

Il Tribunale Costituzionale federale⁴⁷ ha confermato quattro anni dopo la condanna dell'avvocato difensore⁴⁸, rilevando tuttavia quanto segue: il § 261 StGB è compatibile con la Costituzione tedesca solo a certe, limitate condizioni. L'accettazione di un onorario da parte di un avvocato difensore può essere sanzionata come riciclaggio solo laddove si abbia conoscenza della provenienza del denaro. Nel frattempo si è creata una considerevole giurisprudenza concernente l'ispezione di studi legali e i procedimenti a carico di avvocati per sospetto riciclaggio⁴⁹. Ad ogni modo, per opinione unanime, non ha trovato conferma la speranza che con la disposizione in questione si sarebbe riusciti a colpire "il cuore" della criminalità organizzata. Ciò non ha tuttavia impedito all'UE di emanare nel 2005 una direttiva "per la lotta contro l'utilizzo del sistema finanziario per riciclaggio e finanziamento del terrorismo", che tra l'altro estende obbligatoriamente in tutti gli Stati membri il reato di riciclaggio a vicende accessorie punite con la condanna minima ad un anno di reclusione⁵⁰.

Al 2003 risale la decisione quadro sulla pedopornografia⁵¹. Le questioni dibattute in materia riguardavano i limiti di età, l'entità minima delle pene e la scelta di sanzionare o meno anche la pedopornografia virtuale. Si è concluso che per pedopornografia si intende la rappresentazione pornografica di ogni

⁴⁷ BverfG, in *NJW* 2004, 1305.

⁴⁸ OLG Hamburg, in *NJW* 2000, 673.

⁴⁹ Nomos Kommentar-ALTENHAIN, *Strafgesetzbuch* (2005), 261 notifica 120 ss.

⁵⁰ Cfr. KREß, *Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch Organisierte Kriminalität und Terrorismus*, in *JA* 2005, 220 ss.

⁵¹ Decisione quadro 2004/68/JI del Consiglio per la lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, GUCE L 13 del 20.1.2004, 44.

persona sotto i 18 anni, indipendentemente dalla effettiva maturità sessuale. In questa fattispecie di reato dovrebbe essere compresa anche la semplice pedopornografia virtuale, ovvero la rappresentazione di individui minorenni realizzata artificialmente con programmi di grafica computerizzata, o la rappresentazione di un individuo adulto che però dimostra un'età inferiore ai 18 anni. Al riguardo, tuttavia, di fronte alla riserva costituzionale "di definizione minima della fattispecie" gli Stati membri possono eccezionalmente rivedere al ribasso la norma. Nel caso di rappresentazioni animate tramite computer, l'atto non possiede nemmeno la qualità di una tentata violazione dell'autodeterminazione sessuale. Lo stesso dicasi per colui che diffonde una rappresentazione di cui egli sa che ad essere chiamata in causa è solo l'apparenza di una manifestazione pedopornografica. È chiaro, dunque, che qui non si tratta della tutela di concreti interessi giuridici violati attraverso la realizzazione delle rappresentazioni sanzionate, quanto della scelta di impedire che un determinato comportamento venga posto in essere o che un certo atto – occasionalmente innocuo – venga effettivamente commesso.

Nel 1998, nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata, venne obbligatoriamente statuito a carico degli Stati membri che la partecipazione ad un'associazione criminale fosse punibile. Si definì pertanto il concetto di associazione criminale⁵². (Mi si consenta una breve parentesi: il provvedimento comune fu il precursore della decisione quadro fino al Trattato di Amsterdam alla fine degli anni '90. Ma torniamo alla tematica che stavamo esaminando). La norma in oggetto diventa degna di nota dal momento che gli Stati nordici ignoravano assolutamente disposizioni di questo tipo. Dal loro punto di vista, dei comportamenti che non costituiscono in alcun modo un attacco contro beni tutelati giuridicamente non sono sanzionabili. Di contro, in Inghilterra regna il concetto secondo cui già la cospirazione, senza ulteriori interventi attivi, viene considerata reato. In Germania ed Italia esisteva il cosiddetto concetto di "associazione per delinquere". L'operato in favore di un'organizzazione con obiettivi criminali o terroristici era già sanzionabile. La prima deliberazione del 1998 rappresenta ancora un esempio di armonizzazione cauta ed attenta, comunque non necessariamente riuscita. Secondo i critici, il comportamento da sanzionare sarebbe stato regolato in misura talmente dettagliata da

