

## SPUNTI PROBLEMATICI IN MATERIA DI SUSSIDIARIETÀ EUROPEA (\*)

Alessio Molinarolli

SOMMARIO: 1. Pluralismo ordinato delle fonti e diritto penale europeo – 2. Principio di sussidiarietà e distribuzione delle competenze tra Stato e Unione Europea – 3. (segue): La giustiziabilità del principio – 4. Notazioni conclusive.

### 1. Pluralismo ordinato delle fonti e diritto penale europeo.

Un discorso completo su un argomento così complesso come il pluralismo delle fonti meriterebbe, come effettivamente ha meritato, trattazioni ben più sistematiche, approfondite e autorevoli<sup>1</sup>. Lo stesso vale, ovviamente, per i grandi temi che toccano il cuore del diritto penale europeo, a cominciare dal suo tormentato rapporto con il principio di legalità nazionale<sup>2</sup>. In una parola, sviluppare qualche proficua considerazione con riguardo a quel “pluralismo delle fonti” che caratterizza oggi la produzione delle norme penali all’interno dell’Unione Europea, significa maneggiare

---

(\*) Rielaborazione, corredata di note bibliografiche, della relazione svolta nell’ambito delle attività formative del *curriculum* di diritto penale del corso di dottorato di ricerca in “Diritto ed Economia dell’impresa. Discipline interne ed internazionali” durante il seminario interdisciplinare organizzato dalla Scuola di Dottorato in Giurisprudenza dell’Università di Verona ad Alba di Canazei nei giorni 1-3 settembre 2013 sul tema “Il pluralismo delle fonti”.

<sup>1</sup> Sui termini attuali del dibattito e del tema si rinvia alle recenti monografie di M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Parigi, 2006; C. SOTIS, *Le regole dell’incerenza - Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, e V. MANES, *Il giudice nel labirinto – Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, 2012 ed alla bibliografia ivi citata.

<sup>2</sup> Anche a questo proposito, sui termini attuali della questione cfr. L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona* (Atti del Convegno di Catania, 28-29 maggio 2010), Milano, 2011, 207 ss.; A. BERNARDI, *La “qualità” delle norme penali tra fonti nazionali e fonti europee. Avanzamenti e stasi dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, ivi, 335; G. GRASSO, *La “competenza penale” dell’Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, ivi, 683. A. BERNARDI, [La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 1, 2012, 43; C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in M. D’AMICO-P. BILANCIA (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 137; C. SOTIS, [I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione Europea dopo Lisbona](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 1, 2012, 111. R. SICURELLA, *“Prove tecniche” per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione Europea in materia penale*, in *L’evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, pubblicazioni del Centro di Diritto Penale Europeo di Catania, Milano, 2011, 3.

una materia assai delicata e di difficile lavorazione. È quindi con grande cautela che ci si appresta a svolgere le riflessioni che seguono.

Rimanendo nel solco della tradizione per quanto riguarda l'illustrazione degli istituti in ogni branca del diritto, sembra logico seguire lo schema collaudato che muove dal generale al particolare, cercando prima di tutto di comprendere il significato di un fenomeno che coinvolge l'ordinamento (*recte*: gli ordinamenti) nel suo (loro) insieme, senza che la distinzione tra aree tematiche possa in qualche modo scalfirne l'essenza.

Il tema del pluralismo delle fonti, pur presentando un significato del tutto particolare per il diritto penale, assume in verità una valenza trasversale, avendo a che fare con una pluralità di ordinamenti che devono sì convivere, ma che rimangono comunque entità separate e distinte. La realtà, pensando agli Stati nazionali e all'Unione Europea, è quella di una convivenza ordinata secondo regole ispirate a logiche in parte diverse da quelle sottese ai tradizionali criteri formali che regolano i rapporti tra le fonti del diritto<sup>3</sup>.

In sintesi, il discorso non si risolve in una mera presa d'atto, nel presupporre cioè l'esistenza di una pluralità di fonti di produzione tra loro concorrenti o coesistenti e nel descrivere staticamente il fenomeno per come si manifesta. La pluralità (o l'incoerenza, come si è osservato in dottrina)<sup>4</sup> deve essere governata da regole capaci di aggregare una sorta di consenso, fondato sulla loro sostanziale forza dimostrativa più che su un'investitura formale<sup>5</sup>.

Da un punto di vista concettuale, a ben vedere, non v'è nulla di nuovo.

L'esigenza di porre ordine in una realtà in continuo divenire rappresenta la autentica funzione del giurista che, nel segno del rifiuto della mera esegesi, intenda raccogliere la sfida urgente di trovare almeno il "nord" in un sistema a tratti disorientante che ha addirittura evocato la tristemente reale immagine di un "giudice nel labirinto"<sup>6</sup>.

La concorrenza tra le fonti, tuttavia, si declina oggi in modo del tutto particolare. L'ordine, infatti, è un obiettivo che sembra non poter più esser affidato al solo principio di gerarchia il quale, per sua stessa natura, presuppone una "geometricissima" piramide che, in realtà, si fatica a intravedere nel panorama attuale.

Di qui, la necessità di rinvenire criteri diversi, capaci di rendere ordinato il pluralismo.

Passando ora dal generale al particolare, va rilevato che, pur presentando un'indubbia dimensione trasversale, idonea a destare l'interesse di ogni giurista che voglia mantenere uno sguardo attento al sistema, la questione di un pluralismo ordinato delle fonti assume un'urgenza a nostro modo di vedere più marcata in rapporto al diritto penale.

---

<sup>3</sup> Il riferimento è, ovviamente, alla distinzione tra principi di razionalità materiale e formale su cui, in argomento, cfr. C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza cit.*

<sup>4</sup> C. SOTIS, *ult. op. cit.*, 13 ss.

<sup>5</sup> ID., *ult. op. loco cit.*, 26-27.

<sup>6</sup> V. MANES, *Il giudice nel labirinto cit.*

Le esigenze sottese al principio di legalità sono in questo campo assai più stringenti che in ogni altra branca del diritto per questioni, è noto, di certezza e di garanzia<sup>7</sup>. L'individuazione del soggetto abilitato alla produzione delle norme penali è, infatti, questione che tocca il cuore delle illuministiche ragioni dello Stato di diritto, che da sempre ha collegato il potere di scegliere "se" e "che cosa" punire al grado di rappresentatività democratica di chi compie tale scelta.

