

PROFILI DI “COMUNITARIZZAZIONE” DEL TERZO PILASTRO

DANIELA SAVY*

SOMMARIO: 1. Premessa e piano dell'indagine. – 2. Il problema del riparto di competenze tra primo e terzo pilastro. – 3. *Segue*: il riparto di competenze nella sentenza *Commissione c. Consiglio* in materia di reati ambientali. – 4. Il dibattito interistituzionale: la Comunicazione della Commissione del 23 novembre 2005 e la Relazione del Parlamento europeo dell'8 maggio 2006. – 5. Gli orientamenti successivi della Corte di giustizia e della Commissione: la competenza in materia di sanzioni penali. – 6. La tendenza giurisprudenziale all'*esportazione* di principi comunitari nel terzo pilastro. – 7. *Segue*: evoluzioni della giurisprudenza della Corte di giustizia. – 8. Il Trattato di Lisbona: una “comunitarizzazione” reale o una spinta ad un maggior ricorso alla cooperazione rafforzata nel settore penale? – 9. Conclusioni.

1. All'Unione europea è espressamente attribuita dagli articoli 29 e 31 TUE la competenza in materia penale. In particolare, l'art. 29 TUE sancisce la competenza dell'Unione ad armonizzare le legislazioni nazionali in materia penale. Tale competenza è in concreto esercitata attraverso le decisioni-quadro previste dall'art. 34 TUE, le quali sono atti vincolanti privi di effetti diretti. La Corte di giustizia è intervenuta a più riprese in ordine alla questione concernente la natura giuridica e gli effetti delle decisioni – quadro pronunciandosi ai sensi dell'art. 35 TUE in sede di rinvio pregiudiziale d'interpretazione¹.

La definizione di tale questione si è rivelata in taluni casi funzionale alla più ampia questione della ripartizione delle sfere di competenze tra primo e terzo pilastro del TUE e, quindi, della corretta interpretazione dell'art. 47 TUE². Infatti, le decisioni-quadro sono state talvolta oggetto di controversie innanzi alla Corte di giustizia concernenti l'esatta individuazione della base giuridica in materia penale. Un esempio in tal senso è senz'altro la ormai nota sentenza *Commissione c. Consiglio* del 13 settembre 2005³ con la quale la Corte ha annullato la decisione-quadro relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale per violazione delle competenze

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

¹ Corte giust., sent. 16-6-2005, causa C-105/03, *Pupino*, in *Racc.*, I-5285; sent. 9-10-2008, causa C-404/07, *Katz*, non ancora pubblicata in *Racc.*

² Si tratta, com'è noto, di una clausola di subordinazione in base alla quale le disposizioni del TUE non pregiudicano i trattati originari e quelli di modifica. V. R. Mastroianni, *sub* art. 47 TUE, in A. Tizzano (cur.), *Trattati dell'Unione e della Comunità europea*, Milano, 2004, 167 ss.

³ Corte giust., sent. 13-9-2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, I-7879; sent. 23-10-2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, I-9097.

della Comunità⁴. Da tale pronuncia è emersa in tutta evidenza l'attualità del problema dell'esatta individuazione dei poteri normativi in materia penale tra sistema intergovernativo e comunitario. Tale problema ha sollecitato un vivace dibattito non solo dottrinale⁵ ma, come vedremo, anche interistituzionale⁶, teso alla definizione di criteri sistematici di allocazione delle competenze *in subiecta materia*.

Sia la sentenza del 13 settembre 2005 che il successivo dibattito tra le istituzioni manifestano una linea di tendenza verso la c.d. "comunitarizzazione"⁷ della materia penale attraverso l'estensione dell'utilizzo delle basi giuridiche comunitarie anche in tale ambito, giustificata dalla sussistenza di un collegamento funzionale tra la materia penale e le norme relative al mercato interno.

Una spinta alla "comunitarizzazione" della materia penale è, d'altro canto, visibile anche nella lettura interpretativa che la Corte ha iniziato a fornire nella pronuncia *Pupino*⁸ con la quale, com'è noto, sono stati ritenuti applicabili alle decisioni quadro i principi comunitari della leale cooperazione, dell'interpretazione conforme e dell'effetto utile. Ciò evidenzia un'ulteriore linea direttrice, tesa all'"esportazione" di norme, principi e metodi interpretativi dal primo al terzo pilastro. La complementarità delle due linee di tendenza verso la "comunitarizzazione" del terzo pilastro, si intravede nel disegno unico di disciplinare il settore penale in base ai prin-

⁴ Dec.-quadro 2003/80/GAI del Consiglio, 27-1-2003, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, in *G.U.U.E. L. 29, 5-2-2003*, 55.

⁵ Cfr. M. G. Garbagnati Ketvel, *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i «pilastri» dell'Unione europea?*, in *Dir.Un. eur.* 2007, 395 ss.; H. Labayle, *Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2006, 1 ss.; Id., *L'Ouverture de la Jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale*, in *Cahiers dr. eur.*, 2006, 379 ss.; A. Mignolli, *La Corte di giustizia torna a presidiare i confini del diritto comunitario. Osservazioni in calce alla sentenza C-176/03*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, 327 ss.; S. Peers, *Salvation outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after The Pupino and Segi Judgement*, in *C. Mkt L. Rev.*, 2007, 883 ss.; E. Spaventa, *Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 2007, 5 ss.; S. White, *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *Eur. L. Rev.*, 2006, 81 ss.

⁶ V. *Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03 Commissione contro Consiglio)*, COM(2005)583 def., 23-11-2005; nonché la *Relazione del Parlamento Europeo, dell'8 maggio 2006, A6-0172/2006, sulle conseguenze della sentenza della Corte 13 settembre 2005 (C-176/03 Commissione/Consiglio) 2006/2007(INI)*.

⁷ Tale "comunitarizzazione" ha delle evidenti implicazioni in tema di diverso metodo di formazione degli atti (incluso il ricorso al voto a maggioranza qualificata in sede di Consiglio), di maggiore impatto sugli ordinamenti degli Stati membri e di più incisiva tutela giurisdizionale. Tale orientamento, forse, non è del tutto coincidente con la volontà dei singoli Stati membri che, infatti, sono intervenuti numerosi nelle cause C-176/03 e C-440/05, *Commissione c. Consiglio* cit., in difesa delle competenze intergovernative.

⁸ Corte giust., sent. 16-6-2005, causa C-105/03, cit.

cipi ed al metodo comunitario ed estendere ad esso, in parte, la tutela giurisdizionale comunitaria.

Scopo del presente contributo è allora quello di verificare, attraverso l'analisi della normativa e della giurisprudenza recente, se le tendenze sopra menzionate si siano consolidate e se le disposizioni del Trattato di Lisbona⁹ convergano verso il medesimo orientamento.

2. A fronte di una esplicita attribuzione, ad opera del Trattato di Maastricht, della competenza in materia penale all'Unione, nel Trattato CE non si rinveniva e tuttora non si rinvia alcun riferimento a competenze "comunitarie" in tale materia. Tuttavia, i principi del diritto comunitario e segnatamente quelli delle libertà fondamentali, del mercato unico, ed in particolare quelli relativi alla libera circolazione delle persone¹⁰, determinano situazioni che interferiscono con aspetti penalistici e proiettano le loro conseguenze anche su tali aspetti, sia pur in modo indiretto. La giurisprudenza della Corte di giustizia testimonia, poi, come la disciplina del mercato sia stata lo strumento a vantaggio dei singoli per opporsi in taluni casi all'applicazione di norme penali nazionali¹¹.

Gli stessi sviluppi dell'integrazione europea hanno comunque finito con l'accentuare l'esigenza di attrarre la materia penale nell'alveo della cooperazione comunitaria. Ma tale obiettivo non era immediatamente conseguibile, non solo, com'è ovvio, per l'assenza di previsioni normative in tal senso, quanto soprattutto per le resistenze degli Stati membri ad operare trasferimenti di sovranità anche in *subiecta materia*. Si è così reso necessario – com'è noto – un passaggio intermedio, che ha permesso di ricondurre la materia ad un separato pilastro nel quale essa restava ancora oggetto di una cooperazione intergovernativa, ma veniva comunque collocata all'interno del sistema dell'Unione e quindi in qualche modo ricondotta ai meccanismi istituzionali della stessa, in attesa ed anzi come prodromo di ulteriori e più significativi passaggi. Peraltro, la separazione non poteva essere netta¹²,

⁹ In *G.U.U.E.* C- 306, 17-12-2007.

¹⁰ Cfr. A. Tizzano, *Droit communautaire et droit pénal*, in *Droit communautaire et droit pénal, Colloque du 25 octobre 1979*, Università di Parma, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Milano 1981, 267 ss.; nonché J. Bigay, *Droit communautaire et Droit pénal*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1972, 725 ss., in particolare 734 ss., ove l'autore prospetta possibili sviluppi in materia di diritto penale dell'economia.

¹¹ V. Corte giust., sent. 5-4-1979, causa C-148/78, *Ratti*, in *Racc.*, I-1629, «Dopo la scadenza del termine stabilito per l'attuazione di una direttiva, gli Stati membri non possono applicare la propria normativa nazionale non ancora adeguata a quest'ultima neppure se vengano contemplate dalla legge interna sanzioni penali», p.to 24. Inoltre, *ex multis*, Corte giust., sent. 2-2-1989, causa C-186/87, *Corwan*, in *Racc.*, I-195; sent. 6-3-2007, cause riunite C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica e al.*, in *Racc.*, I-1891.

¹² Nell'art. 29 TUE, ove si definiscono gli obiettivi e le competenze dell'Unione nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale sono «fatte salve le competenze della Comunità europea (...)».

perché il progressivo ampliamento delle competenze comunitarie insieme con il principio della prevalenza delle stesse su quelle degli altri due pilastri (ai sensi dell'art. 47 TUE), imponeva in vari casi di procedere su entrambi i fronti¹³. In altri termini, si è non di rado reso necessario, sia pur in via transitoria, ricorrere ad una disciplina per così dire mista, nel senso che a volte era possibile adottare una disciplina propria di uno solo dei due pilastri (I o III), ma più spesso occorreva coinvolgerli entrambi, assumendone uno come necessaria premessa e fondamento normativo dell'altro.