⁵² Cfr. KREß, *Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch Organisierte Kriminalität und Terrorismus*, in JA 2005, 220 ss.

risultare infine incomprensibile⁵³. Alcuni lo ritengono insensato. Per comportamento si intende “l’attiva partecipazione alle attività sanzionabili dell’organizzazione”. Non è però chiaro cosa debba intendersi con ciò. Non si tratta di comportamenti attivi come l’assassinio o simili. Infatti, tra le attività sanzionabili rientra anche il caso della “persona che non partecipa effettivamente al compimento del reato”. Non può trattarsi nemmeno di interventi di assistenza. A questo proposito è prevista una specifica forma di comportamento, così definito: “chi partecipa attivamente alle particolari attività dell’associazione ed è consapevole che la sua partecipazione concorre all’attuazione di comportamenti sanzionabili dell’associazione stessa in base all’art. 1”. Anche questa forma di comportamento risulta oscura. Non si sa bene nemmeno se il concorso debba risultare determinante per la realizzazione del comportamento sanzionabile o se sia sufficiente un semplice aiuto. Pertanto, rimane aperta anche la questione concernente cosa debba intendersi per comportamento sanzionabile. Qui il cerchio si chiude.

Il provvedimento comunitario non è chiaro nemmeno rispetto ai termini di applicazione della pena. L’ambito di applicazione del diritto penale nazionale è stato esteso ad associazioni che intendono realizzare in territorio estero comportamenti tra quelli indicati. Questo collide però con la disciplina nazionale di applicazione della pena, che richiede un collegamento con il contesto interno. In Germania nel diritto penale internazionale vige il principio di territorialità, detto anche principio del luogo del delitto. Questo criterio viene integrato in casi specifici con il principio di personalità passiva, per il caso in cui un cittadino di un ordinamento subisca danni o lesioni di qualche tipo al di fuori del contesto territoriale nazionale, ed il principio di personalità attiva, secondo cui i cittadini di un ordinamento possono essere chiamati a rispondere anche per azioni commesse al di fuori di quell’ordinamento. Se dunque la nuova disposizione attuativa del provvedimento in esame si interpreta in modo tale che per associazioni criminali non sussiste più alcun vincolo di collegamento con il contesto territoriale nazionale (quanto meno a livello europeo), l’ambito di validità del diritto penale tedesco ne risulta enormemente aumentato. Se in Spagna un cittadino spagnolo offre appoggio ad un’associazione criminale ivi operante (e questa può essere una qualunque banda di ladri), le procure tedesche dovrebbero indagare contro di lui. In che modo questa discrepanza possa essere corretta è argomento sul quale si interrogano i penali-

⁵³ Cfr. KREß, *Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch Organisierte Kriminalität und Terrorismus*, in JA 2005, 220 ss.

sti ed i commentatori della nuova disposizione, i quali la criticano unanimemente definendola sia “confusa”, o quanto meno non riuscita, sia troppo indefinita ed ampia nella formulazione.

Da allora le disposizioni sono divenute più precise, e gli ambiti di recepimento da parte degli Stati membri nettamente più ristretti. Ciò si riflette nella decisione quadro del 2001 in materia di terrorismo⁵⁴. Nell’anzidetta decisione l’associazione terroristica è stata definita più precisamente, ma senza approntare una limitazione tra l’ambito della resistenza legale giustificata ed il terrorismo. La definizione contiene numerosi concetti estremamente indefiniti. Questi vanno interpretati in modo molto restrittivo, per poter pervenire ad un ragionevole ambito di applicazione delle nuove disposizioni sulle associazioni terroristiche. Tra le altre, viene trattata la variante di associazioni il cui scopo è porre in essere reati indicati in una catalogazione apposita e che assumono particolare rilevanza quando tali comportamenti appaiano oggettivamente in grado di apportare danni allo Stato o ad un’organizzazione internazionale e qualora essi siano stati commessi con l’intenzione di intimidire pesantemente la popolazione, costringere a determinati atti un governo o un’organizzazione internazionale o destabilizzare delle strutture di carattere costituzionale, economico o sociale. Dovrebbe inoltre essere sanzionabile la guida o il sostegno di un’associazione che intenda porre in essere tali comportamenti solamente in un qualche momento futuro. Questa definizione contiene numerosi concetti che hanno portato i commentatori alla disperazione: cos’è un’organizzazione internazionale? Rientra in tale definizione qualunque impresa economica attiva a livello internazionale? In quali casi vengono destabilizzate delle strutture di carattere sociale, e cosa sono poi tali strutture?

