

Parere sulla conformità al principio di sussidiarietà europea della Proposta di Direttiva COM (2023) 234 final; 2023/0135 (COD)

1. Premessa

Confidiamo giovi, ancor prima di vagliare nel merito i contenuti della Proposta di Direttiva, svolgere qualche – pur sintetica – considerazione di premessa, che valga da proficua contestualizzazione del progetto d'intervento regolativo.

Un documento – ci pare opportuno chiarire sin da subito – dalla “**ampiezza**” **vastissima**: si interviene, tra le altre cose, nella definizione di moltissime fattispecie di reato, in materia di pene principali ed accessorie, di circostanze attenuanti ed aggravanti, di responsabilità degli enti, di prescrizione.

“*Estensione*”, questa, che se – dipoi – rapportata al notevolissimo grado di dettaglio raggiunto dalle singole disposizioni, non può che porsi in urto frontale con la stessa base giuridica dell'intervento, l'art. 83 TFUE, il quale – vale la pena di rammentare – legittima le Istituzioni europee alla previsione di sole “**norme minime**”, relative alla definizione dei reati e delle sanzioni. Al contrario, dalla lettura del Proposta, emerge nitida l'impressione di un intervento dalle pretese – per così dire – di “*codificazione*”: una sorta di progetto – *in parte qua* – di “*codice penale europeo*”, disciplinante, oltre che fondamentali istituti di parte generale, settori affatto nevralgici del diritto penale, quali i delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti contro il patrimonio e le connesse sanzioni. Settori, peraltro e soprattutto, già efficacemente – e talvolta financo oltremisura – regolamentati da tutti gli Stati membri.

Proposta che non solo per il contenuto, ma anche per il suo tempismo sorprenderebbe se non fosse per le recenti, burrascose, vicende giudiziarie interessanti l'Unione Europea, ma che tradisce l'assegnazione al diritto penale di una indebita “**funzione comunicativa**” che, distorcendone le naturali funzioni, ne intorbida la stessa essenza.

2. Le indicazioni normative in punto di verifica sulla sussidiarietà

Appena qualche considerazione preliminare in ordine alle *coordinate ermeneutiche* in virtù delle quali modulare la valutazione della conformità di un progetto di atto normativo al principio di sussidiarietà europea.

Due le fonti normative che ci consegnano i parametri di cui occorre tener conto nell'effettuazione del giudizio: da un lato, **l'art. 5 TUE**; dall'altro lato, il “**Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità**”, allegato al Trattato di Lisbona.

L'art. 5, norma disciplinante il principio, enuclea due criteri – ambedue necessari, poiché da intendere in funzione cumulativa e non, invece, alternativa – dal carattere molto generale, in ossequio ai quali occorre che:

- i) «*gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in **misura sufficiente dagli Stati membri***»;
- ii) i suddetti obiettivi «*possano, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti **meglio a livello di Unione***».

La genericità e la ampiezza di queste previsioni trovano – poi – diretta specificazione nell'ambito nel menzionato **Protocollo**, la cui finalità precipua risulta proprio l'ancoramento del “*giudizio di sussidiarietà*”, cui sono chiamati i singoli Stati membri, ad un insieme di criteri dalla natura obbiettiva e procedurale.

Plurimi gli obblighi che il Protocollo impone alle Istituzioni europee per dimostrare il carattere solo sussidiario del loro intervento: a titolo meramente esemplificativo, si impone, tra le altre cose, l'effettuazione di **ampie consultazioni** preventive (art. 2) ed un generale **onere di motivazione**, che deve esplicitarsi nella indicazione di «**elementi circostanziati**» ed «**indicatori quantitativi e, ove possibile, quantitativi**» comprovanti il rispetto del principio in esame (art. 5).

È dunque alla luce di tali parametri che il giudizio di sussidiarietà deve svolgersi.

Giudizio che, pur presentando una indubbia componente **politica**, non può dirsi certo svincolato da una caratterizzazione anche e soprattutto **giuridica**, che postula una valutazione anche del “*merito*” del progetto di atto legislativo.