Su queste basi riposava, in effetti, la ragione principale del tradizionale mancato riconoscimento di una competenza penale in capo alle Comunità Europee. Si osservava costantemente che, a parte la mancata espressa menzione di una siffatta competenza nei trattati, il *deficit* democratico che la Comunità scontava avrebbe precluso ogni produzione normativa in materia penale<sup>8</sup>. Si trattava, in definitiva, di un problema di rappresentatività democratica, poiché il Parlamento Europeo, unico organo eletto, non aveva una funzione né un peso determinanti nell'ambito del procedimento legislativo comunitario.

Con il Trattato di Lisbona il problema dell'ammissibilità di una competenza penale dell'Unione Europea è stato in parte risolto, se non altro con riguardo all'espressa menzione nei Trattati della relativa attribuzione. Non è certo questa la sede per entrare nel dettaglio del dibattito sul rispetto del principio di legalità penale "post Lisbona"<sup>9</sup>, né tanto meno sulla questione, dibattuta tra "conservatori" e "progressisti"<sup>10</sup>, se il Trattato si sia limitato unicamente a razionalizzare l'esistente o ad introdurre il nucleo o il germe di un vero e proprio diritto penale europeo<sup>11</sup>. Sotto questo profilo, ci si dovrà realmente limitare a una mera esegesi del dato normativo esistente.

Le competenze che il Trattato di Lisbona ha attribuito all'Unione in materia penale, il cui nucleo fondamentale è racchiuso negli artt. 83 e 86 TFUE, assumono un carattere per lo più indiretto, dovendo il Legislatore europeo esercitarle mediante direttive, con il conseguente necessario intervento del legislatore nazionale al fine di trasporle<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> In argomento, ci limitiamo a rinviare a due opere fondamentali, quella di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 5 ss. e quella di G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 278. Per un'agile ma completa ricostruzione, volendo, cfr. anche G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, terza ed., Milano, 2001, 8 ss.

<sup>8</sup> Sul punto cfr. F. BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in AA. VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, 1968, 217; C. PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica della Cee sul diritto penale italiano*, in AA.VV., *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, 1982, 613; R. RIZ, *Diritto penale comunitario*, Padova, 1984, 11 ss.; F. SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, in *Dig. pen.*, III, 1990, 102.

<sup>9</sup> In argomento si rinvia agli autori citati alla nota n. 2 e, particolare, a L. PICOTTI, *Limiti garantistici cit.*, 229; A. BERNARDI, [La competenza penale accessoria cit.](#), 57 ss.

<sup>10</sup> Così F. ROMOLI, *Il nuovo volto dell'Europa dopo il Trattato di Lisbona. Un'analisi penalistica "multilivello"*, in *Arch. Pen.*, 2011, 1.

<sup>11</sup> In quest'ultimo senso, R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2569 che parla addirittura della "nascita formale del diritto penale dell'Unione Europea".

<sup>12</sup> Sul punto, cfr. per tutti A. BERNARDI, [La competenza penale accessoria cit.](#), 58 ss.

Contestualmente all'introduzione di queste nuove competenze, il Trattato ha altresì attenuato quel famoso *deficit* democratico che caratterizzava la produzione normativa dell'Unione Europea, attraverso la creazione di una procedura legislativa ordinaria fondata sulla co-decisione e sulla pari-ordinazione tra Consiglio e Parlamento<sup>13</sup>, che prevede meccanismi di coinvolgimento anche dei Parlamenti nazionali.

In prima battuta, è possibile pertanto rilevare che i soggetti abilitati a produrre norme incriminatrici nel nostro ordinamento si sono almeno duplicati. Non più solo il Parlamento nazionale, ma anche il "complesso" Legislatore europeo ha oggi il potere di compiere fondamentali scelte d'incriminazione. Il fenomeno è, in verità, estremamente più articolato, in considerazione di alcuni elementi di diversità, o meglio, di pluralismo. A leggere le previsioni del Trattato, infatti, è agevole rilevare non soltanto presenza di più livelli di produzione di norme penali, ma anche di diversi tipi di atti normativi e, con essi, di moduli procedimentali rilevanti a questo fine. Al riguardo, è sufficiente il richiamo, da una parte, alla potestà normativa in materia penale da esercitarsi mediante direttive di armonizzazione ai sensi dell'art. 83 TFUE, la quale presenta un proprio modulo procedimentale e sottostà a determinate condizioni, e, parallelamente, alla discussa, ma pur sempre ipotizzabile, emanazione di norme incriminatrici a tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea mediante regolamenti *ex art.* 86 TFUE, in base a presupposti formali e sostanziali affatto diversi<sup>14</sup>.

Queste elementari osservazioni, già da sole, dovrebbero essere sufficienti a render evidente l'esistenza di un pluralismo delle fonti e, soprattutto, l'urgenza di una loro ordinata sistemazione.

Sembra interessante a questo riguardo estendere il campo d'indagine anche a un ulteriore profilo, strettamente connesso a quanto finora osservato ma, probabilmente, caratterizzato da un tasso di problematicità più specifico. Se si osserva attentamente il disposto dell'art. 83, par. 2, TFUE, è possibile, infatti, ricavare l'impressione di una certa ambiguità di formulazione la quale, a sua volta, ha aperto le porte a un dibattito che interessa molto da vicino l'argomento del pluralismo ordinato delle fonti.

In particolare, nel prevedere una competenza penale indiretta dell'Unione Europea da esercitarsi mediante direttiva, la disposizione ne vincola l'esercizio a due presupposti. Da un lato, deve trattarsi di materie rispetto alle quali siano già stati realizzati interventi normativi di armonizzazione a livello extra-penale; dall'altro lato, il Legislatore potrà intervenire in questi settori solo se il ravvicinamento delle disposizioni penali sia indispensabile per l'attuazione efficace delle relative politiche europee.