Uno sviluppo assolutamente nuovo è stato portato dalla decisione quadro sulla tutela penale dell’ambiente, entrata in vigore nel febbraio 2003⁵⁵. Questa normativa era stata presentata inizialmente dalla Commissione come proposta di direttiva sulla protezione penale dell’ambiente⁵⁶. Gli Stati membri rappresentati nel Consiglio respinsero la proposta di direttiva facendo appello alla

⁵⁴ Cfr. KREB, *Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch Organisierte Kriminalität und Terrorismus*, in JA 2005, 220 ss. Decisione quadro 2003/80/JI del Consiglio del 27.1.2003 sulla protezione dell’ambiente grazie al diritto penale, GUCE L 29 del 5.2.2003, 55.

⁵⁵ Decisione quadro 2002/475/JI del Consiglio del 27 gennaio 2003 per la lotta al terrorismo, GUCE L 164 del 22.6.2002, 3.

⁵⁶ GUCE C 180 del 26.6.2001, 18 (2001/C 180 E/20).

propria sovranità nazionale⁵⁷. Per via di questa riserva di competenza, l'accoglimento della direttiva fu rifiutata a grande maggioranza. Dopo lunghe trattative, gli Stati membri attivarono infine gli strumenti del "terzo pilastro". L'ex proposta di direttiva fu quindi congedata come decisione quadro. La Commissione, tuttavia, ribadì il punto di vista secondo cui la criminalità ambientale sia competenza delle CE, potendo pertanto essere definita solo attraverso il diritto comunitario. Per questa ragione, essa ha presentato ricorso per la dichiarazione di nullità della decisione quadro davanti alla Corte Europea di Giustizia. La Corte di Lussemburgo ha ammesso il ricorso e ha dichiarato nulla la decisione quadro⁵⁸. Essa ha accolto un potere ordinatorio della Comunità Europea sulla base di una speciale delega nel diritto comunitario. Ricordo che secondo il Trattato UE le potestà delle CE precedono quelle dell'UE⁵⁹. Attraverso questa norma di collisione, come detto, dovrebbe essere impedita una "fuga nella collaborazione interstatale" del terzo pilastro⁶⁰. La decisione ha sollevato sconcerto ed avrà conseguenze considerevoli sul piano delle competenze. In effetti, la Corte Europea di Giustizia esclude che tanto il diritto penale, quanto il diritto processuale penale ricadano tra le competenze del legislatore comunitario; questi può però emanare delle istruzioni in materia penale⁶¹, quando esse "siano necessarie ad assicurare la piena efficacia delle norme da lui emanate a difesa dell'ambiente, nel caso in cui l'applicazione di sanzioni più efficaci, proporzionate e dissuasive da parte delle autorità competenti rappresenti una misura irrinunciabile per la lotta al grave danno all'ambiente"⁶². La Corte di Lussemburgo riconosce dunque al diritto comunitario una potestà residuale per tutti gli ambiti in cui questa è competente sul piano materiale. Questa decisione avrà conseguenze rilevanti anche al di là dello specifico ambito della tutela penale dell'ambiente. In questo caso si tratta di decisioni quadro già emanate. Per molte di loro, in conseguenza di quanto detto, esiste una preminente competenza accessoria delle Comunità Europee. Così, la Commis-

⁵⁷ Vedere in proposito e in merito alle argomentazioni della Commissione, del Parlamento europeo e del Consiglio nel procedimento dinanzi alla WAGNER, in *RdU* 2006 (in nota), 33.

⁵⁸ Causa C-176/03, sentenza della CGCE del 13.9.2005, pubblicata in *GUCE* C 315 del 10.12.2005, 2.

⁵⁹ Vedere in proposito sulla decisione concreta WAGNER, in *RdU* 2006, 33; STREINZ, in *JuS* 2006, 166 s. (in nota).