Questo, in estrema sintesi, spiega il ricorso ai due livelli di normazione paralleli: quello comunitario¹⁴, con atti che spiegano i loro effetti, ancorché di riflesso, nel settore in discorso¹⁵, e quello propriamente intergovernativo. Si tratta di piani diversamente caratterizzati quanto alla tecnica legislativa utilizzata, alle finalità perseguite, alla efficacia degli atti ed alla tutela giuridica ad essi connessa¹⁶. E tuttavia essi rivelano che settori simili possono

¹³ D'altronde, l'art. 61, lett. e) TCE, testimonia come la cooperazione penale sia stata concepita anche allo scopo di contrastare le conseguenze negative della libertà di circolazione delle persone; pertanto, nell'ambito della politica dei visti, asili e immigrazione del Pilastro comunitario, è stata attribuito al Consiglio il potere di adottare, conformemente alle disposizioni sul TUE, le misure necessarie allo scopo di assicurare un elevato livello di sicurezza attraverso la prevenzione e la repressione della criminalità. Sul punto cfr. R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, in particolare 254 ss. ove l'autrice sottolinea come l'art. 61 TCE testimoni il legame fisiologico sussistente tra primo e terzo pilastro.

¹⁴ Con riguardo al primo pilastro, la Comunità ricorre com'è noto alla tecnica dell'assimilazione (ossia del rinvio alle discipline interne) ovvero a quella dell'armonizzazione (il bene protetto è di interesse nazionale e il legislatore comunitario induce lo Stato a creare precetti e sanzioni adeguate, talvolta raccomandando esplicitamente la previsione di sanzioni di tipo penalistico, come si legge all'art. 8 della dir. 2005/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 7-9-2005, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, in *G.U.U.E. L 255*, 30-9-2005, 11 ss.). In dottrina sul tema cfr. S. Manacorda, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro It.*, 1995, 56 ss, in particolare 58 ss.

¹⁵ Cfr. M. Delmas Marty, *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne*, in AA.VV., *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, 1990, 233 ss.; B. Bouloc, *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne*, in *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Litec, 1992, 103 ss.; A. Bernardi, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 333 ss.; C. Harding, *Exploring the intersection of European law and national criminal law*, in *Eur. L. Rev.*, 2000, 374 ss.; S. Manacorda, *Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal: neutralisation et obligation d'incrimination*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, 245 ss.; G. Mazzini, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Dir.Un. eur.*, 2000, 349 ss.; M. V. del Tufo, *Il diritto penale sommerso: diritto europeo e modifiche del sistema penale*, in *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato dell'Unione europea*, (a cura di) F. Caruso, L. Sico, Giappichelli, 2003, 74 ss.

¹⁶ Cfr. R. Adam, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Dir. Un. eur.*, 1998, 227 ss.; M. Condinanzi,

essere oggetto di duplice disciplina, sia attraverso atti comunitari *ex art. 249 TCE*, sia attraverso fonti del terzo pilastro.

La prassi in tal senso è assai varia. Talvolta, si ha il caso di atti normativi diversi che tendono ad essere tra loro coordinati e complementari: ne sono un esempio la direttiva 2004/80/CE¹⁷, relativa all'indennizzo delle vittime di reato, e la decisione-quadro del Consiglio 2001/220/GAI, del 15 marzo 2001, che ha riguardo alla posizione della vittima nel procedimento penale¹⁸. La direttiva, emanata sulla base dell'art. 308 TCE, risponde ad esigenze di tutela della libera circolazione delle persone: impone la creazione in tutti gli Stati membri di un meccanismo di indennizzo delle vittime di reati, nelle situazioni transfrontaliere, da parte dello Stato nel cui territorio è commesso il reato¹⁹. La più risalente decisione-quadro è invece finalizzata ad armonizzare le legislazioni nazionali in tema di tutela processuale delle vittime dei reati, segnatamente in ordine all'assunzione delle prove, ad alcune cautele riguardanti le vittime particolarmente vulnerabili, nonché al risarcimento delle vittime dei reati da parte dei loro autori. Quel che va sottolineato è che le disposizioni dei due atti, complessivamente considerate, garantiscono un minimo standard di tutela delle vittime dei reati nel territorio comunitario. In merito al risarcimento delle vittime, infatti, le loro disposizioni appaiono complementari²⁰ e volte ad assicurare un sistema

Fonti del «terzo pilastro» dell'Unione europea e ruolo della Corte Costituzionale, in *Dir. Un. eur.*, 2007, 513 ss.

¹⁷ Dir. 2004/80/CE del Consiglio, 29-4-2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato, in *G.U.U.E.* L 261, 6-8-2004, 15 ss.

¹⁸ Dec.-quadro 2001/220/GAI del Consiglio, 15-3-2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, in *G.U.C.E.* L 82, 22-3-2001, 1 ss.

¹⁹ Nel preambolo della direttiva si rinviene un riferimento alla sent. *Cowan*, del 1989 (Corte giust., sent. 2-2-1989, causa C-186/87, cit.) in cui la Corte ha riconosciuto che la tutela dell'integrità personale è un corollario della libertà di circolazione, operando un collegamento funzionale tra norme relative al mercato e disposizioni processuali penali. In particolare, è chiarito al p.to 19 della sent. che «se la legislazione penale e le norme di procedura penale (...) sono in linea di principio riservate alla competenza degli Stati membri, tuttavia dalla giurisprudenza costante della Corte (...) risulta che il diritto comunitario pone dei limiti a tale competenza». Sulla questione del riparto di competenze tra Stati e Comunità v. E. Cannizzaro, *Autonomia processuale degli Stati membri e limiti derivanti dal diritto dell'Unione: la riforma della disciplina delle false comunicazioni sociali*, in *Il «falso in bilancio» tra ordinamento interno e ordinamento comunitario* (cur.) R. Mastroianni, Napoli, 2004, 37 ss., il quale sottolinea che nel diritto comunitario il metodo internazionalista va definito come non “puro” in quanto si esige dallo Stato sia una situazione normativa di adeguamento agli obblighi comunitari, sia una situazione concreta di fatto che sia conforme a tali obblighi e l'apparato coercitivo nazionale diventa strumento di attuazione delle regole sopranazionali. Sicché il diritto e la procedura penale sono competenze esclusive degli Stati solo dal punto di vista della ripartizione orizzontale delle competenze e non verticale tra Stati e Unione.

²⁰ In entrambi i casi si tratta di atti adottati all'unanimità dal Consiglio, tuttavia, la fase discendente si è rivelata estremamente complicata. Emblematico è il caso italiano. Il Governo italiano ha ritenuto che il contenuto di talune disposizioni della decisione-

efficace di indennizzo delle vittime. L'obiettivo finale risulta essere unitario, anche se nel caso della direttiva 2004/80/CE il diritto al risarcimento è funzionale alle esigenze della libertà di circolazione, mentre la decisione-quadro 2001/220/GAI contempla tale diritto quale oggetto principale e diretto dell'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali.

In altri casi la scelta di una base giuridica del primo piuttosto che del terzo pilastro in merito alle fattispecie penali è l'esito di compromessi interistituzionali. È questo, ad esempio, il caso del progetto di decisione-quadro²¹ 8958/04 del 28 aprile 2004, presentato da alcuni Stati membri al Consiglio, ai sensi degli art. 31 e 34 TUE "relativo alla conservazione dei dati (...) a fini di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento della criminalità e dei reati, compreso il terrorismo". A fronte del parere negativo del Parlamento europeo, che lamentava una violazione dell'art. 47 TUE in quanto il settore, già regolato da direttive comunitarie, rientrava a suo avviso nelle competenze della Comunità, la Commissione ha provveduto a formulare essa stessa una proposta di direttiva, poi approvata²². Va qui in breve accennato, ai nostri fini, che detta direttiva è stata oggetto di ricorso per annullamento, ex art. 230 TCE, promosso dall'Irlanda²³ che contestava l'individuazione della base giuridica. Infatti, essa riteneva che la competenza fosse dell'Unione e non della Comunità. L'Avvocato generale Y. Bot nelle conclusioni del 14 ottobre 2008, rese nella causa in parola, sottolineava, in ordine all'interpretazione dell'art. 47 TUE, che qualora un provve-

quadro 220/2001 fosse già rinvenibile in norme interne in vigore, trascurando di provvedere al recepimento di altre disposizioni della medesima decisione-quadro, v. *Document de travail des services de la Commission Annexe au Rapport de la Commission fondé sur l'article 18 de la décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales* {COM(2004)54 final} del 3 febbraio 2004. Quanto alla dir. 2004/80, va osservato come il Governo abbia emanato un d.lgs. 6-11-2007, n. 204, Attuazione della direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reato, in *G.U.*, n. 261, 9-11-2007, suppl. ord. 228) che non assicura né l'istituzione di un fondo di garanzia né la previsione dell'indennizzo da parte dello Stato in tutte le situazioni transfrontaliere concernenti la commissione di reati intenzionali e violenti, ma si limita alle ipotesi di terrorismo, mafia e usura già disciplinate dalla normativa nazionale. In dottrina cfr. R. Mastroianni, *Un inadempimento odioso: la direttiva sulla tutela delle vittime dei reati*, in *Quad. cost.*, 2008, 406 ss.

²¹ Progetto presentato da Francia, Regno Unito, Irlanda e Svezia, relativo alla conservazione dei dati trattati e memorizzati nel quadro della fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o dei dati sulle reti pubbliche di comunicazione, a fini di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento della criminalità e dei reati, compreso il terrorismo, reperibile su www.consilium.europa.eu.

²² Dir. 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 15-3-2006, riguardante la conservazione di dati generali o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, in *G.U.U.E.* L 151, 13-4-2006, 54 ss.

²³ Causa C-301/06, promossa il 6-7-2006, *Irlanda c. Consiglio*, in *G.U.U.E.* C 237, 30-9-2006.

dimento persegua "una duplice finalità o presenti una doppia componente, rientranti, rispettivamente, nell'ambito di applicazione del Trattato CE e in quello del Trattato UE, senza che una sia accessoria rispetto all'altra (...)" l'Unione non può adottare disposizioni che rientrino anche in una competenza attribuita dal TCE alla Comunità (p.to 133 concl.)²⁴. La Corte ha infine sancito la validità della direttiva con la sentenza del 10 febbraio 2009²⁵ riconoscendo la competenza in capo alla Comunità.

3. Le indicate questioni relative al rapporto tra basi giuridiche in materia penale non si riflettono solo sulla tecnica normativa utilizzata dal legislatore comunitario. Esse hanno trovato riscontro anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che è stata più volte chiamata ad occuparsi di dette questioni ed ha così avuto occasione di fissare importanti e decisivi principi in materia.

Preliminare, ma anche fondamentale, è risultata da questo punto di vista la nota pronuncia del 13 settembre 2005²⁶, che ha posto importanti punti fermi in tema di riparto delle competenze tra pilastri. La Corte, com'è noto, ha annullato una decisione-quadro in materia ambientale²⁷, ritenendo che la corretta base giuridica dell'atto fosse da individuarsi nel Trattato CE.