Giudizio che – lo anticipiamo – a nostro avviso non può che concludersi, nel caso di specie, con esito nel complesso **negativo**.

Proprio le caratteristiche del giudizio – ci corre l’obbligo di precisare – impongono alla trattazione di non limitarsi alla sola considerazione dei profili strettamente attinenti alla sussidiarietà dell’intervento, ma di estendersi anche alla segnalazione dei principali elementi di criticità che ci pare di poter riscontrare dalla lettura del testo della Proposta.

3. I caratteri generali dell’intervento

3a. Gli obiettivi della Proposta

Occorre muovere rilevando come, ai fini della valutazione del rispetto del principio di sussidiarietà europea, significative indicazioni pervengano già a partire dai dati, per così dire, “**introduttivi**” del documento e cioè dalla “*relazione illustrativa*” e dai “*considerando*”, che proprio al tema della sussidiarietà dedicano amplissimi riferimenti.

Non dunque la sola parte “*prescrittiva*” – e, cioè, le singole disposizioni – deve formare oggetto di considerazione: valutare le ragioni di politica-criminale sulle quali poggia il progetto d’intervento e confrontarsi analiticamente con le argomentazioni addotte a sostegno della necessità dello stesso, riteniamo assumano un ruolo affatto centrale nell’ambito del sindacato sulla sussidiarietà, stante la perfetta corrispondenza tra le due componenti dell’atto.

Ebbene, presupposto logico-giuridico per valutare – ai sensi dell’art. 5 TUE – **se «gli obiettivi dell’azione prevista»** possano essere “*meglio raggiunti*” con un intervento europeo e che “*non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri*», si rivela – come agevole desumere – la delimitazione degli **obiettivi** dell’atto normativo.

Nel diritto penale, tuttavia, la valutazione degli “*obiettivi*” di un intervento implica necessariamente la preliminare considerazione dei “**beni giuridici**” a cui l’intervento stesso intende offrire presidio.

A tal riguardo, valutando i beni giuridici – o, se si vuole prescindere da simile concettualizzazione appartenente al frasario della **tradizione dogmatica italiana**, si può fare più in generale riferimento agli “**interessi**” che s’intende proteggere a mezzo della Proposta – due sono i gruppi di argomentazioni critiche che ci sembra necessario formulare.

Anzitutto, secondo un modulo purtroppo ben noto alla dottrina penalistica, si pone a nostro avviso un problema – e questo, pur tenendo conto del fisiologico coefficiente di generalità e programmaticità che caratterizza gli atti sovranazionali – di, per così dire, “**gigantismo**” dei beni giuridici invocati.

Nel testo, infatti, s’afferma a più riprese che i delitti di corruzione costituiscono una grave minaccia per la “**democrazia**”, la “**stabilità e la sicurezza della società**”, i “**valori universali su cui si fonda l’Unione europea**”, lo “**Stato di diritto**”: l’intervento dell’Unione, dunque, si renderebbe necessario per salvaguardare siffatti beni fondamentali.

S’innalza, dunque, a *ratio* giustificatrice dell’intervento, la protezione di interessi giuridici più che ampi, dalla evidente **vaghezza semantica** che induce alla **sostanziale inconsistenza concettuale**.

L’invocazione di simili interessi pare – a ben vedere – svolgere una funzione manifestamente **auto-legittimante**: addurre la necessità di protezione della “*democrazia*”, dei “*valori universali dell’Unione*” *et similia*, oltre che **inutile** – poiché impedisce di effettuare un controllo critico sulla coerenza delle scelte di incriminazione – risulta in buona sostanza aprire la strada ad un intervento penale sostanzialmente **illimitato**, oltre che **esteso pressoché a tutto il diritto penale**.

Sotto diverso ma ben concorrente profilo – dipoi – s’invoca la necessità della protezione di beni dalla natura **economica**, vale a dire, tra gli altri,

“la concorrenza, la crescita economica sostenibile, l’efficienza della spesa pubblica”.

Anche la protezione di simili interessi, ad ogni modo, ci pare eccentrica rispetto al contenuto effettivo del documento.