⁶⁰ HERRNFELD, *Art. 47 TUE*, in SCHWARZE (a cura di), *EU-Kommentar* (2000), 9; WAGNER, in *RdU* 2006, 34.

⁶¹ La CGCE subordina la decisione quadro esplicitamente al diritto penale criminale. Cfr. in tal senso anche STREINZ, in *JuS* 2006, 166 s.

⁶² CGCE del 13. 9. 2005 nella causa C-176/03, 48.

sione ha effettivamente anche annunciato di voler modificare alcune delle decisioni quadro a suo giudizio viziata da errori⁶³. Per la maggior parte di queste disposizioni, ad ogni modo, i termini per la loro impugnazione sono già scaduti⁶⁴. Per il futuro, comunque, si assisterà ad un trasferimento di competenze dall'UE alle CE⁶⁵. Questo è particolarmente delicato, poiché da un lato comporta un maggiore coinvolgimento del Parlamento, dall'altro anche la possibilità di una decisione a maggioranza, piuttosto che un procedimento di compromesso vincolato dal principio di unanimità.

4. *Il principio del riconoscimento reciproco nel processo penale* – Prima di dedicarmi alle valutazioni politico-giuridiche, ancora una breve digressione su ambiti molto dibattuti del procedimento penale. Come in passato, la decisione quadro troverà spazio nella cornice della collaborazione giudiziaria. In questo settore esistono già delle decisioni quadro: le più note, accanto a quella sulle vittime di procedimenti penali⁶⁶, sono soprattutto il provvedimento sul mandato di arresto europeo⁶⁷ e la proposta di decisione quadro sulle disposizioni europee in materia di raccolta di prove⁶⁸. Alla loro base sta il principio del cosiddetto riconoscimento reciproco⁶⁹, deciso a Tampere nel 1999. Si tratta di un allontanamento dai severi principi dell'assistenza legale rispetto a giudizi e decisioni di altri Stati membri. Queste ultime dovrebbero essere riconosciute – il che vuol dire innanzi tutto eseguite – da parte dello Stato che abbia cercato aiuto, senza ulteriori accertamenti sulla loro legalità e soprattutto sulla reciproca sanzionabilità. Da un lato, ciò comporta l'attuazione di un *ne bis in*

⁶³ Vedere in proposito il prospetto allegato alla comunicazione della Commissione del 24.11.2005 KOM (2005) 583.

⁶⁴ Cfr. in proposito la comunicazione della Commissione del 24.11.2005 KOM (2005) 583, 6.

⁶⁵ Comunicazione della Commissione del 24.11.2005 KOM (2005) 583, 3.

⁶⁶ GUCE 2001 L 82 del 22.3.2001, 1.

⁶⁷ 2002/584/JI, GUCE L 190 del 18.7.2002, 1.

⁶⁸ *Vorschlag für den Rahmenbeschluss des Rates für die Europäische Beweisordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren* del 14.11.2003, KOM (2003) 688 def. In merito a questo tema sono state nel frattempo emessi dal Parlamento europeo i seguenti documenti: *Stellungnahme des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt* del 23.2.2004, 2003/0270 (CNS); *Bericht des Ausschusses für die Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten* del 22.3.2004, A5-0214/2004 def.; *Legislative Entschließung des Parlaments* del 31.3.2004, P5_TA-PROV(2004)0243. Cfr. anche AHLBRECHT, *Der Rahmenbeschluss-Entwurf der Europäischen Beweisordnung - eine kritische Bestandsaufnahme*, in *NSiZ* 2006, 70.

⁶⁹ Cfr. GLEß, in *ZStW* 116 (2004), 353 ss.