La Commissione contestava, infatti, ai sensi dell'art. 35, n. 6 TUE, la legittimità dell'atto emanato dal Consiglio, sostenendo che la materia non dovesse essere oggetto di disciplina nel contesto del terzo pilastro, ma rientrasse piuttosto tra le competenze della Comunità in tema ambientale *ex* art. 174-176 TCE.

La Corte ha in primo luogo sottolineato che la tutela dell'ambiente rientra tra gli obiettivi dell'azione comunitaria. Ha, inoltre, affermato che, se è vero che alla Comunità non è attribuita competenza in tema di diritto o procedura penale, tuttavia essa può adottare provvedimenti relativi al diritto penale degli Stati membri, qualora ciò si riveli indispensabile alla garanzia della piena efficacia delle norme dettate a tutela dell'ambiente²⁸; e,

²⁴ L'Avvocato generale rinvia ad una precedente pronuncia della Corte di giustizia, sent. 20-5-2008, causa C-91/05, *Commissione c. Consiglio*, non ancora pubblicata in *Racc.*, p.ti 75 ss.). Sembra che la Corte sancisca la piena operatività della clausola di subordinazione delineata nell'art. 47 TUE, quale criterio risolutivo dei conflitti di competenza tra pilastri dell'Unione ed affermi il metodo dell'esclusione di competenza normativa dell'Unione negando la possibilità di una duplice disciplina.

²⁵ Corte giust., sent. 10-2-2009, causa C-301/06, non ancora pubblicata in *Racc.*

²⁶ Corte giust., sent. 13-9-2005, causa C-176/03, cit.

²⁷ Dec.-quadro 2003/80/GAI cit.

²⁸ La Corte ha in primo luogo sottolineato che gli art. 2-3 TCE contemplano, rispettivamente, la tutela dell'ambiente quale obiettivo e oggetto dell'azione comunitaria, e che l'art. 6 TCE sancisce il principio dell'integrazione della tutela ambientale nel sistema comunitario, quindi nelle altre politiche previste dal Trattato (p.ti 41-42).

quindi, può anche imporre agli Stati di applicare sanzioni “penali” effettive, proporzionate e dissuasive (p.ti 47-48)²⁹.

In conclusione, essa ha rilevato nella fattispecie la violazione dell’art. 47 TUE, nella parte in cui sancisce che le disposizioni del TUE non pregiudicano i trattati originari e quelli di modifica. E, d’altronde, anche l’art. 29, par. 1 TUE, nel delineare gli obiettivi dell’Unione in campo penale, fa salve le competenze della Comunità europea³⁰. La presenza di una norma specifica, l’art. 175 TCE, che definisce le competenze della Comunità in materia ambientale rende illegittima la decisione-quadro poiché essa sconfinava nelle competenze attribuite alla Comunità.

4. La sentenza del 13 settembre 2005 ha segnato l’avvio di un processo di razionalizzazione della ripartizione di competenze tra primo e terzo pilastro in materia penale.

Con la Comunicazione del 23 novembre 2005, rivolta al Parlamento ed al Consiglio³¹, la Commissione ha delineato un quadro di azione volto a determinare un ordine sistematico delle competenze legislative penali in base a criteri predeterminati³². Con riguardo al primo pilastro, la Commissione ha in primo luogo sottolineato, richiamando la sentenza prima ricordata, che il diritto penale non è incluso in quanto tale tra le politiche comunitarie, per cui l’azione della Comunità in tale settore può fondarsi unicamente su una competenza implicitamente ricavata dal collegamento ad una esplicita base giuridica³³. In più, tale ragionamento non è limitato alla

²⁹ È da notare che, per la prima volta, accanto ai requisiti dell’effettività, dissuasività e proporzionalità la Corte ha fatto riferimento in modo esplicito alla natura penalistica della sanzione.

³⁰ La Corte ha confermato quanto già asserito nella sentenza della Corte giust., 12-5-1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, I-2763, ossia il suo ruolo di vigilanza sugli atti che il Consiglio emana nel contesto del titolo VI TUE, affinché detti atti «non sconfinino nelle competenze che le disposizioni del Trattato CE attribuiscono alla Comunità» (p.to 39).

³¹ Comunicazione della Commissione cit.

³² Comunicazione della Commissione cit., p.to 1 ove si legge che «(...) La Comunicazione intende, peraltro, impostare l’esercizio futuro del diritto d’iniziativa della Commissione».

³³ La Commissione fissa poi i criteri della necessità e della coerenza al fine di assicurare che il ricorso alle basi giuridiche del TCE non mini la coerenza complessiva della politica penale dell’Unione (p.ti 12 e 13); tuttavia, ciò non pare garantire un equilibrio adeguato. Infatti, se è vero che la Commissione ha auspicato un controllo su tale necessità, nonché sul rispetto del principio di sussidiarietà e proporzionalità per ogni singola fase della procedura legislativa, è altrettanto vero che nella prassi è evidente la scarsa applicazione ed efficienza del sistema di controllo *ex post* – l’unico attualmente vigente – sul rispetto dei menzionati principi. V. L. Siracusa, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo tassello della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 241 ss.

tutela ambientale, ma può estendersi a tutte le politiche comunitarie (p.ti 7-8 della Comunicazione). La Commissione, inoltre, ha rilevato come la Corte abbia optato per un’impostazione di tipo funzionale nella scelta delle disposizioni penali (sia precettive che sanzionatorie), collegandole al fine ultimo di salvaguardia e rispetto della normativa comunitaria (p.to 9 della Comunicazione)³⁴.

Viceversa, per quanto attiene alle basi giuridiche del terzo pilastro, la Commissione ha precisato che l’opportunità di un ricorso alle misure in esso contemplate emerge solo qualora sia necessaria l’emanazione di norme “orizzontali” di diritto penale e processuale penale, nonché, com’è ovvio, nelle ipotesi di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, dunque soprattutto nel caso dell’armonizzazione attraverso le decisioni quadro. In definitiva, in tutte quelle ipotesi in cui non si tratti di assicurare il buon andamento di una specifica politica comunitaria³⁵.

La *ratio* del criterio di allocazione delle competenze che la Commissione espone nella Comunicazione sembra essere quella di assegnare alle fonti del terzo pilastro un ruolo ridotto rispetto a quelle comunitarie. Tale orientamento presenta dei profili critici. Invero, se si assume quale “criterio generale” per la individuazione di una base giuridica quello del legame delle norme penali con gli scopi delle politiche comunitarie, è evidente che il legislatore comunitario viene – almeno in teoria – indotto a farne un largo uso ogni qual volta sia possibile dimostrarne il collegamento alle esigenze di realizzazione della singola politica. Va considerato, infatti, che una disciplina di tipo penalistico assicura più agevolmente il buon esito di un’azione ed il conseguimento di un obiettivo poiché, oltre all’aspetto cogente della norma, la previsione della sanzione svolge una funzione altamente deterrente.

Infine, nella citata Comunicazione la Commissione propone un metodo di “correzione del diritto vigente”, da attuarsi mediante un riesame degli atti esistenti alla luce della sentenza *Commissione c. Consiglio*, allo scopo di verificare il rispetto della ripartizione delle competenze tra il primo ed il terzo pilastro³⁶.

Alla Comunicazione della Commissione ha fatto seguito la presa di posizione del Parlamento europeo.

Nella Relazione dell’8 maggio 2006 sulle conseguenze della sentenza

³⁴ È il caso di evidenziare, oltre a quanto rilevato dalla Commissione, che in realtà la Corte si muove in un’ottica consolidata poiché al principio di funzionalità si informa a sua volta l’attribuzione delle competenze (*ex art. 5, par. 1, TCE*) nel pilastro comunitario; ciò comporta, com’è noto, la variabilità delle stesse «in funzione delle finalità perseguite», cfr. G. Strozzi, *Diritto dell’Unione europea, parte istituzionale*, Torino, 2005, 53.

³⁵ Cfr. p.to 11 della Comunicazione cit.

³⁶ Nell’allegato alla Comunicazione sono elencati gli atti (direttive e decisioni-quadro) già adottati, per i quali è indicata la base giuridica che a parere della Commissione, si sarebbe dovuta utilizzare, nonché le *proposte pendenti* di direttive e decisioni quadro che potranno viceversa essere opportunamente modificate poiché ancora *in itinere*.

della Corte del 13 settembre 2005, il Parlamento invita “la Commissione a non estendere automaticamente le conclusioni della Corte di giustizia ad ogni altra possibile materia del primo pilastro”³⁷. Al contempo, il Parlamento auspica l’attivazione della c.d. passerella comunitaria³⁸ ex art. 42 TUE³⁹ che, com’è noto, consente il trasferimento al primo pilastro della materia disciplinata nel terzo⁴⁰ attraverso l’adozione, con le procedure di cui al titolo IV del TCE, di singole misure normative in settori contemplati dall’art. 29 TUE⁴¹.

Pur condividendo, dunque, la scelta della Commissione di procedere al riesame di quegli atti per i quali sia dubbia l’individuazione della base giuridica, il Parlamento manifesta qualche perplessità con riguardo al tipo di intervento prescelto relativamente agli atti già in vigore. Ritiene cioè che l’intenzione della Commissione di procedere alla modifica delle basi giuridiche, senza incidere sulla sostanza di tali atti, inevitabilmente comporti la privazione del suo potere di codecisione; se si ricorre al primo pilastro si opta, infatti, per un sistema più intenso di controllo democratico, per cui risulterebbe un paradosso chiedere al Parlamento di rinunciare al ruolo che gli è proprio⁴².

Il Parlamento, infine, per ciò che concerne le sanzioni, non solleva dubbi in ordine alla possibilità che la Comunità obblighi gli Stati membri ad adottare sanzioni penali finalizzate alla tutela del diritto comunitario⁴³. In proposito sottolinea l’esigenza di approntare un dialogo interistituzionale ed un orientamento comune, proponendo di realizzare una strategia interpilastri basata su diversi livelli di cooperazione: orizzontale, tra le istitu-

³⁷ Relazione del Parlamento europeo, 8-5-2006, cit., p.to 3.

³⁸ Per un ampio commento vedi il Rapporto della House of Lords, *The Criminal Law Competence of the European Community*, 42nd Report (2005-2006) reperibile su: www.publications.parliament.uk

³⁹ L’articolo dispone che «Il Consiglio deliberando all’unanimità su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro e previa consultazione del Parlamento europeo, può decidere che un’azione in settori contemplati dall’art. 29 rientri nel titolo IV del trattato che istituisce la Comunità (...)».

⁴⁰ Relazione del Parlamento europeo, 8-5-2006, cit., p.to 4.