V’è, infatti, da considerare che, nella maggior parte dei delitti individuati dalla Proposta, l’offesa a beni giuridici di natura economica ha carattere puramente **eventuale**.

Si pensi alle fattispecie di *traffico d’influenze illecite* e di *abuso d’ufficio* (delitto, quest’ultimo, rispetto al quale peraltro già in altra sede abbiamo espresso le nostre riserve, alle quali rimandiamo, che non ci pare necessario in questa sede ripercorrere¹).

Per altre incriminazioni, invece – come, ad esempio, per *l’intralcio alla giustizia* – addurre la necessità di proteggere interessi economici risulta financo incomprensibile.

Nei delitti presi in considerazione dalla Proposta, infatti, l’offesa tipica è diretta – in via principale e talvolta esclusiva – alla violazione dei doveri che caratterizzano **la legale esplicazione della funzione** (per i delitti dei pubblici ufficiali, imparzialità e buon andamento); solo in via subordinata – e nemmeno per tutte le incriminazioni – si realizza una offesa a beni dalla connotazione economicistica.

I beni, per così dire, **“reali”**, a cui le fattispecie individuate dalla Proposta concretamente recano offesa, presentano – al contrario – una dimensione meramente **endordinamentale**, poiché esauriscono quasi esclusivamente il proprio contenuto offensivo nell’ambito del contesto giuridico interno all’ordinamento, oltre ad esser già – come pure vedremo appresso – ampiamente presidiati dalle normative degli Stati Membri.

¹ L. STORTONI – G. S. CALIFANO, Ex falso sequitur quodlibet: l’invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull’abrogazione dell’abuso d’ufficio, in *Discrimen*, 2023.

3b. Le difformità tra Stati membri

Sempre a suffragio della pretesa impellente necessità dell'intervento, la Commissione europea menziona – inoltre – la asserita **difformità tra i vari Stati membri** nella disciplina delle singole incriminazioni prese in considerazione dalla Proposta.

Anche tale argomento non ci persuade affatto.

Ed infatti, la difformità tra ordinamenti – lo si rilevi *per incidens* – costituisce – logicamente – problema eccentrico rispetto alle esigenze sottese al principio di sussidiarietà; esse riguardano il diverso problema della “*armonizzazione*”, in ordine al quale, peraltro, occorre rammentare che le diversità ordinamentali non possono certo giustificare – di per sé solo – acritiche uniformazioni di disciplina.

Diverso, quindi, il presupposto che legittima l'intervento sovranazionale così come sopra individuato.

D'altro canto – a ben vedere – è **lo stesso documento** a smentire l'assunto che vede tanto profonde differenziazioni in seno agli ordinamenti giuridici degli Stati membri: gli stessi grafici offerti dalla Proposta (p.12), invero, ci mostrano come nei vari Stati siano già previste tutte le incriminazioni, fatta eccezione per il **traffico di influenze illecite** (assente solo in 2 Stati!) e l'**arricchimento illecito**, delitto sul quale avremo modo di ritornare.

Non convince, quindi – e a stretto rigore non è pertinente – sostenere che si deve intervenire poiché, anche se di fatto in tutti gli Stati dell'Unione sussistono già le incriminazioni previste dalla Proposta, le rispettive fattispecie presentano, in alcuni casi, delle **formulazioni parzialmente diverse**.

Se dovesse legittimarsi un intervento europeo in tutti i settori in cui si registrano delle pur minime differenze di definizione dei reati tra i vari Stati, si legittimerebbe un intervento europeo pressoché esteso a **tutta la materia penale**.

V'è poi da considerare che risulta fisiologico – e fors'anche necessario – che un determinato fenomeno criminale presenti delle differenze definitorie nell'ambito delle singole unità nazionali, non foss'altro poiché diversi sono i **sistemi costituzionali**, “cornice”, ai sistemi penali dei singoli Stati membri.