idem di livello europeo per giudizi o decisioni di archiviazione, dall'altro, però, la fornitura di un aiuto per la loro attuazione. Una tale forma di assistenza giudiziaria nell'esecuzione della pena era finora sconosciuta nell'UE. La condizione per l'esecuzione interinale della pena è ancora costituita dalla sanzionabilità reciproca del comportamento alla base del giudizio. Il comportamento sulla cui base viene comminata la pena deve dunque costituire reato anche secondo il diritto dello Stato che attua la sanzione, come nel caso in cui detto comportamento fosse stato commesso nell'ambito di validità del proprio ordinamento nazionale. Un ulteriore passo a favore del reciproco riconoscimento è rappresentato dalla decisione quadro sul mandato di arresto europeo⁷⁰. Questa dovrebbe in futuro disciplinare in modo diverso le procedure di estradizione tra gli Stati membri. In molti casi, anche in questo contesto permane come preconditione per l'attuazione di tale disposizione la reciproca sanzionabilità. Per determinati delitti, o meglio ambiti delittuosi, esiste tuttavia un obbligo di estradizione anche laddove manchi una corrispondente sanzionabilità dell'atto nell'ordinamento nazionale; ciò, però, vale solamente se il reato è stato commesso nell'ambito di validità del diritto penale dello Stato richiedente. La conseguenza di questo reciproco riconoscimento attraverso il mandato di arresto europeo consiste nel fatto che norme straniere che derogano a disposizioni del proprio ordinamento nazionale, i cosiddetti diritti transfrontalieri di sanzione, possono essere applicate anche nel proprio ambito statale. Uno Stato dell'UE deve consegnare i propri cittadini alla giustizia penale di altri Stati membri anche nel caso in cui, secondo il proprio giudizio, gli atti da questi commessi non sono sanzionabili o l'entità della sanzione penale non appare commisurata all'entità del reato compiuto. Se uno Stato – ad esempio l'Inghilterra – si comporti in modo illegittimo nei confronti di un proprio cittadino che in una piazza tedesca neghi l'olocausto, è questione sulla quale regna l'incertezza⁷¹. È però indubbiamente illegittimo estradare in Germania colui che abbia immesso in rete la “menzogna di Auschwitz”. In questo frangente entra in gioco il cosiddetto diritto di applicazione della pena: nei casi di delitti a distanza, nei quali l'illecito si verifica in una certa nazione ma le conseguenze hanno luogo in un'altra, trova applicazione l'ordinamento giuridico più punitivo⁷². Lo stesso vale per reati commessi in terra straniera che

⁷⁰ 2002/584/JI, GUCE L 190 del 18.7.2002, 1.

⁷¹ Cfr. da un parte VON SCHÜNEMANN, in ZRP 2003, 185 (187), e dall'altra DEITERS, *Gegenseitige Anerkennung von Strafgesetzen in Europa*, in ZRP 2003, 359.

⁷² Formulato come verdetto generale da SCHÜNEMANN, in ZRP 2003, 185 (187); con riserve

vengono perseguiti a livello globale in virtù del principio di diritto mondiale. In base ad esso, ad esempio, nel caso della diffusione di alcuni scritti pornografici realizzati negli Stati Uniti, la Germania può richiedere l'estradizione dell'autore residente in Spagna. Il riconoscimento reciproco, quindi, prevede logicamente anche il rispetto dei limiti della propria sovranità⁷³. Il Tribunale Costituzionale federale ha notoriamente dichiarato nulla⁷⁴ la legge tedesca sul mandato di arresto europeo⁷⁵, sia perché l'abbandono del principio del luogo del delitto per cittadini tedeschi violerebbe l'art. 16, comma 2, secondo periodo, della Costituzione, sebbene la decisione quadro non ne comporti la subordinazione al provvedimento comunitario, sia perché l'esclusione delle vie legali contro l'autorizzazione della consegna di un cittadino tedesco ad altri Stati membri risulterebbe contraria all'art. 19, comma 4, Cost. Al legislatore spetterebbe un obbligo di recepimento conforme ai diritti fondamentali attraverso l'utilizzo delle possibilità di configurazione ivi previste. Riguardo alla garanzia del contenuto sostanziale, il legislatore dovrebbe inoltre assicurare che l'interferenza abbia luogo lasciando intatto l'ambito di tutela sancito dall'art. 16, comma 2, Cost. La fiducia dell'indagato nel proprio ordinamento giuridico verrebbe in questo ambito particolarmente garantito, qualora l'atto alla base della richiesta di estradizione presenti un rilevante collegamento con l'assetto giuridico interno. Nell'estate 2006 è stata emanata una nuova legge⁷⁶, la quale stabilisce che la decisione delle autorità di prima istanza sulla nullità di tutti gli ostacoli all'autorizzazione dovrà essere sottoposta in futuro alla ratifica dei tribunali sovranazionali. Non è inoltre concessa l'estradizione di cittadini tedeschi se il reato presenta collegamenti col contesto interno. L'estradizione verrà effettuata in futuro esclusivamente nei casi in cui il reato sia stato com-

da FUCHS, *Österr JBl* 2003, 405 (408).