---

<sup>13</sup> E. DE MARCO, *Elementi di democrazia partecipativa*, in P. BILANCIA-M. D'AMICO, *La nuova Europa cit.*, 39 ss.; più in generale, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, 24 ss.

<sup>14</sup> Sui diversi moduli procedimentali, in generale, e sulla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione, cfr. L. PICOTTI, *ult. op. cit.*, 213 ss. e 223 ss.; da ultimo ID., [Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea](#), in *questa Rivista*, 13 novembre 2013.

Questo riferimento all'attuazione delle *politiche* ha suscitato un vivace dibattito in dottrina. Si è sostenuto, in estrema sintesi, come l'attenzione posta dalla norma sull'attuazione delle suddette politiche sia indicativa di un diritto penale europeo posto a tutela di norme (extra-penali) più che di beni giuridici, un diritto penale che, dimentico della sua funzione di strumento sussidiario di protezione dei beni giuridici, determinerebbe un'ingiustificata espansione dell'area della penalità<sup>15</sup>.

A questo modo di vedere le cose, per converso, si è obiettato valorizzando la presenza e il significato di ulteriori principi in grado di frenare questo ipotetico fenomeno di pan-penalizzazione. Ci si riferisce al principio penalistico dell'*extrema ratio*, sul quale lo stesso *Manifesto sulla politica criminale europea* ha posto l'attenzione<sup>16</sup>, ma anche ai principi europei di proporzionalità e sussidiarietà. Lasciando da parte ogni riflessione sul principio di proporzionalità, l'analisi del quale, in verità, dischiuderebbe il vaso di Pandora, liberando il tema del *tertium comparationis* necessario a svolgere il relativo giudizio<sup>17</sup>, una particolare attenzione ci sembra debba esser dedicata alla nozione di sussidiarietà europea con riferimento all'esercizio delle competenze penali.

A questo principio saranno dedicate le successive riflessioni, nel tentativo di approfondirne il volto sostanziale e di verificarne la giustiziabilità da parte della Corte di Giustizia.

## 2. Principio di sussidiarietà e distribuzione delle competenze tra Stato e Unione Europea.

L'importanza che il principio di sussidiarietà assume ai fini del discorso che ci occupa risulta dimostrata dalla sua stessa natura<sup>18</sup>. Si tratta, in effetti, di un criterio di

---

<sup>15</sup> C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità cit*, 111 ss., in particolare p. 120; Analogamente, con riguardo all'assetto risultante dalla sentenza della Corte di Giustizia C-176/2003, cfr. G. MANNOZZI-F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 926 ss.

<sup>16</sup> *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *ZIS* 12/2009, consultabile sul sito della rivista [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com).

<sup>17</sup> Ci si riferisce all'idea per la quale la proporzionalità di per sé è cieca e vuota, dal momento che per stabilire se un determinato mezzo sia idoneo, necessario e proporzionato in senso stretto sarebbe pur sempre necessario un *tertium comparationis* caratterizzato da una dimensione assiologica. Per questi rilievi e per il rapporto tra proporzione e tutela dei beni giuridici cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *questa Rivista.*, 20 settembre 2013, 22-23. A seconda del criterio prescelto, la protezione del bene giuridico o l'eliminazione della pericolosità sociale, la valutazione può mutare sensibilmente. Con riguardo alle nuove competenze penali europee, per tali considerazioni, cfr. S. MOCCIA, *Funzioni della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 924.

<sup>18</sup> Sul principio di sussidiarietà, tra i molti, si vedano i contributi di P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, 3 ss.

S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi*, in *Foro it.*, V, 1995, 374.

J.H.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *Quad. cost.*, 2000, 5 ss; M. D'AMICO, *Trattato di Lisbona: principi, diritti e "tono costituzionale"*, in M. D'AMICO-P. BILANCIA (a cura di), *La nuova*

ripartizione dell'esercizio delle competenze concorrenti che presuppone proprio quel pluralismo delle fonti che il criterio gerarchico non è in grado di affrontare con la stessa elasticità.

Non deve destare stupore, pertanto, il fatto che questo principio sia considerato il principio chiave dell'ingegneria costituzionale europea<sup>19</sup>, essendo l'Unione fondata, da una parte, sul principio di attribuzione e, dall'altra, sull'esercizio concorrente di alcune competenze che non rappresentano prerogativa esclusiva né dell'Unione stessa né degli Stati membri<sup>20</sup>.

Il principio di sussidiarietà trovò una sua prima formulazione, limitatamente alla materia ambientale, già nell'Atto Unico Europeo del 1986, all'interno del quale scontava, tuttavia, una formulazione radicalmente diversa rispetto a quella successiva all'approvazione del Trattato di Maastricht nel 1992. Nell'art. 130R n. 4, infatti, veniva stabilito che *"la Comunità agisce ... nella misura in cui gli obiettivi ... possano essere meglio realizzati a livello comunitario piuttosto che a livello dei singoli stati membri"*. In tal modo, il principio assumeva una valenza schiettamente positiva, quale criterio in grado di giustificare l'intervento delle Comunità in quel settore<sup>21</sup>.

Con l'approvazione del trattato di Maastricht esso assunse, invece, una valenza diversa e opposta, giungendo intatto nella sua formulazione e nel suo significato fino ad oggi.

L'attuale articolo 5 del TUE, infatti, sancisce che nelle materie attribuite alla competenza concorrente tra U.E. e Stati membri l'Unione deve agire nel rispetto del principio di sussidiarietà, legittimandosi il suo intervento unicamente al verificarsi di due presupposti. Da una parte, è necessario che l'azione ipotizzata possa raggiungere l'obiettivo desiderato in modo migliore se posta in essere a livello di Unione Europea, in considerazione della portata e degli effetti dell'azione stessa. Dall'altra, è altresì necessario che l'obiettivo in parola non possa esser raggiunto in modo sufficiente a livello statale o locale.