⁴¹ Anche la Commissione nella Comunicazione del 28-6-2006, *Mise en œuvre du programme de La Haye: la voie à suivre*, Memo/06/254, prospetta l’utilizzo dell’art. 42 TUE per risolvere il problema della delimitazione di competenze tra primo e terzo pilastro.

⁴² Relazione del Parlamento europeo cit., p.to IV della motivazione. Va detto che non si registra, ad oggi, alcuna prassi in merito al “riesame” di atti in vigore, come concepito dalla Commissione, ma è prevedibile che questa non potrà procedere alle modifiche prefigurate se non con il previo assenso del Consiglio e del Parlamento, attraverso le procedure di formazione degli atti contemplate dal Trattato.

⁴³ Il Parlamento europeo nega che a questo scopo si possa ricorrere alla tecnica dell’armonizzazione delle legislazioni nazionali e ricorda che la giurisprudenza della Corte di giustizia riconosce esplicitamente operante solo la tecnica dell’assimilazione degli interessi comunitari a quelli degli ordinamenti interni.

zioni dell’Unione e tra le giurisdizioni degli Stati membri; verticale, tra istituzioni e Stati membri.

5. Rileva, pure, ai fini della presente disamina l’orientamento giurisprudenziale della Corte successivo alla sentenza del 13 settembre 2005, nonché le iniziative legislative della Commissione adottate in seguito al dibattito interistituzionale cui si è appena fatto cenno.

In linea con la posizione assunta nella pronuncia *Commissione c. Consiglio*, nella sentenza del 23 ottobre 2007⁴⁴ la Corte annullava la decisione-quadro del Consiglio 2005/667/GAI, del 12 luglio 2005, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell’inquinamento provocato dalle navi⁴⁵. A parere della Corte, infatti, anche questa misura era stata adottata in violazione dell’art. 47 TUE.

Nella procedura dinanzi alla Corte la Commissione sosteneva che lo scopo della decisione-quadro 2005/667/GAI era quello di integrare le disposizioni della direttiva 2005/35/CE, adottata in base all’art. 80, n. 2 TCE. Pertanto, l’atto adottato in base all’art. 34 TUE risultava a suo parere illegittimo poiché sia i precetti, sia le sanzioni avrebbero dovuto essere contemplati in una direttiva piuttosto che in una decisione-quadro.

Il Consiglio – sostenuto da ben 19 Stati membri – difendeva in giudizio la legittimità dell’atto, sostenendo che nella fattispecie, vertendosi in materia di politica dei trasporti *ex art. 80 TCE*, non sussisteva quel carattere “essenziale, trasversale e fondamentale” dell’obiettivo comunitario che, nella sentenza 13 settembre 2005, era costituito dalla tutela dell’ambiente⁴⁶. Ad avviso del Consiglio, infatti, si trattava di una modalità di armonizzazione di gran lunga più intensa rispetto a quella prevista dalla decisione-quadro in materia ambientale, estranea alle competenze CE in quanto relativa al livello ed al tipo di sanzioni⁴⁷.

Nel motivare l’annullamento della decisione-quadro, la Corte affermava che, avuto riguardo allo scopo ed al contenuto dell’atto, le disposizioni in essa contenute atenevano in realtà alla sicurezza marittima ed erano dunque dettate al fine di evitare conseguenze dannose per l’ambiente. La corretta base giuridica avrebbe dovuto essere individuata, di conseguenza, nell’art. 80, par. 2, TCE. Anche in questo caso, dunque, pur non rientrando la disciplina delle sanzioni nella competenza comunitaria, dette norme

⁴⁴ Corte giust., sent. 23-10-2007, causa C-440/05, cit.

⁴⁵ In *G.U.U.E.* L 255, 30-9-2005, 164 ss. La suddetta decisione-quadro figurava nella menzionata Comunicazione della Commissione tra gli atti, adottati dal Consiglio, che sarebbero stati sottoposti a riesame; peraltro, si trattava dell’unico atto ancora impugnabile con ricorso per annullamento *ex art. 35, n. 6 TUE*, non essendo scaduto il termine per promuovere l’azione.

⁴⁶ Corte giust., sent. 23-10-2007, causa C-440/05, cit., p.to 44.

⁴⁷ Corte giust., sent. 23-10-2007, causa C-440/05, cit., p.ti 47 ss.

erano attratte nell'alveo del citato art. 80, e ciò in ragione del loro legame inscindibile con le disposizioni in tema di reati.

La Corte precisava, però, che era estranea alle competenze comunitarie la facoltà di determinare il tipo ed il livello delle sanzioni penali che gli Stati erano tenuti ad adottare. Se nella sentenza del 13 settembre 2005 la Corte aveva per la prima volta fatto un riferimento esplicito alla competenza comunitaria ad imporre sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive, nella sentenza del 27 ottobre 2007 la Corte si preoccupava di porre un argine al tentativo, espresso dalla Commissione, di inserire a pieno titolo tra le competenze comunitarie anche il tipo ed il livello delle sanzioni penali⁴⁸.

La Commissione, infatti, aveva formulato *medio tempore*, due proposte di direttive nelle quali era evidente la volontà di estendere la competenza comunitaria in materia di sanzioni penali. La prima, del 26 aprile 2006⁴⁹, relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, modificava la precedente proposta di direttiva del 12 luglio 2005⁵⁰ e riproponeva, al contempo, parte del contenuto della proposta di decisione-quadro formulata sul medesimo tema⁵¹. La Commissione, dunque, sceglieva di disciplinare la materia secondo una base giuridica unica comunitaria, l'art. 95 TCE⁵²; pertanto, la nuova proposta di direttiva riproduceva in un unico testo il contenuto delle precedenti proposte, di direttiva e di decisione-quadro⁵³. Tuttavia, nel trasferire il contenuto del progetto di decisione-quadro in un testo di direttiva, la Commissione vi aveva incluso talune disposizioni concernenti attività che senza dubbio rientravano tra le competenze penali del terzo pilastro⁵⁴. È evidente, infat-

⁴⁸ A. Bernardi, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 76 ss.

⁴⁹ Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, del 26-4-2006, COM/2006/168 def.

⁵⁰ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12-7-2005, relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM(2005)276 def., 2005/127(COD).

⁵¹ Proposta di decisione-quadro del Consiglio del 12-7-2005, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione delle violazioni della proprietà intellettuale, COM(2005)276 def., 2005/128/(CNS).

⁵² Entrambe incluse nell'allegato alla Comunicazione cit. Le due proposte, parallele, entrambe attinenti al tema della tutela della proprietà intellettuale ne disciplinavano aspetti diversi. Infatti, mentre la proposta di direttiva concerneva la qualificazione del reato di violazione della proprietà intellettuale ed il regime sanzionatorio che gli Stati erano tenuti ad adottare, quella di decisione-quadro, pur integrando le disposizioni della prima, prescriveva in più alcune misure di ravvicinamento delle legislazioni penali.

⁵³ Per un più ampio commento sulla proposta di direttiva del 26 aprile 2006 cfr., in questo volume, V. Capuano, *Le sanzioni penali dell'Unione europea per la protezione dei diritti di proprietà intellettuale*.

⁵⁴ Basti considerare, al riguardo, quanto contemplato dagli art. 6-7 della proposta in

ti, come nella proposta la Commissione sembrava già orientata a riconoscere a pieno titolo la competenza comunitaria in tema di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di sanzioni penali. Si consideri, in proposito, l'art. 4 della proposta, rubricato "natura delle sanzioni", ove erano dettagliatamente indicate il tipo e l'entità delle sanzioni⁵⁵ che gli Stati membri dovevano adottare in relazione ai reati inerenti "alla violazione intenzionale del diritto di proprietà intellettuale commessa su scala commerciale, al tentativo di violazione, alla complicità e all'istigazione"⁵⁶. La Commissione non imponeva genericamente l'adozione di sanzioni penali, ma ne definiva minuziosamente il tipo e l'entità, lasciando agli Stati un esiguo margine di discrezionalità.

Non può, pertanto, destare stupore il fatto che la proposta così formulata non sia stata approvata dal Consiglio, apparendo evidente come gli Stati membri non siano ancora disposti a devolvere la determinazione puntuale delle sanzioni penali all'iniziativa della Commissione e, soprattutto, ad affidarne l'adozione al metodo comunitario, con quel che ne consegue rispetto alla tutela giurisdizionale.

Non dissimile pare la vicenda della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente⁵⁷. Si leggeva nel *considerando* 13 della proposta che "Poiché la presente direttiva detta soltanto norme minimali, gli Stati membri hanno facoltà di mantenere in vigore o adottare disposizioni più stringenti finalizzate ad un'efficace tutela penale dell'ambiente". Va sottolineato che le disposizioni degli art. 3-7 disciplinavano nel dettaglio le fattispecie criminose e le sanzioni che gli Stati erano tenuti a comminare, imponendo termini massimi e minimi di reclusione, importi delle sanzioni pecuniarie e modalità di calcolo delle stesse. Definirle norme "minime" appariva, dunque, un eufemismo, in quanto si trattava di norme precettive molto specifiche e di sanzioni ben individuate nel dettaglio.

parola, dettati in tema di poteri di confisca e squadre investigative comuni: si tratta di competenze relative ai poteri investigativi che sono attribuiti all'Unione dall'art. 30 TUE.

⁵⁵ L'art. 4 della proposta recita: «1. Per i reati di cui all'articolo 3, gli Stati membri prevedono le sanzioni seguenti: a) per le persone fisiche, pene restrittive della libertà personale; b) per le persone fisiche e giuridiche: i) ammende, ii) confisca dell'oggetto, degli strumenti e dei prodotti originati dai reati, o dei beni il cui valore corrisponde a tali prodotti. 2. Per i reati di cui all'articolo 3, gli Stati membri prevedono altresì l'applicazione, ove opportuno, delle seguenti sanzioni: a) la distruzione dei beni che violano il diritto di proprietà intellettuale; b) la chiusura, totale o parziale, definitiva o temporanea, dello stabilimento usato principalmente per commettere la violazione in questione; c) l'interdizione, permanente o temporanea, di esercitare attività commerciali; d) l'assoggettamento a controllo giudiziario; e) la liquidazione giudiziaria; f) l'esclusione dal godimento di benefici e aiuti pubblici; g) la pubblicazione delle decisioni giudiziarie».

⁵⁶ Art. 3 della proposta di direttiva.

⁵⁷ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente del 9-2-2007, COM/2007/0051 def., formulata in seguito all'annullamento da parte della Corte di giustizia della decisione-quadro 2003/80/GAI, del 27-1-2003, cit.