⁷³ DEITERS, *Gegenseitige Anerkennung von Strafgesetzen in Europa*, ZRP 2003, 359-362.

⁷⁴ In *NJW* 2005, 2289. Similmente, ma con maggior impulso dal punto di vista contenutistico da parte della corte costituzionale polacca, in *EuR* 2005, 494.

⁷⁵ *Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlsgesetz – EuHbG)* del. 21.7.2004.

Ciò ha incluso le decisioni in merito al mandato di arresto europeo come (nuova) ottava parte nella *Internationale Rechtshilfegesetz (IRG)*; *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen* del 23 dicembre 1982 (BGBl 1982 I PAG. 2071) nella versione della pubblicazione del 27 giugno 1994 (BGBl 1994 I, 1537) ultima versione vigente. Si veda in proposito nel dettaglio VON BUBNOFF, *Der Europäische Haftbefehl. Auslieferung und Neuerungen des Gemeinschaftsinstrumentpag. Ein Leitfadens für die Praxis* (2005).

⁷⁶ *Bundesgesetzblatt* 2006 n. 36 da 1721 a 1726

messo e abbia effetto in maniera considerevole all'estero oppure qualora il reato abbia un tipico carattere sovranazionale, come nel caso della criminalità organizzata. La legge inoltre contiene una clausola apposita per i cittadini stranieri: considerati i milioni di immigrati in gran parte ottimamente integrati in Germania, non avrebbe senso far riferimento, nel caso di un'extradizione, esclusivamente alla cittadinanza giuridica. Uno straniero domiciliato in Germania da decenni non potrebbe infatti essere trattato in maniera diversa da un suo vicino tedesco. La autorità competenti in materia penale hanno d'altronde potere discrezionale in merito alla parità di trattamento.

Tutto questo per quanto concerne il mandato di arresto europeo.

Ancora più problematica appare l'applicazione del principio del riconoscimento reciproco del diritto di prova. Nel libro verde sull'istituzione di una procura europea la Commissione ha presentato la seguente proposta⁷⁷: i tribunali degli Stati membri dovrebbero essere obbligati ad ammettere tutti quegli elementi di prova accertati correttamente secondo il rispettivo diritto nazionale di un altro Stato membro. Ciò risulta problematico in quanto le condizioni di accertamento e valutazione delle prove sono stabilite secondo sistemi distinti l'uno dall'altro. Molti paesi sono poco esigenti a livello di ammissione delle prove, ponendo, per esempio, requisiti minimi rispetto al procedimento d'inchiesta, perché prevedono condizioni estremamente rigorose nel corso della loro valutazione. Mentre un ordinamento giuridico prescrive tutta la possibile attenzione già nella fase della raccolta delle prove durante le indagini, un altro ordinamento si assicura attraverso speciali cautele nel corso del dibattimento principale. Così, l'ammissione della prova documentale francese nell'udienza principale colliderebbe con il principio di immediatezza del diritto processuale tedesco, e la riproduzione di testimonianze oculari nella fase istruttoria secondo gli ordinamenti giuridici continentali sarebbe incompatibile con lo *hearsay* del *jurytrial* britannico⁷⁸. Tali differenze di sistema vengono completamente dimenticate attraverso l'istituzione di disposizioni che favoriscono la circolazione delle prove⁷⁹.

La proposta alternativa al processo penale europeo, presentata da alcuni penalisti tedeschi, rifiuta il principio del riconoscimento reciproco⁸⁰. Al suo

⁷⁷ Cfr. NESTLER, in *ZStW* 116 (2004), 332 ss.

⁷⁸ Così anche NESTLER, in *ZStW* 116 (2004), 332 ss. (446).

⁷⁹ GLEß, in *ZStW* 116 (2004), 353 ss.