Nella sua formulazione lessicale il principio rivela la sua inequivocabile natura di criterio di ripartizione delle competenze, finalizzato all'individuazione del miglior livello di governo nell'ambito del quale collocare l'esercizio di un pubblico potere. Si tratta di un principio che ben si attaglia, se non proprio alla struttura, quanto meno alle ambizioni federali dell'Unione Europea, condividendo con la matrice politica dello Stato federale l'idea di fondo per la quale, ove sia possibile, sia da preferire l'intervento del centro di potere più vicino ai cittadini<sup>22</sup>. A questo proposito, la valenza essenzialmente negativa del principio risulta evidente, ponendosi esso quale limite all'espansione incontrollata delle competenze europee.

---

*Europa cit.*, 67 ss.; G. STROZZI, voce *Unione Europea*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 449. Nella manualistica, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea cit.*, 99 ss.

<sup>19</sup> L.P. VANONI, *Fra Stato e Unione Europea: il principio di sussidiarietà sotto esame della Corte costituzionale e della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 06, 1457.

<sup>20</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea cit.*, 99 ss.

<sup>21</sup> G. STROZZI, voce *Unione Europea cit.*, p. 7 di 20 nella versione digitale.

<sup>22</sup> L.P. VANONI, *ult. op. cit.*, par. 2, p. 2 di 27 della versione digitale.

Al contempo, tuttavia, il principio deve essere letto e interpretato avendo ben presente l'obiettivo perseguito fin dal Trattato di Maastricht di realizzare *un'Unione sempre più stretta tra i cittadini*, nel tentativo di incrementare i poteri della Comunità a discapito delle prerogative di sovranità degli Stati membri. La sussidiarietà, in definitiva, pur operando come limite all'espansione delle competenze europee, rifiuta l'idea di una differenziazione netta tra i livelli di governo, nel segno cioè di una separazione stagna, e si configura come simbolo di una vocazione unitaria delle Comunità, prima, e dell'Unione Europea, poi.

Si tratta, in sostanza, di una soluzione di compromesso tra forze opposte, centripete e centrifughe<sup>23</sup>, che, come è stato efficacemente osservato, ha avuto la funzione di conciliare quello che sembrava inconciliabile, ovvero *"l'emergere dell'Europa unita e la fedeltà alla nostra nazione; la necessità di un potere europeo e l'imperativo vitale di conservare le nostre nazioni come luogo di radicamento"*<sup>24</sup>.

Questa natura compromissoria, peraltro, rivela anche le fragilità intrinseche del principio. Fragilità, è bene anticiparlo, che trovano sì origine nella sua dimensione propriamente politica ma che si riflettono sensibilmente sulle conseguenze giuridiche derivanti dalla sua applicazione. Emblematicamente, Sabino Cassese definì il principio di sussidiarietà come *"l'epitome della confusione"* o *"foglia di fico"*<sup>25</sup>, con espressione riassuntiva della vaghezza concettuale che lo caratterizza proprio in virtù del suo esser concepito come soluzione di compromesso. In modo non meno polemico, J.H. Weiler lo ha giudicato *"un gioco di prestigio: se vuoi agire ti permette di farlo, se non vuoi (per ragioni politiche) la sussidiarietà ti offre uno splendido alibi"*<sup>26</sup>.

### 3. (segue) La giustiziabilità del principio.

Il terreno sul quale ci si muove è pertanto inevitabilmente scivoloso, denso di ombre più che di luci, ed è evidente come il fondamentale discorso sulla concreta giustiziabilità del principio risenta enormemente di questo sostrato concettuale<sup>27</sup>.

Cercando di riannodare le considerazioni finora svolte al tema del pluralismo ordinato delle fonti, appare di fondamentale importanza, in effetti, non soltanto, o non semplicemente, comprendere i meccanismi che presiedono alla ripartizione delle competenze tra Stati e Unione Europea, ma anche cogliere lo sviluppo successivo e inevitabile della questione, ovvero il suo risvolto patologico. Si è parlato di

---

<sup>23</sup> F. PIZZETTI, *Il principio di sussidiarietà nell'Unione Europea e in Italia tra retorica e realtà: il rispetto del cittadino di fronte alle nuove esigenze di democrazia*, in AA.VV., *La trasformazione dello Stato regionale italiano*, Milano, 2002, 183.

<sup>24</sup> J. DELORS, *Riconciliare l'ideale e la necessità*, in *Il nuovo concerto europeo*, Milano, 1993, 297.

<sup>25</sup> S. CASSESE, *L'aquila cit.*, 374.

<sup>26</sup> J.H.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri cit.*, 5 ss.

<sup>27</sup> In tema di giustiziabilità del principio e, inoltre, di rapporti tra la sussidiarietà penale e quella comunitaria, oltre agli autori già citati, cfr. M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 1-2. 141.

giustiziabilità, con questa espressione volendo alludere all'eventualità che il principio di sussidiarietà non sia stato rispettato e che, pertanto, una competenza sia stata esercitata da chi non doveva e non poteva. Di qui, il doveroso interrogativo sui rimedi da apprestare di fronte a tale situazione.

Per giustiziabilità s'intende, innanzi tutto, la concreta possibilità che un atto dell'Unione venga impugnato dallo Stato membro davanti alla Corte di Giustizia per una sorta di eccesso di potere e che, in caso di accoglimento, la Corte annulli l'atto viziato<sup>28</sup>.

La risposta alla domanda passa inevitabilmente, come storicamente peraltro è avvenuto, per la soluzione di un'altra preliminare questione che attiene alla natura del principio di sussidiarietà. Coloro che ne hanno evidenziato la natura eminentemente politica, infatti, ritengono che non vi siano le basi per un possibile e fruttuoso accertamento giurisdizionale<sup>29</sup>; per converso, chi ne ha messo in luce il carattere giuridico è giunto a conclusioni più ottimistiche<sup>30</sup>.

Come anticipato in apertura del presente paragrafo, l'impostazione del problema risente delle incertezze concettuali alle quali si è accennato in precedenza.

Indubbiamente, infatti, il principio ha, almeno in parte, carattere giuridico, se non altro perché trova espressa menzione nei Trattati accanto ai principi di attribuzione e di proporzionalità che, dal canto loro, scontano una notevole elaborazione pretoria e, così, un formante giurisprudenziale in grado di fornire un consistente strumentario concettuale utile in sede di accertamento processuale.