Sistemi costituzionali, i cui principi penalistici fondamentali – forse vale la pena annotare sullo sfondo, ma non a margine del discorso – non possono essere certo derogati neanche da atti di natura sovranazionale, come icasticamente chiarito dalla Corte costituzionale italiana nella ben nota vicenda Taricco, che ha ben stagliato ruolo e limiti dell'art. 117 della Costituzione.

3c. La “transnazionalità” delle fenomenologie criminali individuate dalla Proposta

Non disutile – ancora – ci pare rilevare come, nell'ambito della Proposta di direttiva, s'invochi, come unico argomento a sostegno della conformità del documento al principio di sussidiarietà europea, il “**carattere transnazionale**” delle fenomenologie criminali oggetto di tipizzazione. Proprio la caratterizzazione “transnazionale” delle incriminazioni, renderebbe necessario un intervento repressivo di natura europea, attestando – allo stesso tempo – l'insufficienza di meccanismi di disciplina di stampo esclusivamente statale.

Impianto argomentativo, questo, che presta il fianco a diverse obiezioni. Se, da un lato, è certamente vero che la “transnazionalità” delle forme di criminalità disciplinate dalla Proposta può dirsi – almeno in parte – implicitamente riconosciuta dalla stessa base giuridica dell'atto, è pur vero che ciò non può impedire un controllo critico sulle scelte concrete di incriminazione, in ossequio ad una valutazione “sostanziale” del carattere solo sussidiario dell'intervento.

Controllo che – a nostro avviso – induce a dubitare fortemente del carattere transnazionale, se non di tutte, comunque, di buona parte delle incriminazioni tipizzate dalla Proposta.

Si pensi alle fattispecie *intralcio alla giustizia* o, ancora, di *abuso d'ufficio*.

Né tantomeno convince il riferimento ai possibili rischi di *forum shopping*: ancora solo a titolo d'esempio, che possibilità di scelta avrebbe un pubblico funzionario che intendesse appropriarsi di somme di determinate somme di denaro che gli sono affidate in gestione?

Questo naturalmente salvo accogliere un concetto tanto ampio e slabbrato di transnazionalità che, oltre ad esser potenzialmente comprensivo di pressoché tutte le fattispecie del codice penale, ne negherebbe la funzione stessa di criterio selettivo ed identificativo di specifiche forme di criminalità.

Si legge (p.7), infatti, nel testo del documento (e più specificamente nel paragrafo dedicato alla motivazione sul rispetto del principio): «**La corruzione è un fenomeno transnazionale che investe tutte le società e le economie. Adottare misure esclusivamente a livello nazionale o anche di Unione, in assenza di coordinamento e di cooperazione internazionali avrebbe effetti insoddisfacenti**».

Fraasi – a dire il vero – tanto altisonanti quanto però vacue.

Se si intende dire che la corruzione è presente in tutti i Paesi, provocatoriamente potremmo dire che “*si è scoperta l'acqua calda*”.

Se si intende riferirsi all'aspetto quantitativo del fenomeno, invece, siamo – altrettanto provocatoriamente – portati a dire che “*si è scoperta l'acqua... tiepida*”.

Basterà notare che tanti sono i fenomeni criminali molto diffusi in molti (o tutti) gli Stati, ma non per questo sono da considerare, automaticamente, “*transnazionali*”.

Fatto è che non è estranea alla Direttiva una certa enfaticizzazione dell'aspetto relativo alla diffusione della corruzione, secondo l'imperante tendenza che vede presentarla alla stregua di una *“perenne emergenza”*. Nella descrizione della corruzione, in effetti, la Proposta non rinuncia affatto ad affidarsi ai criticatissimi *“indici di percezione”*, che – come ampiamente noto – consegnano una dimensione distorta e – perciò stesso – falsante degli aspetti quantitativi di un determinato fenomeno criminale.

Ci chiediamo, in questo senso, che significato criminologico ovvero politico-criminale possa avere il fatto che, come riporta l'Eurobarometro, *«il 68% dei cittadini dell'Ue e il 62% delle imprese con sede nell'Ue ritengono che la corruzione sia diffusa nel loro Paese»*.