⁸⁰ SCHÜNEMANN, in *ZStW* 116 (2004), 376 ss.

posto, essi privilegiano il principio della cosiddetta migliore agevolazione. In via generale, dovrebbe trovare applicazione solo un ordinamento giuridico, e cioè quello del paese di provenienza della procura che conduce le indagini. Nei casi di pesanti ingerenze in materia di diritti fondamentali, come l'arresto, il trasferimento e la custodia di beni di valore per confisca o deterioramento, dovrebbe essere possibile ricorrere a provvedimenti penali solo se questi siano ammissibili sia in base al diritto dello Stato che conduce il procedimento, sia di quello che vi dà esecuzione.

Ancora un riferimento al progetto di Trattato: nell'ambito del riconoscimento reciproco, in base all'Art. III-270 I possono essere emanate sia leggi, sia leggi quadro europee, che disciplinino il riconoscimento reciproco. Nel momento in cui sia interessato il diritto processuale penale – si pensi in particolare alla fungibilità delle prove – sono di nuovo ammissibili solamente le leggi quadro europee (Art. III-270 II).

5. *Conclusioni* – Inizialmente gli organi di EU e CE erano cauti e attenti nel prescrivere misure di armonizzazione. Mentre essi si limitavano agli ambiti espressamente indicati nei Trattati, quali criminalità organizzata, traffico di stupefacenti, difesa degli interessi finanziari della UE, oggi sembra che detti organi ricerchino una “armonizzazione completa”. Ritmo, ampiezza delle materie disciplinate, entità delle indicazioni, sono sorprendenti. Se agli Stati membri veniva in passato raccomandato di prevedere “sanzioni efficaci”, oggi vengono stabilite delle cosiddette “pene massime di minima entità”. Da tutto questo deriva quasi naturalmente il prossimo progetto di armonizzazione: l'allineamento dei sistemi penali. Il modo in cui si sta procedendo in questa direzione viaggia su un doppio binario. Al posto dell'armonizzazione interviene il principio di riconoscimento. Una conseguenza di questo veramente troppo affrettato processo di europeizzazione ed armonizzazione mi sembra soprattutto il fatto che si trascurino, da un lato, i principi giuridici, dall'altro, i principi liberali. I principi giuridici vengono trascurati nel momento in cui delle fattispecie formulate come progetti di legge non sono più costruiti con ponderazione, ma vengono fatti sorgere velocemente dal nulla. Il risultato di siffatte indicazioni comunitarie è necessariamente la creazione di fattispecie indefinite, come il riciclaggio nel codice penale tedesco o l'associazione terroristica e criminale.

Prima si concepivano le leggi come lavori secolari; si avvertiva l'esigenza di creare non solo delle competenze che consentissero l'intervento statale nella misura desiderata, ma anche delle disposizioni che limitassero detto interven-

to in modo da tutelare i cittadini da ingerenze arbitrarie. Oggi sembra che la questione riguardi solamente le *possibilità* di intervento, non più la definizione di confini. Le direttive e le decisioni quadro sul riciclaggio lo mostrano bene, così come la possibile conseguenza di certe tecniche di regolamentazione, ovvero individuare persone indesiderate come capri espiatori.

Un'ulteriore tendenza che è possibile osservare è l'abbandono dell'idea del carattere frammentario del diritto penale. L'intervento punitivo viene visto come una panacea, sebbene la ricerca criminologica abbia sottratto quasi completamente le basi alla speranza della sua efficacia. D'altra parte, si è anche osservato che – almeno in Germania – in materia di certezza della disciplina il legislatore nazionale non era affatto migliore dei progetti normativi ultimamente elaborati dalla Commissione. Nondimeno, buona parte della responsabilità spetta agli organi europei, dal momento che sono stati loro ad evocare questi spettri.