In seguito alla posizione espressa dalla Corte nella pronuncia 27 ottobre 2007, *Commissione c. Consiglio*, di concerto con il Consiglio, il Parlamento ha proceduto ad una revisione dei testi delle due proposte sopra menzionate: tali revisioni sono state finalizzate ad escludere dai testi formulati dalla Commissione la determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali, poiché si riconoscono i limiti della competenza comunitaria in favore di quella degli Stati membri ai quali la Comunità può solo chiedere di adottare sanzioni penali proporzionate, dissuasive ed efficaci.

La proposta di direttiva in materia ambientale è stata riformulata ed è stato adottato un testo di direttiva il 19 novembre 2008⁵⁸ nel quale risultano pressoché inalterate le disposizioni relative alle fattispecie criminose art. 3-4 e 6, mentre, per ciò che concerne le sanzioni, gli art. 5 e 7 si limitano appunto ad imporre genericamente agli Stati di predisporre sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive.

6. Alla tendenza ad un maggior ricorso alle basi giuridiche del primo pilastro in campo penale si è affiancato, come anticipato in premessa, un orientamento giurisprudenziale teso a riconoscere l'applicabilità di principi comunitari nel contesto del terzo pilastro⁵⁹, in un processo di "comunitarizzazione" del diritto penale europeo.

Infatti, da un lato, come sopra enunciato, pare delinearci un programma di azione normativa, legittimato anche dalla Corte di giustizia, in cui le istituzioni, in particolare la Commissione ed il Parlamento, esprimono una netta preferenza per le basi giuridiche comunitarie. Dall'altro, il giudice di Lussemburgo ha indirizzato il sistema verso una comunitarizzazione della cooperazione penale ritenendo operativi anche nel terzo pilastro alcuni principi giuridici consolidati nel primo. A quest'ultimo proposito, vanno esaminati le modalità ed i limiti all'applicazione, nel terzo pilastro dell'Unione, dei principi formulati nel primo pilastro.

⁵⁸ Dir. 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 19-11-2008, sulla tutela penale dell'ambiente, in *G.U.U.E.* L 328, 6-12-2008, 28 ss.

⁵⁹ Un precedente tentativo di affermazione della tendenza ad interpretare gli strumenti del terzo pilastro alla luce delle norme del primo si rinviene nelle conclusioni dell'Avvocato generale M. Poiares P. Maduro del 16-12-2004 rese nella causa C-160/03, *Spagna c. Eurojust*, in *Racc.*, I-2077, pronunciata su di un ricorso promosso da uno Stato membro per l'annullamento di un atto dell'*Eurojust*. Sebbene la Corte nella sentenza del 15 marzo 2005 non abbia accolto l'opinione dell'Avvocato generale le conclusioni sono degne di nota in quanto suggeriscono un approccio comunitario all'interpretazione delle disposizioni intergovernative. L'Avvocato generale ha puntualizzato che la formulazione dell'art. 35 n. 6 si ispira all'art. 230 TCE, in relazione al quale la Corte nella sentenza *Les Verts* (Corte giust., sent. 23-4-1986, causa C-294/83, in *Racc.*, 1339, p.to 23) ha sancito il principio per cui la Comunità è una Comunità di diritto pertanto né gli Stati membri né le loro istituzioni possono essere sottratti al controllo di legittimità. Inoltre, egli ha sostenuto (p.to 17 delle conclusioni) che nulla osta «a che il regime della Comunità di diritto e le garanzie che ne derivano siano estesi all'ambito dell'Unione europea (...)».

Punto di partenza obbligato per questa analisi è la ormai nota sentenza *Pupino*⁶⁰, in cui la Corte di giustizia ha delineato i contorni delle decisioni-quadro ed i relativi effetti⁶¹. In breve, oggetto del rinvio pregiudiziale ex art. 35 TUE era l'interpretazione di alcune disposizioni della decisione-quadro 2001/220/GAI⁶², relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, cui lo Stato italiano non aveva (e tuttora non ha) dato attuazione sebbene fosse decorso il termine per il suo recepimento⁶³.

Nel risolvere la questione pregiudiziale, i giudici del Lussemburgo hanno ritenuto estensibile anche alle decisioni quadro la consolidata giurisprudenza comunitaria che sancisce il dovere del giudice nazionale di procedere, ove possibile, all'interpretazione conforme⁶⁴ della norma nazionale ri-

⁶⁰ Corte giust., 16-6-2005, causa C-105/03, cit. Sul caso vedi tra i numerosi commenti: S. Campailla, *Per la Corte l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale sussiste anche in relazione alle decisioni-quadro ex art. 34 par. 2, UE*, in *Innovazione e diritto*, 2006, n. 6, www.innovazionein diritto.unina.it; F. Cherubini, *L'obbligo di interpretazione conforme “sconfina” nel terzo Pilastro: note a margine della sentenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, 157 ss.; M. Fletcher, *Extending “indirect effect” to the third pillar: the significance of Pupino?*, in *Eur. L. Rev.*, 2005, 862 ss.; M. Marchegiani, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. eur.*, 2006, 563 ss.; S. Riondato, *Interpretazione conforme al diritto comunitario, decisioni quadro, “equo processo”, modalità di audizione di minori in qualità di testimoni*, in *Diritto penale e processo*, 2005, 1178 ss.; M. Starita, *A proposito di effetti diretti delle decisioni-quadro*, in *Nuove autonomie*, 2006, 79 ss.

⁶¹ Sugli effetti delle decisioni-quadro cfr. P.-Y. Monjal, *Le droit dérivé de l'Union européenne en quête d'identité*, in *Rev. trim. droit europ.*, 2001, 335 ss., in particolare 349 ss.; Id., *La décision-cadre instaurant le mandat d'arrêt européen et l'ordre juridique français: la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne sous contrôle du Conseil d'État*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2003, 109 ss.; L. Salazar, *Le fonti tipiche dell'Unione europea*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, (cur.) G. La Greca, M. R. Marchetti, Giappichelli, 2003, 57 ss.; M. L. Cesoni, *Droit pénal européen: une harmonisation périlleuse*, in *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, G. De Kerchove et A. Weyembergh (cur.), Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, 153 ss.

⁶² Dec.-quadro 2001/220/GAI cit.

⁶³ Art. 2, 3, 8 n. 4 della decisione-quadro, il cui termine di recepimento scadeva il 22 marzo 2002.

⁶⁴ *Ex multis*, Corte giust., sent. 14-7-1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc.*, I-3325; sent. 27-6-2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98, *Océano Grupo Editorial*, in *Racc.*, I-4941; sent. 5-10-2004, cause riunite da 397/01 a 403/01, *Pfeiffer e al.*, in *Racc.*, I-8835, p.to 115; sent. 4-7-2006, causa C-212/04, *Adeneler e al.*, in *Racc.*, I-6057. In dottrina v. tra gli altri R. Mastroianni, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di eguaglianza*, in *Dir. Un. eur.*, 1998, 81 ss.; S. Amadeo, *L'efficacia “obiettiva” delle direttive comunitarie ed i suoi riflessi nei confronti dei privati. Riflessioni a margine delle sentenze sui casi Linster e Unilever*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, 95 ss.; O. Pallotta, *Effetto orizzontale delle direttive? Solo se indiretto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 505 ss.; M. Ruvolo, *Il giudice nazionale a confronto con la nozione di interpretazione conforme e con la sua “particolare” applicazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in

spetto alle disposizioni dell'ordinamento comunitario⁶⁵. È noto come l'obbligo di interpretazione conforme elaborato dalla giurisprudenza tragga il suo fondamento dal principio di leale cooperazione tra Stati e Comunità di cui all'art. 10 CE⁶⁶. La Corte, inoltre, ha puntualizzato⁶⁷ che tale obbligo discende dal carattere vincolante delle decisioni quadro⁶⁸. Infatti, la Corte ai punti 41 e 42 della sentenza Pupino ha riconosciuto che il principio di leale cooperazione è presupposto indispensabile per lo svolgimento della missione attribuita all'Unione nel terzo pilastro: «L'art. 1, secondo e terzo comma, del Trattato sull'Unione europea dispone che tale Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta dei popoli dell'Europa e che il compito dell'Unione, (...) consiste nell'organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro popoli. Sarebbe difficile per l'Unione adempiere efficacemente alla sua missione se il principio di leale cooperazione, (...) non si imponesse anche nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale,

Nuove autonom., 2006, 221 ss.; Id., *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 1407 ss.

⁶⁵ Cfr. anche Corte giust., sent. 9-10-2008, causa C-404/07, cit., in cui è ribadita l'applicabilità del principio dell'interpretazione conforme in relazione alle decisioni quadro: si tratta di un rinvio pregiudiziale proposto da un giudice ungherese ai sensi dell'art. 35 TUE ed avente ad oggetto la medesima decisione-quadro 2001/220/GAI. In breve, il giudice del rinvio chiede: «Se gli artt. 2 e 3 della decisione-quadro 2001/220/GAI, (...) debbano essere interpretati nel senso che al giudice nazionale deve essere garantita la possibilità di sentire come teste la vittima di un reato nell'ambito di un procedimento in cui quest'ultima si sia costituita come accusa privata sussidiaria». La Corte afferma che ai sensi degli artt. 2-3, n. 1, della decisione-quadro, 2001/220/GAI, la vittima di un reato che assuma il ruolo dell'accusa deve poter fornire prove mediante una deposizione, tuttavia non vi è l'obbligo per il giudice nazionale di ammettere tale deposizione come testimonianza allorché il diritto processuale penale nazionale consenta alla vittima, che sia anche accusa privata sussidiaria, di essere sentita in giudizio e tale deposizione abbia il valore di prova utile.

⁶⁶ In dottrina v. F. Caruso, *La leale cooperazione, principio cardine del processo di integrazione europea*, in *La definizione del principio unitario degli ordinamenti decentrati*, (cur.) Rolla G., Giappichelli, 2003, 17 ss.; P. De Pasquale, *Il "terzo pilastro" dell'Unione europea tra buona fede e leale collaborazione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, 431 ss.

⁶⁷ Corte giust., sent. 16-6-2005, C-105/03, cit., p. to 34.

⁶⁸ È noto come il principio dell'interpretazione conforme del diritto interno a norme di diritto internazionale non sia una novità nella dottrina internazionalistica. In essa si rinviene la teorizzazione del principio della "presunzione di conformità" del diritto interno agli accordi internazionali. Sull'argomento cfr. L. Condorelli, *Il giudice italiano e i trattati internazionali*, Padova, 1974, in particolare 105 ss.; Id., *La Corte Costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 301 ss.; nonché B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, 293. Ciò rappresenta un argomento ulteriore in forza del quale si può correttamente estendere il principio in parola con riguardo ad atti normativi "intergovernativi" quali le decisioni quadro.

che del resto è interamente fondata sulla cooperazione tra gli Stati membri e le istituzioni (...). Pertanto, è di tutta evidenza come il principio di leale collaborazione debba ritenersi operante con riguardo a tutte le disposizioni del terzo pilastro, e di conseguenza in relazione ad esse debba applicarsi altresì il principio d'interpretazione conforme che rappresenta per i giudici nazionali una modalità di realizzazione della leale cooperazione».