Dati che, peraltro, trascurano una cospicua letteratura penalistica – si rinvia, esemplificativamente, agli studi del Dott. Tartaglia-Polcini² ovvero agli scritti del Prof. Mongillo³ – che mostrano la plastica discrepanza sussistente, nella descrizione del fenomeno corruttivo, tra la *“realtà”* – di cui oggettivamente poco conosciamo, stante la altissima *“cifra oscura”* – e la *“rappresentazione”* – pericolosamente enfaticizzata dai menzionati indici di percezione.

4. Gli aspetti contenutistici della Proposta

4a. La definizione delle singole incriminazioni

Le aporie e le incongruenze caratterizzanti le ragioni di politica-criminale sulle quali poggia l'intervento non potevano che rifrangersi anche sulle singole disposizioni che compongono il progetto di atto normativo.

Dicevamo della incertezza nell'individuazione dei beni giuridici, degli obiettivi stessi della Proposta: ebbene riteniamo sia principalmente a ciò

² G. TARTAGLIA-POLCINI, *La corruzione tra realtà e rappresentazione. Ovvero: come si può alterare la reputazione di un paese*, Bologna, 2018.

³ V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del “tipo d'autore” e derive emergenziali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 2, 2020.

addebitabile, una delle principali criticità che attraversa l'intera parte “*dispositiva*” del documento in esame.

Alludiamo, in particolare, all'indebita **sovrapposizione tra fenomenologie criminali radicalmente dissimili**: corruzione pubblica e corruzione privata (artt. 7-8); peculato ed appropriazione indebita (art. 9); abuso d'ufficio pubblico e il suo – incerto – corrispondente privato (art. 11).

Si realizza, in tal modo, una indebita sovrapposizione – che, per ciò che attiene al peculato e all'abuso d'ufficio, l'equiparazione *quod poenam* logicamente sottende – tra fattispecie criminose di diversissima gravità, non foss'altro poiché incidenti su beni giuridici ben differenti.

Beni giuridici pubblicistici nell'uno caso; meramente privatistici, nell'altro: con buona pace, tra gli altri, del principio di proporzionalità sanzionatoria.

Equiparazioni sommarie, inoltre, che non s'arrestano all'accostamento di fenomenologie criminali che sono e che van tenute ben distinte, ma che inficiano anche la tipicità delle incriminazioni disciplinate dalla Proposta.

Basti sul punto l'esempio del peculato/appropriazione indebita, laddove l'appropriazione – per così dire – “*definitiva*” di beni della cui gestione il soggetto agente è incaricato, viene punita alla stessa stregua del mero “*utilizzo*” momentaneo degli stessi beni.

Questo peraltro costituisce espressione e si ricollega a quanto più sopra dicevamo delle ambiziose pretese di codificazione dalle quali pare mossa l'intera Proposta: ambizioni che – *a fortiori* se raffrontate al già menzionato criterio che impone l'adozione di sole “*norme minime*”, di cui all'art. 83 TFUE – non possono che porsi in aperto contrasto con i principi fondamentali di sussidiarietà ed *extrema ratio* fondanti il diritto penale.

Un ultimo cenno certamente lo merita la previsione dell'arricchimento illecito, ove si vorrebbe punire la condotta di “*acquisto, **detenzione** o*

utilizzazione” di beni da parte di un funzionario pubblico, nella consapevolezza che derivano dalla commissione di uno dei reati individuati dalla Proposta.

Ben note le riserve espresse sulla legittimità di siffatte tipologie di fattispecie per la palese contraddizione con la Carta Costituzionale: principio del *nemo tenetur se detegere*, ed altro.

Non solo: fattispecie peraltro costruita con finalità **dichiaratamente probatorie**⁴ (!) con flagrante distorsione delle funzioni della norma penale che non può certo essere sottaciuta in questa sede.

4b. Le sanzioni

Eguali – e fors’anche maggiori – perplessità suscita la considerazione del cospicuo apparato sanzionatorio (pene principali, accessorie) e del complesso di circostanze (aggravanti e attenuanti) minuziosamente individuate dalla Proposta.