Contemporaneamente, è altresì innegabile la natura politica del principio, se non altro perché la scelta dell'Unione di intervenire poggia, inevitabilmente, su valutazioni di merito, di impatto sul sistema normativo che verrà attinto dall'atto adottato, valutazioni che coinvolgono un sapere che non è soltanto giuridico, ma anche economico e sociologico.

Dal punto di vista della misurazione statistica del fenomeno possiamo osservare prima di tutto che, se cercassimo una pronuncia della Corte di Giustizia di annullamento di un atto dell'Unione per violazione del principio di sussidiarietà, resteremmo delusi. Semplicemente, una simile eventualità non si è ancora mai verificata.

Secondariamente, va tuttavia osservato che alcuni segnali di un'opposta tendenza si possono intravedere e potrebbero, in qualche misura, se non proprio presagire il futuro, quanto meno far ipotizzare in modo ragionevole alcuni sviluppi. Per cogliere questi segnali, è necessario volgere lo sguardo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In linea di massima, e probabilmente con eccessiva semplificazione, è possibile distinguere due fasi ad alfiere delle quali si colloca l'approvazione del Trattato di

---

<sup>28</sup> G. STROZZI, voce *Unione Europea cit.*, p. 8 di 20 della versione digitale.

<sup>29</sup> Tra i tanti, LORD MAKENZIE STUART, *A formula for failure*, in *The Times*, 11 dicembre 1992; P. CARETTI, *ult. op. cit.*, 14; P. GORI, *Corte di Giustizia e principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 421.

<sup>30</sup> M.P. CHITI, *Profili istituzionali del Trattato sull'Unione Europea*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, 81; A. TIZZANO, *Le competenze dell'Unione Europea e il principio di sussidiarietà*, in *Dir. Un. Eu.*, 1997, 232.



Amsterdam e, con esso, del protocollo addizionale sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. Com'è noto, il protocollo ha introdotto alcune regole procedurali e, addirittura, delle linee guida, il cui rispetto dovrebbe essere in grado di stabilire se la sussidiarietà sia stata o meno rispettata. Ad ogni modo, per questioni di ordine e di logica, è bene esaminare la posizione che la Corte di Giustizia ha assunto al riguardo prima di questo momento.

In alcune sentenze dei primi anni Novanta<sup>31</sup> l'atteggiamento del Giudice europeo pareva improntato ad un tradizionale *self restraint*, circostanza che ha fatto nutrire molti dubbi sul futuro della giustiziabilità del principio soprattutto per coloro che denunciavano una posizione filo-integralista della Corte, nel segno cioè di una tendenza all'accrescimento delle competenze della Comunità<sup>32</sup>. Molto brevemente, in questi casi (che riguardavano l'organizzazione dell'orario di lavoro dei dipendenti all'interno della Comunità, da una parte, e i sistemi di garanzia dei depositi creditizi, dall'altra) la Corte sostanzialmente rifiutò di affrontare la questione, affermando come un suo intervento avrebbe comportato uno sconfinamento indebito nel campo della discrezionalità politica del legislatore europeo<sup>33</sup>.

Il protocollo introdotto nel 1999 in un certo senso ha cambiato la prospettiva, avendo fornito, bene o male, norme giuridiche suscettibili di applicazione e andando così a scalfire quella ritrosia che caratterizzava l'atteggiamento della Corte di Giustizia.

Due sentenze in particolare hanno costituito oggetto di grande interesse per gli studiosi. Le vicende sono passate alla storia sotto l'evocativo vessillo della "guerra del tabacco", avendo a che fare con la normativa europea relativa, in un caso, alla sponsorizzazione dei prodotti a base di tabacco e, nell'altro, alla loro vendita<sup>34</sup>.

I ricorsi furono presentati assumendo, almeno in parte, la violazione del principio di sussidiarietà. Nel primo caso, tuttavia, la questione della sussidiarietà rimase assorbita da quella del mancato rispetto del principio di attribuzione, terminando con l'annullamento dell'atto impugnato per la mancata individuazione da parte delle Istituzioni comunitarie della corretta base giuridica.

Nel secondo caso, invece, il *thema decidendum* risultò interamente incentrato sulla sussidiarietà, anche in considerazione di una formulazione migliore e più precisa del ricorso introduttivo.

I ricorrenti, in particolare, avevano affermato come la Comunità non avesse fornito la prova dell'insufficienza (presunta) dell'azione da parte degli Stati membri in vista del raggiungimento dell'obiettivo prefissato. Il procedimento si concluse con una pronuncia di rigetto, ma paiono molto significative le ragioni poste alla base della

---

<sup>31</sup> C.G.C.E., sentenza 12 novembre 1996, C-84/94 e sentenza del 13 maggio 1997, C-233/94, entrambe reperibili sul sito istituzionale della Corte mediante l'apposito motore di ricerca all'indirizzo [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/).

<sup>32</sup> C. CATTABRIGA, *La Corte di Giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, Milano, 1998, 41.

<sup>33</sup> Si tratta di affermazione contenuta nel punto 23 della sentenza 12 novembre 1996, C-84/94.

<sup>34</sup> C.G.C.E., sentenza del 5 ottobre 2000, C-376/98 e sentenza del 10 dicembre 2002, C-491/01, entrambe reperibili sul sito istituzionale della Corte mediante l'apposito motore di ricerca all'indirizzo [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/).

decisione, così come l'atteggiamento assunto dalla Corte di Giustizia. Essa, infatti, ha ritenuto rispettato il principio di sussidiarietà, sulla base di un ragionamento che, se in parte potrebbe far ben sperare sulle sorti della concreta giustiziabilità del principio, per altri versi sembra lasciar ancora aperta la strada a dubbi consistenti.

Il Giudice europeo ha affermato la necessità di valutare, *in primo luogo*, le ragioni per le quali l'intervento a livello europeo dovesse ritenersi più adatto per la realizzazione dell'obiettivo, precisando che la presenza nel territorio europeo di una legislazione in materia molto disomogenea non avrebbe potuto non creare un rischio di compromissione della libertà di circolazione dei prodotti a base di tabacco. L'altro requisito, quello dell'insufficienza dell'azione locale, è rimasto invece per lo più assorbito nella considerazione svolta in precedenza.