Si può, inoltre, ipotizzare che per effetto della ritenuta applicabilità del principio di leale cooperazione al terzo pilastro, gli Stati siano soggetti all'obbligo di *standstill*, in relazione alle decisioni-quadro. Ciò significa che pendente il periodo che precede il termine fissato per il recepimento dell'atto⁶⁹ gli Stati devono astenersi dall'adottare misure che possono compromettere il conseguimento del risultato prescritto dalla decisione-quadro.

La sentenza in parola induce, inoltre, ad interrogarsi quanto alla possibilità di riconoscere alle decisioni-quadro i c.d. effetti di “sostituzione” e di “esclusione”. Com'è noto, in virtù di tali effetti, attribuiti dalla dottrina alle norme comunitarie dotate di effetti diretti, la norma interna incompatibile con il diritto comunitario può essere “sostituita” dalla disposizione comunitaria ovvero “esclusa” (disapplicata)⁷⁰. Si osserva che non pare ravvisabile né l'uno né l'altro effetto in quanto la Corte non ha inteso attribuire alle decisioni-quadro effetti diretti⁷¹.

⁶⁹ Sull'argomento v. le considerazioni di M. Condinanzi, *sub* art. 34 TUE, in A. Tizzano (cur.), *Trattati dell'Unione e della Comunità europea*, Milano, 2004, 137, il quale postula, in ipotesi di mancato rispetto dell'obbligo di *standstill*, una violazione dell'art. 18 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei Trattati; nonché Id., *Fonti del «terzo pilastro»*, cit. 534. In giurisprudenza, con riguardo alle direttive, v. Corte giust., sent. 18-12-1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, in *Racc.*, I-7411, p.to 45; sent. 22-11-2005, causa C-144/04, *Mangold*, in *Racc.*, I-9981; sent. 4-7-2006, causa C-212/04, cit.

⁷⁰ La disapplicazione in senso proprio, infatti, non potrebbe di regola operare nell'ipotesi di mancanza di effetti diretti. Tuttavia, in dottrina vi è chi afferma anche che la disapplicazione possa non essere legata all'effetto diretto: in tal senso P. Y. Monjal, *Le droit dérivé de l'Union* cit., in particolare 364 ss. Ad avviso dell'autore sia l'interpretazione conforme che l'effetto di esclusione sarebbero applicabili oltre che alle direttive anche alle decisioni quadro. Si può riconoscere all'obbligo di interpretazione conforme sancito dalla Corte in questa pronuncia il c.d. “*effet de transfusion*” che parte della dottrina, con riguardo alle direttive, ravvisa nella facoltà per il giudice interno, specialmente in ipotesi di mancata attuazione, di completare il diritto nazionale attingendo le disposizioni applicabili dalla norma comunitaria *sous couvert d'interprétation*, vedi D. Simon, *La directive européenne*, Dalloz, 1997, in particolare 94. V., inoltre, S. Prechal *Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union*, in *The Fundamentals of EU Law Revisited*, (cur.) C. Barnard, Oxford, 2007, 32 ss.

⁷¹ D'altronde lo stesso art. 34 TUE esclude esplicitamente gli effetti diretti delle decisioni quadro. Inoltre, nel caso di specie le disposizioni della decisione-quadro 2001/220 sono prive degli elementi della chiarezza, della precisione e dell'assenza di condizionamento, propri degli effetti diretti. Si è addirittura affermato in dottrina che il carattere vincolante della detta decisione-quadro è “*désamorcé*” (lett. disinnescato) attraverso una formulazione delle disposizioni in essa contenute che lascia un ampio

Tuttavia, nel caso di specie, l'interpretazione conforme della norma interna rispetto alla decisione-quadro concederebbe la facoltà al giudice nazionale di interpretare estensivamente la disposizione codicistica controversa, la quale prevede un elenco tassativo di ipotesi di incidente probatorio⁷². Pertanto, l'interpretazione estensiva comporterebbe, nella sostanza, una disapplicazione parziale della regola interna, un "effetto di esclusione parziale", poiché si escluderebbe l'applicazione non già della disposizione in sé, ma solo del carattere tassativo dell'elenco ivi previsto⁷³.

È evidente che tale operazione ermeneutica si tradurrebbe tecnicamente nel potere del giudice nazionale di procedere ad un'interpretazione additiva della norma interna, includendo un'ipotesi non prevista nell'elenco dell'art. 392 c. 1 *bis* c.p.p.⁷⁴.

margine di discrezionalità agli Stati membri in sede di attuazione, così S. De Biolley, *Panorama du droit pénal de l'Union, in Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, G. De Kerchove et A. Weyembergh (cur.), Bruxelles, 2003, 105 ss., in part. 118.

⁷² Art. 392 c. 1 *bis* c.p.p.

⁷³ La dottrina ha espresso orientamenti differenti: non persuade la lettura offerta da chi ritiene *sic et simpliciter* che la sentenza abbia sancito l'efficacia diretta delle decisioni-quadro, sulla scorta di un "parallelismo ben poco convincente" con le direttive (cfr. quanto affermato da R. Calvano, *Il caso Pupino: ovvero dello stravolgimento del quadro concettuale dei rapporti tra diritto interno (penale) ed europeo, e tra diritto UE e diritto comunitario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it). Maggiormente condivisibile pare la tesi di parte della dottrina la quale ritiene che poiché nell'ordinamento nazionale manca sia una norma interna incompatibile, sia «una regola idonea a tutelare, in linea con le previsioni della decisione-quadro, la posizione di certe vittime di reati», nel caso di specie «(...) si realizza di fatto, lo stesso risultato che si avrebbe nel caso si riconoscesse alla decisione-quadro anche la capacità di produrre il c.d. effetto (diretto) sostitutivo» (cfr. F. Munari, C. Amalfitano, *Il «terzo pilastro» dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, 773 ss., in part. 795). Tuttavia, a tale dottrina si potrebbe obiettare che la norma interna esiste e, per effetto dell'interpretazione conforme alla decisione-quadro, può essere oggetto di interpretazione estensiva e di una contestuale disapplicazione parziale della norma codicistica. D'altronde il giudice *a quo* nella causa *Pupino*, nel risolvere la questione interna, in seguito alla statuizione della Corte di giustizia, fa riferimento alla disapplicazione dell'art. 392 c. 1 *bis* c.p.p. nella parte in cui non ammette di esperire l'incidente probatorio, con le forme e modalità previste dall'art. 398 c. 5 *bis*, anche al di fuori delle ipotesi previste dal c. 1, v. ordinanza del Gip presso il Tribunale di Firenze del 12-9-2005, inedita.

⁷⁴ Giova ricordare che l'interpretazione additiva (manipolativa) nell'ordinamento italiano non compete al giudice comune, bensì solo alla Corte Costituzionale che difficilmente vi ricorre con riguardo a norme penali sostanziali. La Corte di giustizia non può procedere direttamente all'interpretazione additiva della disposizione nazionale, alla stregua della Consulta, poiché com'è noto alla Corte di giustizia non spetta l'interpretazione della norma interna. Pertanto, nel caso di specie, il giudice comune sarebbe tecnicamente artefice dell'interpretazione additiva, seppur suggerita dalla Corte di giustizia attraverso l'interpretazione della norma comunitaria, ed in ciò si evidenzia un'assoluta novità in materia penale. Nel processo nazionale relativo alla causa *Pupino*,

7. Quanto affermato dalla Corte nella sentenza *Pupino* sollecita ulteriori osservazioni in ordine all'estensione al terzo pilastro di principi e prassi tipici del primo. In primo luogo, infatti, si pone la questione della configurabilità o meno, anche nel terzo pilastro, della responsabilità extracontrattuale e di un conseguente obbligo risarcitorio dello Stato nei confronti del singolo per violazione del diritto dell'Unione⁷⁵; in secondo luogo, si profila nella giurisprudenza della Corte, l'applicabilità del metodo ermeneutico “sostanzialistico” anche con riguardo agli atti dell'Unione.

Quanto al primo punto, va osservato che le disposizioni delle decisioni quadro generalmente riconoscono in capo ai singoli degli obblighi e difficilmente dei diritti; ciò, in quanto, avendo lo scopo e la funzione di armonizzare le legislazioni penali degli Stati, esse si limitano per lo più ad introdurre norme precettive e sanzionatorie. Di regola, il destinatario diretto del precetto e della sanzione è il singolo cui è rivolto un obbligo (non un diritto) e che, dunque, non pare il soggetto interessato al risarcimento da parte dello Stato per violazione del diritto dell'Unione.

Ebbene, com'è noto, presupposto fondamentale della configurabilità di una responsabilità dello Stato, è che l'atto – anche se sprovvisto di effetti diretti – attribuisca astrattamente dei diritti ai singoli; come accennato, evenienza questa difficilmente riscontrabile in una decisione-quadro. Tra le rare eccezioni al riguardo, vi è proprio la decisione-quadro oggetto della sentenza *Pupino*, la quale mira ad attribuire diritti e garanzie ai singoli soggetti lesi da un reato, piuttosto che ad armonizzare precetti e sanzioni⁷⁶. È altrettanto noto che l'accertamento della responsabilità patrimoniale presuppone che la violazione dello Stato sia grave e manifesta. La responsabilità dello Stato, infatti, è maggiore a fronte di norme molto chiare e quindi di una sua discrezionalità limitata nella loro attuazione⁷⁷. Difficil-

L'impatto dell'interpretazione additiva potrebbe non causare una violazione del principio di legalità, né danni ai privati, in quanto si tratta di una norma di procedura che non mira ad aggravare la responsabilità penale dell'indagata. Tuttavia, occorre non ritenere generalizzato il potere del giudice di ricorrere all'interpretazione additiva quale conseguenza delle pronunce della Corte di giustizia interpretative degli effetti delle decisioni-quadro. L'interpretazione additiva in materia penale ad opera dei giudici comuni comporterebbe elevati rischi di violazioni del principio di legalità riconosciuto sia a livello interno (art. 25 Cost.) che comunitario (art. 6 TUE e art. 49 Carta europea dei diritti fondamentali).