III. *Il dibattito giuridico-politico*

Fin qui una breve ricognizione sullo stato attuale dell'armonizzazione del diritto penale. Ora vorrei delineare in modo altrettanto breve il dibattito giuridico-politico che ha generato queste aspirazioni verso l'armonizzazione. Gli scettici mettono in dubbio innanzi tutto la stessa necessità di un'azione di armonizzazione⁸¹. La risposta che ricevono è la seguente: da un lato, l'armonizzazione favorirebbe la protezione degli obiettivi specifici della Comunità Europea, con ciò intendendosi che un diritto penale armonizzato è condizione per il funzionamento di un mercato comune. Se il diritto penale dell'ambiente è caratterizzato da una diversa severità nei vari Stati membri dell'UE, il paese che protegge meno l'ambiente può in questo modo ottenere vantaggi rispetto alle altre nazioni. Lo stesso vale per la disciplina tributaria, quella di cartelli ed intese, quella della concorrenza, etc.; d'altronde, una visione del genere non vale automaticamente per tutti gli ambiti della criminalità. Per questa ragione vengono riproposte anche in questa sede le opinioni avanzate in merito alla cooperazione nel terzo pilastro: l'UE dovrebbe rappresentare per i propri cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e legalità. Essa non può quindi sopportare aree di impunità, dei cosiddetti *safe havens*. Pertanto, dei comportamenti generalmente pericolosi per la libertà dovrebbero essere sanzionati in

⁸¹ SCHÜNEMANN, in *ZStW* 116 (2004), 376 ss. con ulteriori citazioni.

tutto il territorio dell'Unione⁸². Il terzo obiettivo di un'armonizzazione è quello di evitare conflitti di competenza. Ciò riguarda il diritto processuale. Accanto a queste tre finalità appena menzionate, i critici sospettano l'esistenza di obiettivi apocrifi dissimulati dietro aspirazioni all'armonizzazione. Essi temono che in questo modo il potere della Comunità venga rafforzato a spese degli Stati membri.

Fin qui non si è ancora arrivati alle critiche principali. In effetti molti Stati vedono negli sforzi di armonizzazione più di una semplice minaccia alla loro sovranità. Un argomento fondamentale delle critiche riguarda il deficit di democrazia di certe decisioni quadro⁸³. In pratica, si tratterebbe di una legislazione governativa. La tesi sostiene che il principio democratico garantisce al cittadino il fatto che possa essere incarcerato come nemico della società solo in base alla legge penale alla cui formazione egli stesso abbia avuto la possibilità di partecipare attivamente. Questa critica va presa seriamente, anche se non è pienamente fondata. Non è vero che il diritto penale possa essere legittimato solo attraverso l'approvazione o la partecipazione democratica. Se così fosse, uno Stato non potrebbe condannare cittadini stranieri privi del diritto di voto. È però giusto che la riserva di una legge parlamentare e democratica garantisce una precisa qualità delle deliberazioni, anche a colui che in quanto parte di una minoranza non vede rappresentati i propri interessi. Normalmente il procedimento parlamentare garantisce che anche le minoranze non possano essere semplicemente ignorate. Dal momento che le sedute del Consiglio (quanto meno quando si tratta di decisioni quadro) non sono pubbliche, e poiché, inoltre, una dimensione pubblica critica a livello europeo non si è ancora costituita nella stessa misura in cui esiste nei singoli Stati nazionali, il procedimento normativo dell'UE è ancora assai lontano da quello parlamentare.

Una breve conclusione, a questo punto, è necessaria: un'autolimitazione, al posto della convinzione che il diritto penale rappresenti la panacea di tutti i mali, faciliterebbe molto le cose. In alcuni ambiti, soprattutto, quando sono chiamati in causa reati di carattere economico e la tutela di beni giuridici europei, l'armonizzazione costituisce un obiettivo legittimo. L'inflazione di decisioni quadro è però funesta sotto due punti di vista: essa stimola una precipi-

⁸² Con intento riassuntivo del dibattito KREß, in *ZStW* 116 (2004), 445 e ss.; VOGEL, in *ZStW* 116 (2004), 400 ss.

⁸³ SCHÜNEMANN, *Europäischer Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene - Die Schranken des Grundgesetzes*, in *ZRP* 2003, 185.

tosa ed approssimativa attività legislativa degli Stati membri, favorendo così le contingenti posizioni punitive di rottura. Alcune attuali riserve contro le spinte all'armonizzazione erette dagli Stati membri verrebbero abbattute se gli organi comunitari ritrovassero il loro originario *self-restraint* e si limitassero a quegli ambiti in cui i deficit di armonizzazione sono veramente dannosi per lo spazio economico comune. Al momento, invece, le finalità perseguite possono essere riassunte solo in questo modo: molto diritto (europeo), meno sicurezza (giuridica) ed ancor meno libertà⁸⁴.

⁸⁴ WEIGEND, in *ZStW* 116 (2004), 275 ss. (302).