Ad un sommario sguardo d'insieme, pertanto, è possibile, da una parte, salutare positivamente l'abbandono della grande prudenza che aveva fino a quel momento caratterizzato l'atteggiamento della Corte che nella motivazione si finalmente dilungata proprio sul principio di sussidiarietà, confermando implicitamente il proprio ruolo di Giudice anche di quel principio. Per converso, la particolare esaltazione del requisito della maggiore idoneità dell'azione europea ha, in qualche modo, eccessivamente adombrato l'altro parametro, quello dell'insufficienza dell'azione a livello locale che, è doveroso osservarlo, richiede probabilmente un impegno dimostrativo maggiore.

Fermo restando il positivo riconoscimento di un vero e proprio salto di qualità da parte della giurisprudenza europea, dunque, va nondimeno osservato come il rischio che il giudizio della Corte scivoli nella tautologia o in una valutazione soltanto parziale è reale e consistente<sup>35</sup>.

Qualche segnale di novità sembra tuttavia emergere oggi dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con il quale si è provveduto, tra le tante cose, a modificare lo stesso protocollo sul rispetto del principio di sussidiarietà.

La procedimentalizzazione ivi prevista si è arricchita, infatti, di elementi di novità come le valutazioni d'impatto sulla legislazione già vigente che la nuova normativa europea sarebbe idonea a produrre o, ancora, la scheda dettagliata che dovrebbe accompagnare ogni proposta di atto normativo al fine di dimostrare e giustificare l'intervento sussidiario dell'Unione. Si parla sovente, a questo proposito, di motivazione della legge, elemento che farebbe in linea di principio immaginare una maggiore attenzione del Legislatore europeo al rispetto di determinati principi.

A questo proposito, si rende necessaria una precisazione. L'aspetto procedimentale sommariamente richiamato si può, in effetti, comprendere pienamente soltanto considerando la nuova procedura legislativa ordinaria prevista dal Trattato, che prevede oggi un forte coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nella c.d. fase ascendente anche e soprattutto per controllare il rispetto della sussidiarietà. In virtù di queste prerogative i Parlamenti nazionali possono inviare alla Commissione europea

---

<sup>35</sup> Con accenti simili cfr. A BERNARDI, [La competenza penale accessoria](#) cit., 71.

dei pareri negativi sul rispetto del principio in parola, determinando la nascita, a determinate condizioni, di un dovere di riesaminare la proposta di atto normativo.

Sul punto è interessante notare come il *quorum* di pareri negativi necessari al fine di “sospendere” la procedura legislativa sia più basso per gli atti che riguardano lo spazio di libertà sicurezza e giustizia rispetto a tutti gli altri: se normalmente, infatti, è richiesto almeno un terzo dei Parlamenti, in quest’ultimo caso è invece sufficiente un quarto. Qualora, nonostante gli eventuali pareri negativi, l’atto normativo dovesse essere comunque emanato, ciascuno Stato potrà agire davanti alla Corte di Giustizia per il suo annullamento.

#### **4. Notazioni conclusive.**

E’ giunto il momento di trarre, alla luce di questa sia pur cursoria ricostruzione, qualche conclusione e qualche spunto di riflessione.

In linea di principio, possiamo pacificamente affermare che la stessa previsione di un ricorso alla Corte per violazione del principio di sussidiarietà dimostra in modo evidente la possibilità teorica di una sua giustiziabilità.

Da un punto di vista applicativo, inoltre, la previsione di norme procedimentali, che devono esser rispettate già nel corso della formazione dell’atto, fornisce alla Corte, eventualmente investita della questione, norme giuridiche che, almeno dal punto di vista formale, sono suscettibili di costituire un parametro certo di valutazione. La violazione di una di queste prescrizioni potrebbe, infatti, fondare una base giuridica sostanziale per un ricorso.

Quando ci si sposta dalle violazioni formali a quelle sostanziali, tuttavia, il discorso s’intorbida nuovamente. In sostanza, occorre chiedersi se, una volta rispettati tutti gli obblighi previsti a carico delle Istituzioni europee dal protocollo citato, sia possibile una valutazione della Corte sul merito dei contenuti e delle motivazioni adottate. Il problema, in effetti, è stato soltanto delimitato nella sua portata ma, da un punto di vista qualitativo e strutturale, è rimasto intatto.

La congruità delle valutazioni d’impatto, così come le ragioni di merito a sostegno dell’intervento dell’Unione piuttosto che degli Stati membri, rimane una questione che conserva un notevolissimo tasso di discrezionalità politica. Del resto, si è anche dell’idea che sia proprio questo il messaggio che con il Trattato di Lisbona si è inteso in qualche modo far passare. L’accresciuto potere dei Parlamenti nazionali nella procedura legislativa ordinaria e il loro possibile intervento nella fase ascendente, con riguardo anche al principio di sussidiarietà, sembrano riconducibili a un’unica finalità: attribuire la tutela delle ragioni politiche e di merito della sussidiarietà agli organi che sono per definizione portatori delle relative istanze, ovvero i Parlamenti nazionali, e, ove le prerogative o le ragioni di questi ultimi non venissero, illegittimamente, rispettate dalle Istituzioni europee, prevedere la possibilità di ricorrere alla Corte di Giustizia.

A questo riguardo, tuttavia, viene spontaneo domandarsi (anche se la risposta probabilmente già si legge tra le righe) se uno Stato, mostratosi silente nella fase

ascendente, possa poi promuovere un ricorso davanti alla Corte di Lussemburgo, lamentando una violazione del principio di sussidiarietà. Più tecnicamente, parrebbe che in questo caso si possa configurare una sorta di acquiescenza dello Stato membro in punto di sussidiarietà, generando una situazione giuridica idonea a fondare una pronuncia di inammissibilità del ricorso, prima ancora che la Corte entri nel merito della questione.