⁷⁵ In ordine al problema del risarcimento nel terzo pilastro v. F. Cherubini, *op. cit.*; F. Ferraro, *Questioni aperte sul tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, 55 ss.

⁷⁶ V. in tal senso, G. M. Arnone, *La protezione delle vittime dei reati nella prospettiva dell'Unione europea*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento comunitario italiano*, Milano, 2006, 114 ss., il quale sottolinea come detta decisione-quadro rappresenti un *unicum* nel panorama degli strumenti del terzo pilastro.

⁷⁷ Corte giust., sent. 5-3-1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame III*, in *Racc.*, I-1029. Nel valutare la responsabilità dello Stato si

mente, tuttavia, le decisioni quadro creano degli obblighi di risultato particolarmente stringenti. Anche se è chiaro che occorre valutare tutte le circostanze del caso concreto.

La Corte è intervenuta sulla questione della responsabilità aquiliana dello Stato nelle due note pronunce *Segi* e *Gestoras*⁷⁸. In entrambe le fattispecie, in realtà, oggetto principale della domanda dei ricorrenti era rappresentato dal risarcimento per responsabilità aquiliana dell'Unione. Nell'occasione, tuttavia, la Corte si è incidentalmente soffermata anche sulla questione della responsabilità extracontrattuale dello Stato nei confronti dei singoli per violazione di atti dell'Unione.

Nelle sentenze citate la Corte ha rilevato che costituisce una lacuna del sistema giurisdizionale dell'Unione il fatto che nel terzo pilastro non sia contemplato un ricorso per responsabilità extracontrattuale dell'Unione simile a quello previsto dall'art. 288 TCE. Pur tuttavia, la Corte ha ipotizzato una responsabilità degli Stati membri nei confronti dei singoli⁷⁹ i quali sarebbero abilitati a contestare dinanzi ai giudici interni «la legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'elaborazione o all'applicazione nei loro confronti di un atto dell'Unione e di chiedere, all'occorrenza, il risarcimento del danno subito»⁸⁰.

Tuttavia, tale affermazione della Corte non pare chiara: l'ipotesi di una responsabilità individuale dello Stato nei confronti dei singoli nella fase ascendente⁸¹, in veste di «legislatore dell'Unione», quindi con riguardo ad atti adottati all'unanimità, non sembra persuasiva, atteso che le singole volontà e, di conseguenza, le singole responsabilità non sono distinguibili⁸².

considerano anche la scusabilità dell'errore di diritto ed il dolo posto in essere nella condotta dello Stato.

⁷⁸ Corte giust., sent. 27-2-2007, causa C-355/04 P, *Segi*, in *Racc.*, I-1657 e causa C-354/04 P, *Gestoras pro Amnistía*, in *Racc.*, I-1579. In dottrina cfr. A. Berramdane, *Les limites de la protection juridictionnell dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne*, in *Rev. Dr. Un. eur.*, 2007, 433 ss.

⁷⁹ Cfr. sul punto le conclusioni dell'Avvocato generale P. Mengozzi del 26-10-2006, nella causa *Segi*, p.ti 98 ss.

⁸⁰ Corte giust., sent. 27-2-2007, causa C-355/04 P, cit., p.to 56.

⁸¹ Per ciò che concerne la fase discendente, cui pure la Corte ha fatto riferimento nelle sentenze su ricordate, va detto che, nonostante il silenzio del Trattato sull'Unione, si potrebbe in effetti configurare una responsabilità dello Stato membro sia con riguardo alle decisioni-quadro che richiedono esplicitamente un atto interno di recepimento, sia in relazione alle posizioni comuni che, pur in assenza di una previsione analoga, nella prassi sono spesso oggetto di atti nazionali di attuazione. Ciò, ovviamente, soltanto nelle ipotesi in cui gli Stati membri conservino un margine di discrezionalità rispetto alle scelte operate dalle istituzioni europee.

⁸² Piuttosto, secondo una tesi già prospettata in dottrina, potrebbe ipotizzarsi la giurisdizione del giudice nazionale per azioni di responsabilità nei confronti dell'Unione ove si ritenesse applicabile al terzo pilastro la disposizione, di cui all'art. 240 TCE, che affida ai giudici interni le controversie, in cui sia parte la Comunità, non esplicitamente devolute alla competenza della Corte di giustizia; cfr. F. Ferraro, *op. cit.*, 85 ss., va da sé

Le sentenze *Segi* e *Gestoras* rappresentano, poi, un’evoluzione nella direzione dell’esportazione dei metodi ermeneutici propri del primo al terzo pilastro: intendiamo riferirci in particolare al c.d. criterio “sostanzialistico”, in base al quale l’interpretazione degli atti deve avvenire non già con riguardo al mero *nomen iuris*, bensì in ragione degli effetti reali che essi spiegano nell’ordinamento giuridico. In entrambi i casi, vertendosi in tema di posizioni comuni, la Corte ha concluso che, qualora queste producano effetti nei confronti dei terzi, le stesse possono essere oggetto di rinvio pregiudiziale di validità ex art. 35, n. 1 TUE alla stregua delle decisioni quadro⁸³.

L’estensione dei principi e dei metodi ermeneutici del primo al terzo pilastro, dunque la tendenza alla “comunitarizzazione” del terzo pilastro significa anche riconoscere alle norme in esso contemplate una maggiore incisività, e, di conseguenza, rafforzare le competenze dell’Unione in materia penale rispetto a quelle degli Stati. Per cui, la “comunitarizzazione” della materia penale intesa, sia quale maggior ricorso alle basi giuridiche del Trattato CE, sia quale volontà di valorizzare il terzo pilastro estendendo ad esso principi comunitari, mira a rendere il settore penale oggetto di disciplina comunitaria a vantaggio di un ampliamento *tout court* delle competenze sopranazionali rispetto a quelle statali.

Senza altro la materia dell’armonizzazione penale versa in una fase transitoria e probabilmente un riordino della stessa potrebbe realizzarsi solo con l’entrata in vigore delle riforme previste dal Trattato di Lisbona.

8. Il Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, sembra destinato a risolvere molte delle questioni sin qui analizzate. Infatti, esso apporta modifiche sostanziali al testo di entrambi i Trattati UE e CE⁸⁴. Il Trattato CE diviene il nuovo Trattato sul funzionamento dell’Unione.

che una soluzione del genere presuppone la soluzione di delicate questioni in tema di immunità dell’Unione rispetto alle azioni civili. L’analisi di questi problemi esula tuttavia dall’ambito di questo lavoro.

⁸³ Anche la giurisprudenza del Tribunale di primo grado rispecchia questa tendenza evolutiva, ove dichiara che «Occorre tuttavia rilevare, (...) che (...) per essere effettiva, la posizione comune impugnata richiede l’adozione di atti di esecuzione comunitari e/o nazionali. Ora, non è stato dimostrato che tali atti di esecuzione non possano essi stessi formare oggetto di un ricorso di annullamento tanto dinanzi al giudice comunitario quanto dinanzi al giudice nazionale» (TPI, sent. 16-12-2006, causa T-228/02 *OMPI*, in *Racc.*, II-4665, p.to 55).

⁸⁴ Tra i primi commenti cfr. G. Tesaurò, *Un testo di revisione stilato a tempo di record che sacrifica partecipazione e valori condivisi*, in *Guida dir., Diritto Comunitario e Internazionale*, 2007, 8 ss.; J. Ziller, *Il Nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; R. Cafari Panico, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma e nel Trattato costituzionale*, in M. C. Baruffi (cur.), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova, 2008, 81 ss.; P. De Pasquale, *Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati*

In primo luogo, il Trattato di Lisbona prevede l'abolizione dei c.d. pilastri dell'Unione⁸⁵; in particolare, quanto alla cooperazione penale, l'art. 3, par. 2, del TUE come modificato, dispone che «l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima».

È sancito, dunque, il trasferimento delle disposizioni relative alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nel Titolo IV del TFUE (già titolo IV del TCE) che, com'è noto, sino ad oggi contemplava esclusivamente le norme relative alla politica dei visti, asilo e immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone. Pertanto, il TFUE prevede, in materia penale, l'adozione dei tipici atti normativi comunitari (sia regolamenti⁸⁶ che direttive⁸⁷), in base alla c.d. procedura legislativa ordinaria (già procedura di codecisione nel TCE) e solo in un caso di regolamenti mediante procedura speciale⁸⁸.

L'estensione del metodo comunitario comporta una maggiore partecipazione del Parlamento europeo nella fase della formazione degli atti; ma va evidenziato anche il nuovo ruolo assunto dai Parlamenti nazionali nella procedura che il Trattato prevede per il controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà. Inoltre, anche per gli atti adottati in materia penale varranno le regole in tema di tutela giurisdizionale proprie degli atti comunitari, senza le limitazioni oggi contemplate dall'art. 35 TUE. Appare, quindi, configurabile anche l'azione per responsabilità aquiliana dell'Unione con riferimento agli atti della cooperazione penale.

Si intravede, così, la volontà degli Stati membri di conferire tanto al processo di formazione delle norme del settore penale quanto alla loro applicazione ed alla relativa tutela giurisdizionale quei profili di democraticità tipici del c.d. "metodo comunitario".

Tuttavia, dall'analisi delle disposizioni del capo relativo alla cooperazione penale, emerge la previsione di una sorta di c.d. "freno d'emergenza", consistente nella facoltà concessa ad uno o più Stati membri di bloccare

membri, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 60 ss.; F. Ferraro, *Le fonti del diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 69 ss.

⁸⁵ Ci si riferisce alla "comunitarizzazione" del terzo pilastro prevista dal Trattato sul funzionamento dell'Unione. Sul punto ma con riferimento al precedente Trattato che adotta la Costituzione per l'Europa del 2004, cfr. B. Nascimbene, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia in una prospettiva costituzionale europea*, in L. S. Rossi (cur.) *Il progetto di Trattato Costituzione*, Milano, 2004, 273 ss., *op. cit.*; A. Tizzano, *La "Costituzione europea" e il sistema giurisdizionale comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2003, 455 ss., in particolare 477 ss.

⁸⁶ Cfr. art. 85 del TFUE.

⁸⁷ Cfr. art. 82, par. 2 e 83 TFUE.

⁸⁸ Cfr. art. 86 del TFUE in tema di Procura europea.

l'adozione di una delibera del Consiglio e di rimettere la questione al Consiglio europeo.