Occorre, infatti, a tal riguardo considerare che la effettività della risposta sanzionatoria, rispetto ad un determinato fenomeno criminale, non discende affatto dai limiti edittali fissati *ex lege*, bensì deriva dalla capacità del sistema penale di far **corrispondere** alla pena individuata in astratto dal legislatore, una pena irrogata in concreto dal giudice.

Ed è proprio in questo passaggio – dal piano “*astratto*”, a quello “*concreto*” – che occorre tener conto delle fortissime differenziazioni che sussistono tra i sistemi sanzionatori dei vari Stati: ciascun sistema, infatti, dispone di proprie – e diverse – cause di estinzione del reato, della pena e disposizioni processuali che dunque possono rendere soltanto **simbolica** l’indicazione di limiti edittali da parte del legislatore europeo.

⁴ P. 19 Proposta di direttiva: “*Per questo reato i pubblici ministeri avrebbero unicamente l’obbligo di provare il legame tra il bene e il coinvolgimento nella corruzione, nello stesso modo in cui dovrebbero provare la corruzione come reato presupposto del riciclaggio*”; p. 25 Proposta di direttiva: “*Il reato di arricchimento si basa sulle norme che disciplinano il reato di riciclaggio di cui alla direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio. Riguarda i casi in cui la magistratura ritiene che il reato o i reati di corruzione non possano essere provati. Come nel caso del reato presupposto del riciclaggio, l’onere della prova è di natura diversa*”.

Ed anzi, pretermettendo la considerazione di simili differenze, si correrebbe il rischio – reale e non solo potenziale – di realizzare **vistosi squilibri** in termini di proporzionalità del sistema.

4c. La prescrizione

Considerazioni in parte analoghe valgono – altresì – per la disciplina della prescrizione delineata dalla Proposta.

Come per i singoli sistemi sanzionatori, anche per ciò che attiene alla prescrizione, infatti, occorre tener presente delle fortissime **differenziazioni** di disciplina sussistenti tra i singoli Stati membri: basti considerare che se taluni sistemi considerano l'istituto avente natura meramente processuale, altri sistemi gli attribuiscono invece natura sostanziale, con il conseguente, doveroso, rispetto del principio fondamentale di legalità penale e dei suoi corollari garantistici.

In relazione alla prescrizione, più in generale, poniamo inoltre **un problema di coerenza** dell'intervento europeo.

La prescrizione, infatti, rappresenta un istituto “*di sistema*”, che cioè riguarda e definisce – stabilendone una unitaria criteriologia – il meccanismo di estinzione del reato per tutte le fattispecie incriminatrici che costituiscono il sistema penale.

Dunque suscita non poche riserve un intervento che ritaglia – *ad hoc* – dei tempi, peraltro “*biblici*”, di prescrizione esclusivamente per determinati reati: come per le sanzioni, anche per la prescrizione ci paiono concreti i rischi di realizzare pericolosi squilibri nei singoli sistemi nazionali.

Ed anzi, proprio questa indicazione di tempi così lunghi di prescrizione ci pare contrapporsi alle stesse indicazioni che dall'Unione europea provengono in materia di processo penale: in questo senso, è possibile inoltre cogliere una ulteriore contraddizione che attraversa la Proposta la direttiva.

Da un lato, la menzionata fissazione di tempi lunghissimi di prescrizione; dall'altro lato – il riferimento va alla recentissima “*Riforma Cartabia*” – si subordina l’ottenimento di cospicui fondi europei alla riduzione dei tempi dei processi penali e, più in generale, all’efficientamento della giustizia.

5. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni esposte, riteniamo di dover esprimere parere negativo circa il rispetto del principio di sussidiarietà europea da parte della Proposta e riteniamo – più in generale – di dubitare fortemente della stessa opportunità politico-criminale dell’intervento.

Prof. Avv. Luigi Stortoni

(Professore Emerito *Alma Mater* Università di Bologna)

Dott. Gaetano Stefano Califano

(Dottorando di Ricerca Università di Ferrara)

Bologna, 17 luglio 2023