Il ricorso giurisdizionale rimarrebbe percorribile, se si condivide questo modo di ragionare, soltanto per la violazione di una norma procedimentale prevista dal Protocollo oppure per una violazione sostanziale del principio di sussidiarietà, ma a condizione, in quest'ultimo caso, che lo Stato abbia già fatto constare la propria posizione di dissenso con un parere negativo nella fase ascendente della procedura legislativa.

Nell'ambito dell'esercizio delle nuove competenze in materia penale ai sensi dell'art. 83, par. 2, TFUE, in particolare, si registra oggi un caso di parere negativo, espresso proprio sotto il profilo della sussidiarietà dal *Bundesrat* tedesco sulla recente proposta di direttiva in materia di abusi di mercato<sup>36</sup>. Con il parere in oggetto si contestano le ragioni di merito che stanno alla base del giudizio di sussidiarietà, lamentandosi una carenza dimostrativa da parte dell'Unione Europea in punto di indispensabilità delle norme penali in questo settore, oltre che con riguardo ai presupposti fissati dall'art. 83, par. 2, TFUE, oggetto di un'interpretazione più in generale restrittiva circa l'ambito delle competenze in materia penale dell'UE in conformità a quanto stabilito in Germania dalla nota sentenza del 30 giugno 2009 del Tribunale costituzionale tedesco<sup>37</sup>. Non vi sarebbe, pertanto, nulla di particolarmente eclatante se, una volta approvata la direttiva in materia di abusi di mercato, la Repubblica Federale di Germania proponesse un ricorso davanti alla Corte di Giustizia. Quanto meno, sotto questo profilo, non si potrebbe sensatamente opporre alcuna eccezione di acquiescenza tacita.

Diverso è invece il caso dell'Italia. Il nostro Parlamento, sia pur per ragioni interne legate all'aver già adottato una penetrante normativa penale in materia, ha espressamente escluso ogni genere di obiezioni sotto il profilo del rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità<sup>38</sup>. Sarebbe, invero, assai strano che uno Stato che si è espresso positivamente nella fase ascendente, si ritenesse poi legittimato a intraprendere la strada del ricorso alla Corte di Giustizia per far valere ragioni alle quali in sede politica ha espressamente (o tacitamente) rinunciato.

Per quanto concerne, poi, l'eventuale sindacato da parte dei Giudici europei sul merito della violazione o del rispetto del principio di sussidiarietà, è possibile offrire qualche conclusione provvisoria.

---

<sup>36</sup>Reperibile [a questo indirizzo](#), sul sito istituzionale del Parlamento europeo.

<sup>37</sup> *Bundesverfassungsgericht*, 30 giugno 2009, in *Foro it.*, 2010, 5, 4, 277.

<sup>38</sup> Si vedano le Osservazioni proposte dalla quattordicesima Commissione permanente del Senato sulla medesima proposta di direttiva, reperibili sul sito istituzionale del senato della Repubblica [a questo indirizzo](#).

In primo luogo, sembra scontato affermare che le valutazioni che stanno alla base della scelta del livello di governo più adatto all'esercizio dell'azione, così come quelle che fondano la ritenuta insufficienza dell'intervento locale, hanno natura non soltanto giuridica. Sono molteplici ed eterogenee, infatti, le istanze coinvolte, a cominciare da quelle economiche e sociali. Il dubbio sulla concreta giustiziabilità, a tale proposito, potrebbe allora appuntarsi in modo preliminare addirittura sulla competenza (nel senso di attitudine) della Corte a compiere correttamente valutazioni così debordanti rispetto al tradizionale ragionamento giuridico di matrice per lo più sillogistica.

Accanto a questo problema se ne possono poi evidenziare altri. Il primo è già stato accennato quando si è detto del rischio che la valutazione sulla migliore adeguatezza dell'azione a livello di Unione, per dimensioni ed effetti, adombri, fino a farlo scomparire, quello dell'insufficienza di una regolamentazione soltanto locale. In tal modo, la sussidiarietà verrebbe svuotata di una sua componente essenziale, rappresentata da una sorta di funzione di supplenza necessitata del livello superiore di governo. Così, l'esistenza di una disciplina normativa disomogenea a livello statale potrebbe per questo solo esaurire tautologicamente ogni valutazione sull'argomento.

Del resto, è intuitivo che, se bastasse una disomogeneità normativa a giustificare un intervento di armonizzazione o ravvicinamento, la valutazione sulla necessità di un intervento a livello "unionale" si risolverebbe sempre in una tautologia.

Il rischio di una valutazione tautologica, d'altra parte, si manifesta in tutta la sua portata in quelle materie che, pur formalmente attribuite ad una potestà normativa concorrente, manifestano nondimeno una vocazione sostanzialmente transnazionale. Si pensi a quanto, in simili contesti, giochino un ruolo fondamentale nella dinamica del pluralismo delle fonti alcuni fattori socio-economici come, ad esempio, la globalizzazione<sup>39</sup>. A questo proposito, un riferimento d'obbligo, se non altro a livello esemplificativo, va fatto alla recente direttiva in materia di criminalità informatica, settore che è per sua stessa natura globale<sup>40</sup>. A leggere attentamente i *considerando* che precedono l'articolato, in particolare, si riscontra inevitabilmente un modo di ragionare che motiva utilizzando una sorta di prova di autoevidenza. Quando si afferma, ad esempio, che *"i sistemi di informazione sono un elemento chiave dell'interazione politica, sociale ed economica nell'Unione"*, che il loro *"buon funzionamento"* e la loro *"sicurezza"* sono *"fondamentali per lo sviluppo del mercato interno e di un'economia competitiva e innovativa"* o, ancora, che *"gli attacchi ai danni dei sistemi di informazione ... sono una minaccia crescente a livello di Unione e mondiale"*, costituendo una minaccia per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si compiono valutazioni che sicuramente appaiono condivisibili nel merito. Quando però si legge, subito dopo e in ragione di tali considerazioni, che *proprio per questo* è necessaria una risposta a livello di Unione, ci si accorge della mancanza di un elemento di valutazione. Manca, in effetti, esattamente

---

<sup>39</sup> Cfr. sul tema L. PICOTTI, *Limiti garantistici cit.*, 209 ss.