Questo meccanismo consente ad ogni Stato membro, in sede di Consiglio e nei casi di utilizzo della procedura legislativa ordinaria, di deferire al Consiglio europeo la soluzione della questione relativa ai rapporti tra una direttiva in corso di adozione e gli aspetti fondamentali dell'ordinamento giuridico penale dello Stato di appartenenza⁸⁹. Inoltre, tale strumento consente, nei casi di procedura legislativa speciale⁹⁰, qualora non si raggiunga l'unanimità, di deferire al Consiglio europeo una deliberazione ove ne faccia richiesta un gruppo di almeno nove membri. In queste ipotesi la procedura è sospesa. Se in seno al Consiglio europeo si riesce a raggiungere una votazione unanime nei quattro mesi successivi alla sospensione, il progetto è rinviato al Consiglio. In caso contrario, se almeno nove Stati desiderano instaurare una cooperazione rafforzata, ne informano le istituzioni, procedendo all'applicazione delle relative norme.

Ora, se è vero che il ricorso alla cooperazione rafforzata in materia penale è, oggi, già sancita dall'art. 40 TUE, va evidenziato che gli Stati sinora non hanno mai fatto ricorso a tale strumento. Tuttavia, la nuova collocazione nel TFUE⁹¹ delle disposizioni inerenti la cooperazione rafforzata, cioè nei singoli articoli relativi alle competenze penali, potrebbe essere interpretata come una sorta di “automatismo” tra la fase della rimessione della questione al Consiglio europeo e l'eventuale fase successiva, nella quale si ricorre al meccanismo della cooperazione rafforzata. In altre parole, la struttura stessa delle disposizioni in parola sembra “incentivare” gli Stati a risolvere i disaccordi attraverso la scelta della cooperazione limitata a gruppi di Stati.

Restano estranee a queste previsioni esclusivamente l'art. 84 TFUE, concernente le misure relative all'azione degli Stati membri nella prevenzione della criminalità, e l'art. 85 TFUE attinente alle funzioni di *Eurojust*. Appare di tutta evidenza, quindi, come, pur essendo prevista l'adozione di atti normativi a maggioranza qualificata, pressoché l'intero settore può essere oggetto del potere di “veto” da parte degli Stati nella fase deliberativa⁹².

⁸⁹ Ossia in caso di votazione a maggioranza nei casi dell'art. 82 e 83 TFUE.

⁹⁰ Ipotesi in cui è richiesta l'unanimità per l'emanazione di un regolamento, v. art. 86 TFUE.

⁹¹ Anche la versione non ratificata del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa del 2004 contemplava agli art. III-270 e III-271, il ricorso al freno d'emergenza ed all'eventuale cooperazione rafforzata.

⁹² Infatti, gli articoli interessati disciplinano gli aspetti più rilevanti della materia penale: art. 82 TFUE, in tema di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e ravvicinamento delle disposizioni legislative. In materia il PE ed il Consiglio possono stabilire norme minime attinenti all'ammissibilità reciproca delle prove, ai diritti della persona nel procedimento penale ed ai diritti delle vittime della criminalità; 83 TFUE, con riguardo alla determinazione «di norme minime relative alla

È opportuno riflettere, dunque, su quale sia l'effettiva portata dei cambiamenti *in itinere*. L'attuale sistema in vigore nel terzo pilastro presenta delle indubbie peculiarità poiché si fonda sul metodo intergovernativo in cui coesistono profili spiccatamente internazionalistici – adozioni degli atti all'unanimità ad opera del Consiglio – ed una tutela giurisdizionale modellata su quella CE, pur con le limitazioni *ex art. 35 TUE*⁹³. A ben vedere, l'attuale sistema sarà sostituito da un sistema “misto” altrettanto singolare, in quanto il Trattato di Lisbona prevede solo apparentemente un passaggio al metodo comunitario puro, concedendo in realtà agli Stati membri uno strumento a tutela della sovranità nazionale, il c.d. “freno d'emergenza”, tipico del pilastro PESC, e previsto ad oggi solo nella materia da esso disciplinata (art. 23 TUE). Sembra, quindi, profilarsi nel TFUE il tentativo di conciliare il metodo comunitario con tecniche legislative tipicamente riconducibili alla forma più radicale del metodo intergovernativo quale è quello che caratterizza per l'appunto il secondo pilastro dell'Unione.

9. La duplice tendenza volta, da un lato, a ridefinire i confini della competenza del pilastro CE attraverso l'interpretazione della clausola di subordinazione contenuta nell'art. 47 TUE⁹⁴, dall'altro, ad applicare taluni principi e metodologie ermeneutiche proprie del primo pilastro a quello intergovernativo, è sintomatica di una volontà di *reductio ad unum* del settore penale ed anticipa, per certi aspetti, la formale abolizione della struttura a pilastri prevista nell'originario Progetto di Trattato costituzionale e ribadita nel Trattato di Lisbona.

Il descritto fenomeno di fonte giurisprudenziale della “comunitarizzazione” ha offerto il fianco a reazioni negative da parte degli Stati. La pronuncia del 13 settembre 2005, innovativa con riguardo alle competenze

definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni»; 86 TFUE, concernente la repressione dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione attraverso l'istituzione di una Procura europea a partire da *Eurojust*.

⁹³ Vi è chi ha definito, a ragion veduta, questo settore «quasi “a mezzo servizio” rispetto all'ambito economico e a quello della politica estera», così M. Chiavario, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 974 ss., in particolare 989.

⁹⁴ La Corte in più occasioni ha delineato la portata dell'art. 47 TUE. Si ricorda, infatti, che per un verso nella sent. 13-9-2005, causa C-173/05, cit., la Corte ha interpretato l'art. 47 TUE nel senso che qualora per il perseguimento degli scopi delle politiche comunitarie è indispensabile una disciplina penale è competente la Comunità e non l'Unione; per altro verso nella sent. 20-5-2008, causa C-91/05, cit. (interpretando l'art. 47 TUE sebbene con riguardo ad atti del secondo pilastro) ha precisato che in base all'art. 47 TUE qualora una misura persegua più obiettivi o abbia più componenti che rientrino sia nelle competenze della Comunità sia dell'Unione senza che uno di essi sia accessorio all'altro la competenza spetta alla Comunità.

sanzionatorie penali comunitarie, non ha trovato di fatto pieno riscontro soprattutto a motivo del tentativo della Commissione di “forzare la mano” inserendo, nelle sue proposte, la puntuale definizione del tipo e del livello delle sanzioni penali: ciò ha portato al rallentamento del processo di “comunitarizzazione”, come evidenziato dalla circostanza che né la proposta di direttiva in materia di reati ambientali⁹⁵, né le altre iniziative legislative della Commissione sono ad oggi andate a frutto⁹⁶. Il tentativo di trasporre l'intero contenuto delle decisioni-quadro in direttive pare dunque, per ora, arenato. Un metodo per ovviare ai profili critici derivanti dalla “comunitarizzazione” è rappresentato dalla sperimentata tecnica legislativa della duplice disciplina (doppio binario) per le fattispecie penali, ossia l'adozione sia di decisioni-quadro sia di direttive complementari, come d'altronde era previsto in materia di inquinamento provocato dalle navi oggetto sia della direttiva 2005/35/CE⁹⁷ che della decisione-quadro 2005/667/GAI, poi annullata dalla Corte⁹⁸. Si procederebbe in tal modo per “piccoli passi” nel rispetto dell'attuale ripartizioni di competenze tra i pilastri e della funzione ad oggi attribuita dalle disposizioni dei Trattati ai due diversi tipi di atti legislativi⁹⁹. Allo stato dell'arte il ricorso alle sole direttive in materia non sembra il frutto di una politica dei “piccoli passi”. In definitiva, gli Stati mostrano l'intenzione di voler porre un freno alle iniziative della Commissione. Al riguardo va, infatti, puntualizzato che la “spinta in avanti” voluta dalla Commissione e parzialmente avallata dalla Corte non trova un completo riscontro nel Trattato di Lisbona. Infatti, se è vero che nel nuovo Trattato si procede alla strutturale modifica dell'Unione attraverso l'eliminazione dei Pilastri e l'estensione del metodo comunitario alla cooperazione penale, nelle disposizioni relative alla materia penale si inserisce un mec-

⁹⁵ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, 9-2-2007, cit.

⁹⁶ Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, 26-4-2006, cit.

⁹⁷ Dir. 2005/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 7-9-2005, in *G.U.U.E.* L 255, 30-9-2005, 11 ss., relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni.

⁹⁸ Corte giust., sent. 23-10-2007, causa C-440/05, cit.

⁹⁹ Uno strumento ulteriore, peraltro offerto dal TUE, idoneo alla soluzione delle questioni inerenti la “comunitarizzazione” delle norme penali dell'Unione è rappresentato dall'art. 42 del TUE, la c.d. passerella comunitaria che consente l'ampliamento delle competenze comunitarie attraverso il filtro del Consiglio che delibera all'unanimità. L'art. 42 TUE, norma mai utilizzata, prevede l'ipotesi di delibera all'unanimità del Consiglio su proposta della Commissione o di uno Stato e previa consultazione del Parlamento, al fine di decidere che un'azione in uno dei settori dell'art. 29 TUE possa essere incluso nella disciplina del titolo IV del TCE. Inoltre, il Consiglio «raccomanda agli Stati di adottare tale decisione secondo le rispettive norme costituzionali». Si assicurerebbe in tal modo un certo equilibrio tra il potere legislativo e politico delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri.

canismo tipico della cooperazione intergovernativa (il “freno d'emergenza” nella procedura di formazione degli atti), previsto dal testo attuale del TUE esclusivamente nel pilastro PESC. Ciò rispecchia probabilmente la volontà dei governi degli Stati membri di riservarsi la possibilità di continuare a porre un “veto” all'adozione degli atti in materia penale, nonostante l'abbandono della regola dell'unanimità e la previsione del più democratico strumento della procedura legislativa ordinaria.

D'altronde non è certo un fenomeno estraneo alla storia dell'integrazione comunitaria un contrasto tra gli “sviluppi giuridici e politici”¹⁰⁰. L'auspicio è che le resistenze politiche dei vertici non ostacolino l'evoluzione giuridica integrazionista e dunque che tale meccanismo “frenante” non sia poi realmente utilizzato.

¹⁰⁰ Sul punto si richiamano le considerazioni di J.H.H. Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, 69, l'autore, con riferimento al periodo istitutivo della Comunità (ed in particolare dal 1958 alla metà degli anni settanta), sostiene che «...può anche essere vero che la Corte di giustizia avesse deciso di intervenire per ovviare al collasso politico. Ma sarebbe scorretto considerare il rapporto in termini esclusivamente unidirezionali; questo è stato bidirezionale e addirittura di carattere circolare. Gli sviluppi giuridici integrazionisti, almeno indirettamente, incisero su quelli politici di portata disintegrazionista». Ed è ciò che si spera si realizzi oggi nell'Unione in ambito penale.