<sup>40</sup> Direttiva 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, in GUUE del 14.8.2013 L 218.

l'altra faccia della medaglia, quella che attiene alle ragioni della presunta insufficienza di una normazione locale del fenomeno.

Viene allora da chiedersi se, in un mondo sempre più globalizzato, non sia la stessa dimensione globale di alcune forme criminose a far ritenere *ipso facto* raggiunta la prova della necessità che sia l'Unione a intervenire, dando vita in questo modo ad una nuova sussidiarietà che si declina in termini diversi e claudicanti rispetto a quella "ordinaria".

Proseguendo secondo questa prospettiva e osservando più attentamente le nuove competenze penali dell'Unione Europea, ci si accorge, peraltro, di qualche differenza sotto il profilo della sussidiarietà che pare opportuno evidenziare. A questo proposito, è necessaria una breve premessa. Parlare di "competenze" e di "materie" attribuite a questa o a quella competenza, potrebbe non essere il modo più corretto per affrontare il problema. Quando, in sostanza, si afferma che la "materia penale" è oggetto di competenza anche dell'Unione Europea, forse ci si intrappola in una rete a maglie troppo strette.

Il diritto penale, a ben vedere, difficilmente si presta a esser considerato una *materia* alla stregua della concorrenza, della regolamentazione delle dogane, del mercato interno o dell'ambiente. In effetti, il diritto penale è più che altro uno strumento, un modo di disciplina<sup>41</sup>, con la conseguenza che appare particolarmente difficile applicare a questa "materia" lo stesso apparato concettuale presupposto dai criteri di distribuzione delle competenze. Di conseguenza, anche il ragionamento sulla sussidiarietà diviene più evanescente.

Naturalmente, tra il primo e il secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE sono ravvisabili, sotto questo profilo, delle differenze sensibili. Mentre nel primo si assiste a un'opportuna delimitazione oggettiva delle sfere di intervento, attraverso la definizione dei settori stessi (con ciò avvicinandosi maggiormente al concetto di "materia"), nel secondo si assiste ad un approccio più elastico e, così, problematico.

Se si pone attenzione al disposto dell'art. 83, par. 2 TFUE, alla sua dimensione prettamente letterale, ci si avvede che a essere indispensabile non è tanto l'intervento penale, quanto piuttosto il ravvicinamento delle disposizioni penali. La centralità del ravvicinamento è dimostrata anche dal riferimento a una base extra-penale già armonizzata quale presupposto dell'intervento stesso. In questo caso, si può facilmente

---

<sup>41</sup>In tal senso già F. BRICOLA, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle regioni*, in *Sc. pos.*, 1963, 649; cfr, con speciale riferimento al diritto penale comunitario, la posizione di F. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario cit.*, 89 ss. e, in particolare, le pp. 3 e ss. di 25 dell'edizione *on line*; nella giurisprudenza costituzionale questa posizione è stata assunta già da Corte Costituzionale, 11 maggio 1977, n. 79, in *Giur. Cost.*, 1977, I, 683; da ultimo, in modo ancora più espresso si v. Corte Costituzionale, 4 maggio 2005, n. 172, reperibile sul relativo sito istituzionale all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>, che ha definito la materia penale "*l'insieme dei beni e dei valori ai quali viene accordata la tutela più intensa, che non è di regola determinabile a priori*", precisando come essa nasca "*nel momento in cui il legislatore nazionale pone incriminatrici e ciò può avvenire in qualsiasi settore, a prescindere dal riparto di attribuzioni legislative tra lo Stato e le Regioni*". Quella penale è, infatti, "*una competenza dello Stato strumentale, potenzialmente incidente nei più diversi ambiti materiali ed anche in quelli compresi nelle potestà legislative esclusive, concorrenti o residuali delle Regioni ...*".

osservare che la “materia” che costituisce oggetto di competenza europea non è tanto il diritto penale, quanto piuttosto quella che già fu oggetto di armonizzazione o, se volgiamo, lo stesso ravvicinamento delle disposizioni penali pertinenti.

A conclusione di questo ragionamento, probabilmente troppo lungo, sembra potersi affermare che, se l’obiettivo è il ravvicinamento delle disposizioni penali in un determinato settore, è evidente che la sussidiarietà viene in questo caso necessariamente mutilata di una sua componente essenziale. Ci si riferisce, di nuovo, a quella valutazione sull’insufficienza di una regolamentazione locale della materia in questione. Se l’obiettivo è il ravvicinamento, ancora, non ha alcun senso interrogarsi sul soggetto che meglio potrebbe esercitare una determinata competenza, dal momento che solo l’Unione, e non certo gli Stati membri, potrebbe realizzare questo obiettivo.

Non si tratterebbe, così, di un esercizio sussidiario di un potere, quanto piuttosto di un’attribuzione originaria e, per così dire, ontologica in favore dell’unico soggetto al quale può spettare in virtù della sua natura sovranazionale.

Infine, a far condividere il dubbio che a lungo termine possa risultare pretermessa la valutazione sulla sufficienza dell’azione locale per il raggiungimento dell’obiettivo, vi è un’ultimissima considerazione. Ancora una volta, infatti, se l’obiettivo è il ravvicinamento delle disposizioni penali, è sufficiente che uno solo dei ventotto Stati membri non disponga di una disciplina penale o vi sia tra i vari ordinamenti nazionali una sensibile divergenza nelle cornici edittali, per far ritenere indispensabile l’intervento europeo.

In definitiva il principio di sussidiarietà, per la sua caratterizzazione sostanziale e per le problematiche, anche in tema di giustiziabilità, che si sono evocate, non pare uno strumento capace di limitare o selezionare realmente la produzione di norme penali a livello europeo. Questo compito dovrà essere assolto da altri principi, come quello di proporzionalità, e soprattutto da una politica criminale frutto di scelte comuni.

Sotto il profilo del pluralismo delle fonti va quindi osservato che l’esigenza di “ordinarlo” passa necessariamente attraverso un atteggiamento attivo dei Parlamenti nazionali già nella fase ascendente, senza che si possa rimettere l’intera questione ad un sindacato successivo della Corte di Giustizia, che le demanderebbe valutazioni che forse non è neppure in grado di compiere.